

REFORMAS PROYECTADAS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES: BRASIL Y ESPAÑA. ASPECTOS GENERALES

Marcos Sacristán Represa

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid (España)

Editor Científico:

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva

Aprovação: 04/03/17.

INTRODUCCIÓN

Entre las muchas novedades que en el curso del presente siglo se producen en el ámbito del Derecho privado destaca por su amplitud, frente a lo que venía siendo la tónica general, una corriente que se concreta en intentos no siempre logrados de revisión con mayor o menor alcance de los códigos: codificación o “recodificación”. Uno de los aspectos de interés de sus manifestaciones, no muy numerosas pero sí variadas, es la repercusión sobre el Derecho de sociedades, sobre todo, pero no solamente, de la parte tradicionalmente enmarcada en el ámbito de los códigos comerciales. Buena muestra del fenómeno en ese doble ámbito la ofrece el Derecho brasileño, primero con la unificación del Derecho privado en el CC de 2002¹ y ahora con el intento de recuperación de la dualidad de códigos a través del Proyecto de Código comercial de 2011², con la repercusión consiguiente en el conjunto del Derecho de sociedades. Viene a coincidir la presentación de este Proyecto con la última fase de elaboración de una reforma en profundidad del Código de Comercio español de 1885,

¹ La Lei 1046, de 10.1.2002, que promulga el nuevo CC unitario, el conocido como “Código Reale”, por el papel que desempeñó en su elaboración y promulgación, deroga la Lei 556, de 25 de junio de 1850, que contenía el viejo Cco (concretamente los arts. 1 a 456, entre ellos todos los que le caracterizaban como código), dejando vigentes los relativos al comercio marítimo (arts. 457 a 796).

² Es la fecha de inicio de un proceso que se inicia con la presentación del mismo en la Cámara de Diputados, que resulta aprobado por ella en 2016 y está a la espera de la del Senado. Este último texto es consecuencia de la incorporación al inicial de determinadas novedades aportados por el Proyecto del Senado en 2013. El texto anotado del inicial y del últimamente mencionado, junto con los que le sirven de exposición de motivos, precedidos cada uno de un trabajo introductorio, figuran respectivamente en ULHOA, Fabio Coelho. *Princípios de Direito Comercial*. Sao Paulo: Saraiva, 2012. ULHOA, Fabio Coelho. *Os desafios do Direito Comercial*. . Sao Paulo: Saraiva, 2014., de la misma ciudad y editorial. En relación con cada uno de esos proyectos V. respectivamente las obras colectivas: AA VV. (Fabio ULHOA COELHO/ Thiago ASFOR ROCHA LIMA/ Marcelo GUEDES NUNES, Coord.) *Reflexões sobre o Projeto de Código comercial* (2013), SP, Saraiva, y AAVV (mimos coordinadores) *Novas Reflexões sobre o Projeto de Código comercial* (2015), con los mismos datos de edición.

que junto con importantes reforma de su contenido cambiaría su denominación por la de Código Mercantil³, calificativo habitualmente empleado en la doctrina española para designar la materia jurídico comercial o empresarial de carácter privado. Ambas manifestaciones de lo que quizás sea exagerado considerar como un “movimiento” de codificación⁴, especialmente en su repercusión sobre el Derecho de sociedades, centrarán la atención en este trabajo, elaborado desde una perspectiva comparada, pero con especial referencia a la brasileña en su última fase. Esto último es debido a que este proceso de recodificación tiene mayor amplitud y profundidad, tanto en su conjunto como en relación con el Derecho de sociedades, y porque sigue en curso, en tanto que el español, más modesto, se paraliza en 2014 en fase de Anteproyecto (APCM), básicamente coincidente con la Propuesta (PCM) del mismo, aunque quizás sea reactivado⁵.

Codificar – hoy “recodificar”- un sector del Ordenamiento supone siempre realizar una operación de gran envergadura y riesgo, vinculada a objetivos que tienen que ver con la sistematización - reordenación de materias en atención a exigencias actuales de los principios jurídicos-, necesaria especialmente en la actualidad por la proliferación y dispersión normativa, actualización consiguiente del tratamiento de la materia que permanece y eliminación de lagunas.

Son bien conocidos los factores que influyen en el agravamiento de los rasgos negativos que presenta el Derecho de sociedades desde la perspectiva de una respuesta suficiente y adecuada al momento actual del sector de la realidad que regula. Los aspectos necesitados de adaptación a la realidad y sobre todo a las exigencias jurídicas de la misma, se muestran especialmente en el estado de la legislación, pero también, como consecuencia en la jurisprudencia y en la propia doctrina; el conjunto de ellos hace plausible el plantearse recurrir

³ En el origen de la tarea recodificadora española se encuentra la OM de 7 de noviembre de 2006 que encarga a la Comisión general de codificación la redacción de una Propuesta de Código Mercantil (PCM). Elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la misma su texto es entregado al Ministerio el 17 de junio de 2013. Tras la información pública se convierte, con diversas modificaciones en el Anteproyecto de Código Mercantil (APCM) aprobado el 29 de enero de 2014, publicado en el BOE, disponible en su página web, N.E 837/2014 (Justicia). Para una visión de conjunto del proceso y el resultado de los trabajos de la Comisión General de Codificación, AA VV (Alberto BERCOVITZ Coord.) (2014) *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Ed Thomson Reuters/ Aranzadi.

⁴ Entre otras manifestaciones cabe mencionar, por un lado, la francesa de 2002, menos ambiciosa incluso que la española, a la que se refiere la exposición de motivos de la PCM como modelo en algún aspecto formal y como muestra de la viabilidad de un proyecto de esa envergadura, a pesar de las dificultades que obliga a superar y, por otro, la peculiar unificación del Derecho privado argentino por obra del nuevo Código Civil y Mercantil de la Nación, L. 26.994, promulgada por Decreto 1.795 de 2014.

⁵ El propósito de que así sea ha sido formulado por el Prof. BERCOVITZ. Las autoridades del Ministerio de Justicia parecen no descartar la posibilidad, si bien muestra una cierta preferencia por la unificar antes el Derecho de obligaciones, que evitaría alguno de los problemas surgidos respecto del Anteproyecto.

a la recodificación como remedio. El de mayor alcance y profundidad de aquellos factores es la “revolución tecnológica”, que progresa en un contexto de internacionalización acelerada de las relaciones sociales, pese a que en estos días ese último aspecto presenta síntomas de parálisis por el resurgimiento de nacionalismos tildados de “populistas”.

Desarrollo tecnológico y “globalización” deben mucho a la evolución reciente de un sistema económico, el capitalista o de economía de mercado, al que se vincula el Derecho Mercantil desde sus orígenes. Característica de la fase actual de evolución de ese sistema, además de su expansión, es la adopción de un modelo - “neocapitalista”⁶-, inspirado por una ideología - “neoliberal”, “neoconservadora”- que, frente a lo que sugiere el prefijo que acompaña a esos vocablos implican regresión, claramente en el ámbito europeo, en cuanto implica eliminación de rasgos o elementos “sociales”, propios del modelo de capitalismo que hizo suyo la cultura europea. Con ese trasfondo, la crisis financiera, con su especial repercusión en ese sector del Ordenamiento Jurídico, aparece como parte de una crisis más amplia y profunda – “de civilización”⁷ en cuanto afecta a los valores fundamentales hasta ahora vigentes. Por lo que hace a los jurídicos resultan especialmente afectados dos fundamentales, la seguridad jurídica, cuya pérdida es frecuentemente invocada, incluso para justificar la nueva codificación⁸ y la propia justicia, pese a que se hable menos de ella.

Las reformas jurídicas parciales, que en ese contexto se vienen realizando, muchas veces con premura, sin la necesaria visión de conjunto y sin una orientación bien definida, resultan con frecuencia insuficientes e incluso contraproducentes. Es cierto, por otra parte, que en ese contexto no es fácil sustraerse a la idea de que la empresa codificadora no tiene mejores perspectivas de éxito, por abordar una tarea quizá desmesurada, por ejemplo en lo que la codificación implica de intento de abarcar la totalidad de una materia, y contraria a la dinámica de esas relaciones, especialmente las socioeconómicas que tratan de regir las normas de este sector del Derecho. Más propio de esa dinámica son los fenómenos de descodificación, sobre todo en el plano más general, y de codificación, en sentido laxo, de

⁶ En relación con el efecto institucional de esa ideología, en el marco de la evolución del sistema capitalista y de manera crítica en relación con la dimensión social del sistema. V. en conjunto la obra de AVELAS NUNES, A. J. y en especial: *O Estado capitalista e suas Máscaras* (2013) Lisboa, 2013, Ed Avante!, y, para el momento actual en el contexto europeo, *A crise do capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo, Globalização*, 5ª ed. (2013), Lisboa, Ed Divulgação do Livro SA.

⁷ FERNANDEZ BUEY, F.- “Crisis de Civilización”, en *Papeles*, nº 105, 2009, pp. 41 a 51, esp. p. 50 y 51 en relación con la importancia de ese rasgo.

⁸ En el caso brasileño la ampliación de la seguridad jurídica aparece como la primera de las novedades que llevaría consigo la aprobación del nuevo código de acuerdo con lo que establece la *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código comercial* elaborado para su discusión en el Senado. V. ULHOA COELHO (2012) *Os desafios...* cit. p. 50 y AA VV. *Novas reflexões...* (2015) cit., p. 30.

subsectores del mismo como el concursal, u otros próximos como el de la protección de los consumidores, como muestran los dos Ordenamientos nacionales de referencia.

Dejando así planteada la cuestión en el ámbito general, se trata aquí de considerar la peculiaridad de la reforma proyectada en el ámbito concreto del Derecho de sociedades, en los aspectos más generales. La renovación del Derecho comercial derivada de esos procesos codificadores entrañan una reforma del societario preexistente, de distinta amplitud y profundidad en cada caso, pero importante en todos ellos por la influencia que viene teniendo en la evolución del mismo el régimen de las sociedades mercantiles, de la que es manifestación clara la renovación de los aspectos generales que proponen los dos procesos de codificación que aquí se contemplan. En el caso brasileño la reforma abarca el Derecho de sociedades en su conjunto y supone una completa reformulación del mismo; en el español afecta solo a las sociedades mercantiles de modo que, respetando su estructura actual, pretende fundamentalmente la puesta al día de su regulación, lo que implica novedades significativas tan solo en el régimen común y en el de las sociedades de personas.

La consideración actual del de sociedades como una disciplina con entidad científica, sea cual sea su tratamiento legal⁹, permite hablar de un Derecho de sociedades en ambos contextos nacionales con rasgos y contenido básicamente coincidentes y, por tanto, proporciona justificación y amplitud a la reflexión sobre esas reformas desde la perspectiva comparada. Fijando la atención en el sector mercantil de las sociedades, el ámbito en el que se presentan las mayores novedades y que por ello serán objeto de especial atención en este trabajo es el de los tipos -legales- de sociedades tradicionalmente mercantiles en los que en alguna medida pervive la impronta personal de los socios y el de las categorías – doctrinales y legales- acuñadas por referencias a los mismos.

1 LOS CÓDIGOS COMERCIALES DE BRASIL Y ESPAÑA. CARACTERIZACIÓN.

Objetivos

Los objetivos más generales de los códigos comerciales proyectados son los propios de toda obra de codificación, a los que se ha hecho antes referencia y por tanto coincidentes en ambos. Aparecen de manera especialmente clara en el texto que sirve de exposición de

⁹ En el caso español, pese a la división de su régimen básico entre el CC y el Cco ese carácter aparece sólidamente fundamentado y desarrollado en la obra de GIRON TENA, J.(1976) , a través de diversos artículos previos y de manera especial en *Derecho de Sociedades. I. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*. Madrid. Desde la perspectiva civil, sobre la base de las aportaciones de aquel, V. PAZ ARES, C. (1991).- “Comentario a los arts. 1665 y ss.”, en *Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia*. Madrid.

motivos al Proyecto brasileño en el momento de su presentación al Congreso de los Diputados y de modo más disperso ya en la PCM, que mantiene el APCM¹⁰. No obstante hay que tener en cuenta las particulares finalidades que junto a ellas mueven ambos procesos de codificación derivada de las especialidades del contexto nacional y de la distinta amplitud del cada uno. En el caso brasileño supone la recuperación de un Código comercial, tras la previa y no muy lejana unificación del Derecho privado, lo que sería un hecho inédito hasta ahora, pese a que la unificación siempre tuvo detractores y persistieron las críticas una vez realizada y con ellas un cierto impulso en el sentido de la reversión del proceso, tanto en la doctrina italiana¹¹, como con la brasileña¹². El APCM español, que parte de esa división del Derecho privado y se ciñe a la reforma del preexistente Cco, por el contrario se limita en lo sustancial a proyectar aquellos objetivos generales a ese ámbito. Como peculiar cabe si acaso destacar la preocupación por contribuir desde la perspectiva propia de este ámbito al refuerzo del principio de unidad de mercado¹³.

¹⁰ De acuerdo con lo que establece la *Justificação* del citado Proyecto obra del Diputado Vicente CANDIDO, su redactor son éstos: a.- Reunir en un único texto de modo sistemática y técnicamente riguroso los principios y reglas del Derecho comercial, de modo apto para configurar el “microsistema” de este sector del Derecho, en el marco general del Derecho Civil y junto al del Derecho de los Consumidores. b.- Simplificar las normas sobre la actividad económica, con el doble fin de facilitar la labor de los empresarios brasileños, ahorrándole costos innecesarios, con atención especial a los pequeños empresarios y hacer atractivo el mercado de Brasil para los inversores extranjeros. c.- Evitar las muchas lagunas existentes en la legislación comercial, especialmente las que deriva de la insuficiente atención al comercio electrónico. V. ULHOA COELHO (2012), p. 70.

¹¹ V. DUQUE DOMINGUEZ, J.F (1996)- “Motivos, problemas y sistema de la unificación del Derecho Privado en el Codice Civile de 1942”, en *AAVV Estudios jurídico en homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 273 a 320, esp. pp. 316 a 319.

¹² En relación con críticas previas, DE LUCCA, Newton, (2000) “A atividade empresarial no âmbito de Projeto de Código Civil”, en AA VV (Newton DE LUCCA/Adalberto Simão Filho, Org.), *Direito empresarial contemporâneo*. 1ª ed., Sao Paulo, Ed Juarez de Oliverira, vol. 1., pp. 29 a 83. De las posteriores son manifestación las explícitas o implícitas en los numerosos trabajos favorables a la promulgación del nuevo Código comercial. Estos son abundantes sin que en muchos de ellos se dejan de señalar aspectos criticables o mejorables, como muestran los de BENTTI TIMM, Luciano (2013) “¿Precisamos de un Novo Código Comercial?”, AA VV en *Reflexões*, 2013, pp. 85 a 98 o los de WALD, Arnoldo, en esa misma obra, pp. 19 a 30 y en otro anterior: “Um novo Código Comercial” (2012) en AA VV, *Termas essenciais de Direito Empresarial. Estudos em homenagem a MODESTO CARVALHOSA*, Ed. Saraiva, SP, pp. 450 a 455. Del grado de discrepancia a este propósito es la polémica en el nivel periodístico que reflejan dos artículos distintos, publicados en el Diario *O Estado de Sao Paulo*, los días 10 y 22 de junio de 2016; el primero de ABRÃO, Carlos Henrique, GORGA, Érika, STZJAN, Rachel Y MELEHIROS DUCLERC VERÇOSA, Haroldo, “A desvalia do novo Código Comercial”, el segundo de GRANDA DA SILVA MARTINS, Ives, y ULHOA COELHO; Fabio, “A importancia do Código Comercial”, cuyos títulos - y no solo eso- son expresivos de la postura mantenida por sus autores.

¹³ Considerado, no sin dudas, entre los principios contenidos en el art. 139 de la Constitución”, el necesario refuerzo de efectividad aparece no solo reflejado en la Exposición de motivos de la PCM y luego del APCM, como orientador de las reformas que ambos textos tratan de introducir en el ámbito del Derecho privado, sino que en es objeto, en el del de carácter público de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. BOE nº 295 de 10 de diciembre de 2013.

Medios para conseguir esos objetivos.

Distintos son los medios para conseguirlos, en razón sobre todo de aquellos objetivos concretos, de especial presencia e importancia en la codificación brasileña. El recurso a los principios, característica diferencial del Proyecto brasileño, parece más apto para alcanzar la aspiración de abarcar desde el Código la generalidad de la materia comercial. Dicho Proyecto enumera desde su primera formulación, aunque con cambios sistemáticos en el curso de su desarrollo, un conjunto de principios, comunes unos a todo ese sector del Ordenamiento Jurídico, cuya autonomía trata de reafirmar en el plano formal, propios otros de cada una de sus partes, en correspondencia con el desarrollo que el tema de los principios tiene actualmente en la doctrina¹⁴. Complementariamente recoge, con carácter selectivo, desarrollos normativos de diversa amplitud y detalle en relación con cada una de sus partes. Sólo en alguna se aproxima a la reunión del conjunto de la normativa en el futuro Cco, como es el caso de los contratos mercantiles y hasta cierto punto de las sociedades,¹⁵ mientras que en relación con otras, como el Derecho concursal, se lleva al Cco poco más que los principios¹⁶.

El APCM español carece de un tratamiento similar de los principios, de acuerdo con la menor atención doctrinal a principios propios de este sector del Ordenamiento, pese a la importancia que otorga a alguno de carácter constitucional, especialmente el antes citado. Contiene un mayor desarrollo normativo de la generalidad de los subsectores que agrupa, en el que puede verse el reflejo de muchos de los principios enunciados en el brasileño, pero tampoco abarca la totalidad de los que dividen de manera casi idéntica en ambos países la materia comercial. Así se produce, en parcial coincidencia, la exclusión del Derecho concursal, por razón de haberse unificado las materias civil y mercantil en Ley especial¹⁷. Se excluye también el Derecho comercial marítimo por haberse recogido esa materia en otra ley más reciente que unifica en este caso aspectos privados y públicos¹⁸, que contempla el proyectado código brasileño

¹⁴ V. de forma sintética la referencia a los mismos en *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código comercial* elaborado para su discusión en el Senado. V. ULHOA COELHO, Fabio (2012) *Os desafios...* cit. p. 52-54 y AA VV.- *Novas reflexões...*(2015) cit., p. 31-34.

¹⁵ Que apenas menciona a la SA, para remitir su tratamiento a la precedente Lei N 6.404, de 15.12 1976, *De sociedades por ações*, publicada en el Diario Oficial da União (DOU) de 17.12.19

¹⁶ Respetando el papel de la correspondiente ley especial: Lei N. 11.101, de 9.2. 2005, *De falencias e recuperação de empresas*, publicada en el DOU de esa fecha, de carácter empresarial.

¹⁷ Ley . 22/ 2003, de 11 de noviembre, Concursal (BOE nº 16, de 10 de julio de 2003.)

¹⁸ Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación marítima (BOE nº 180 de 25 de julio 2014)

Estructura y contenido.

El Proyecto brasileño ordena su contenido en tres Partes: General Especial y Complementaria. La primera comienza estableciendo en su L. I el ámbito del Cco y de este sector del Derecho privado en torno a la “organización y explotación de la empresa” e incluyendo en él “materias conexas”. Se ocupa a continuación en el mismo del enunciado de los principios en el marco de las fuentes. En libros sucesivos lo hace del régimen de la persona del empresario, de los bienes y actividad del mismo y finalmente de los que denomina “*fatos jurídicos empresariais*”, breve conjunto de normas generales relativas las obligaciones mercantiles. La Parte Especial se abre con el Libro dedicado a las sociedades, a los que siguen los que se ocupan sucesivamente: de los contratos empresariales, que incluye el régimen general de los títulos de crédito; del denominado “*agronegocio*”; del Derecho comercial marítimo, y del proceso empresarial. Al Derecho concursal dedica escasos preceptos en materia de principios y procedimiento. La breve Parte Complementaria recoge las disposiciones finales y transitorias, en algunas de las cuales se completa el inicial acotamiento del ámbito del Derecho y código comerciales, mediante la especificación de que las normas mercantiles no alteran las obligaciones legales del “empresario, la sociedad, sus socios o accionistas”, establecidas por el Derecho laboral, de consumo y tributario, ni la responsabilidad derivada de infracciones a las normas protectoras del medio ambiente y en general del Derecho económico.

Por su parte el APCM aparece dividido en siete libros, frente a los cuatro del aún vigente, precedidos de un breve Título preliminar. En éste delimita el ámbito del código y del Derecho mercantil, en torno al mercado en un primer nivel, con posteriores concreciones desde las perspectivas objetiva y subjetiva. Ello dota a esa delimitación de particular complejidad, amplitud - patente sobre todo en el hecho de que desde la perspectiva subjetiva pasa a ser no solo el Derecho de los empresarios, sino, además, de los llamados “operadores del mercado”- y un carácter polémico que ha contribuido a su paralización¹⁹. El incremento de libros se debe a la incorporación de algunas materias reguladas inicialmente fuera de él – competencia y propiedad industrial en el L. II – y desdoblamiento de otras – Obligaciones y contratos (L. III y IV) -. El L. I se ocupa del empresario y su estatuto, el II de las sociedades mercantiles, los subsiguientes del resto de las materias tradicionales del Derecho Mercantil, salvo las dos mencionadas anteriormente como ausentes de él. De este modo se produce una

¹⁹ Las críticas por esta razón proceden de un grupo de Profesores de Derecho Civil, que subrayan el efecto de “mercantilización” de ese derecho especialmente en el Derecho de obligaciones y contratos. En ese aspecto incide el preceptivo informe del Consejo de Estado, que además pone objeciones a la incorporación en algunas materias de normas de Derecho público. en cuestión amplía su crítica.

amplia coincidencia en el contenido de ambos textos, pese a esas exclusiones y a que el español desconoce el “agronegocio”, y que no recoge la materia procedimental.

Resultado previsible.

Desde la perspectiva comprada la culminación de ambos procesos ofrecería un panorama del Derecho comercial con grandes semejanzas, mayores que las que tiene en este momento, pero en la línea de las existentes antes de la promulgación del CC de 2002. Esas semejanzas se acentuarían, desde luego, en el plano de la ordenación general del Derecho Privado, al hacerse común de nuevo su distribución en los dos clásicos cuerpos legales. También en algunos aspectos de la regulación de los grandes apartados de su contenido, e incluso en detalles a los que no es oportuno descender en un trabajo como éste, en virtud de su modernización. Esa aproximación, que no excluye particularidades nacionales, a las que se ha aludido por vía de ejemplos, es consecuencia de la importancia de la internacionalización de esas y otras relaciones, de las de carácter ampliamente cultural. Este hecho no es nuevo, pues a su nivel y con otras características se viene haciendo presente en este ámbito, con ritmo e intensidad variable, al menos desde el siglo XIX, como lo pone de relieve el análisis de la primera codificación²⁰. No obstante ese acercamiento resultaría menor en el caso del Derecho de sociedades precisamente por sustraerse en el Derecho brasileño al planteamiento general de la división entre materia civil y mercantil.

2 EL DERECHO DE SOCIEDADES PROYECTADO: INTRODUCCIÓN

Panorama general

De este modo, al abordar comparadamente el tratamiento del Derecho de sociedades en los textos nacionales de referencia llaman la atención más las diferencias en el plano general que las coincidencias sectoriales. El Proyecto brasileño realiza en última fase de su proceso evolutivo un cambio profundo en esta materia, en sentido distinto al general de la obra codificadora, renunciado a reintroducir el reparto de la misma entre los dos cuerpos normativos de carácter privado. La mantiene unificada, pero ahora en el Cco, con cambios importantes, quizás más allá de los mínimos necesarios en los tipos y categorías, como veremos más adelante con detalle. Desde la perspectiva del Derecho español el cambio más

²⁰ Baste aquí recordar el parentesco entre el viejo Cco brasileño y los españoles de 1829 y el vigente, debido a la común influencia en ambos del napoleónico, y de la que complementaria tuvo el primer español en el brasileño, que en la doctrina brasileña se recuerda aún, como muestra, p. ej. REQUIAO, Rubens (1995) *Curso de Direito Comercial*, 22. ed. vol 1, pp. 15 y s.

significativo es la ruptura de la “summa divisio” entre sociedades de personas y de capital por virtud de la introducción de una categoría nueva – *sociedades por cuotas*- ahora de carácter general, pero de clara inspiración en el tradicional de sociedades mercantiles, con referencia al tipo de SL, implícita en la denominación y explícita al ser el tipo central de esa categoría, de la que queda excluida la SA. Por el contrario la distinción entre esas dos categorías clásicas de sociedad sigue siendo el punto de partida de la ordenación de la materia de sociedades mercantiles en la PCM y la que mantiene el APCM, que se ocupan únicamente de estas sociedades, al respetar totalmente la división tradicional del Derecho privado.

El Derecho español (Breve referencia).

Por lo que aquí interés puede decirse que la situación actual del Derecho español responde en sus rasgos generales, aunque no en los detalles, a la del Derecho brasileño antes de la publicación del CC de 2002. En su aspecto más general debido, por un lado al reparto de la materia entre los dos códigos de Derecho privado, por otro al mantenimiento del régimen general y del propio de las sociedades personalistas en la situación de la materia al promulgarse los códigos comerciales, y finalmente por la actualización del de las sociedades de capital. La diferencia fundamental en este último ámbito se manifiesta en que mientras el Derecho brasileño reconoce y regula la SL, ya en 1919, y mantiene una mayor distancia entre ésta y la SA, el español lo hace más tardíamente en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 y aproxima en mayor medida esos dos tipos como sociedades de capital. Además, a partir del proyecto fallido de Código de sociedades mercantiles²¹, realiza un esfuerzo de actualización y sistematización, sobre todo de esta categoría con la promulgación de la Ley de sociedades de capital (LSC)²², que prosigue su desarrollo de forma paralela e incluso independiente de los trabajos de elaboración del CM, a través de una reciente reforma de aquella en materia de órganos²³ y parcialmente del conjunto de las sociedades, incluidas la civil, en lo relativo a las denominadas modificaciones estructurales²⁴.

²¹ *Propuesta de Código de sociedades mercantiles* (2002), Madrid, Ministerio de Justicia. Elaborado por una ponencia especial d la Comisión General de Codificación integrada por los Profesores SANCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. y ROJO FERNANDEZ –RIO, A. y aprobado por la Sección de Derecho Mercantil el 16 d mayo de 2002, su resultado sirve de base, con la consiguiente actualización, para la elaboración de la parte correspondiente de la PCM.

²² RDL 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital. BOE núm. 161 de 03 de julio de 2010

²³ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital, para la mejora del gobierno corporativo. BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014. Sobre la misma V. AA VV, *Junta general y consejo de administración en la Sociedad Cotizada* (2105), 2 vol., Thomson Reuters- Aranzadi.

²⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE núm. 82 de 04 de Abril de 2009

Todo ello explica, por un lado el ámbito más reducido de la reforma española y el hincapié en la actualización de las sociedades de personas, rasgos claramente diferenciales respecto de la brasileña. Se podría hablar de coincidencia en la atención que se presta a las normas comunes; sin embargo, el hecho de ocuparse la española solo de las sociedades mercantiles introduce dificultades en la comparación, especialmente relevantes para un tratamiento breve como el que aquí se pretende. El modo en que se estructura la materia en el APCM, criticado por su complejidad²⁵, hace la labor aún más difícil, ya que las normas más generales se ordenan en bloques de distinto nivel de generalidad. En un primer nivel se sitúan las comunes a todas las sociedades, sin distinción de categoría o tipo. En un segundo nivel se establecen separadamente normas comunes a las sociedades de personas y las que lo son a las sociedades de capital. Dentro de éstas el lugar central se asigna no a la SA, como hasta ahora, sino a la SRL, aspecto este en el que se produce una coincidencia con la reforma brasileña, dentro de las diferencias derivadas del distinto alcance de la reforma societaria en ambos procesos de codificación. Por ello en lo que sigue se aborda solo el ámbito más general y se pone en primer plano el Derecho brasileño, con breves y aisladas referencias a puntos en que la comparación parece oportuna y procedente.

3 EL DERECHO DE SOCIEDADES EN EL PROYECTO BRASILEÑO: ASPECTOS GENERALES

Alcance de la reforma propuesta

En su fase inicial los objetivos concretos de la reforma del Derecho de sociedades son singularmente modestos, en el marco de los generales de la codificación brasileña. De los que se proponen para las sociedades mercantiles cabe destacar dos, considerados como especialmente importantes y de solución urgente²⁶: dotar al “levantamiento del velo” – *desconsideração*- de la personalidad jurídica de una regulación compatible con el respeto al principio que incluye la limitación de responsabilidad ²⁷, y el de configurar la SL con la

²⁵ ROJO FERNANDEZ-RIO, A.- “La sociedades mercantiles”, en AA VV.- *Hacia un nuevo Código Mercantil*, pp. 125 a 137, pp. 130 y s.

²⁶ V. en este sentido ULHOA COELHO (2014) *Os desafios...*, pp. 41 a 43

²⁷ De la abundantísima literatura sobre el tema en Brasil, bastará citar para hacerse una idea de la evolución del tema, las dimensiones del problema y lo que aporta el Proyecto de nuevo Cco en su primera formulación, que se conserva en su redacción final dos artículos incluidos en una misma obra colectiva: VASCONCELOS VIANA, Juvêncio/ MÁXIMUS MONTEIRO, Arthur.- “Desconsideração da personalidade jurídica no Projeto do novo Código Comercial” y NAVARRO RIBEIRO DANTAS, Marcelo.- O projeto de novo Código Comercial Brasileiro e a desconsideração da pessoa jurídica, en AA VV (2013) *Reflexões...*, respectivamente en pp. 313 a313 a26 y 327 a 361. Como monografía reciente, V.NETTO PARENTONI, Leonardo, (2014),

flexibilidad y falta de formalismo que permitieran tanto su utilización para pequeñas y medianas empresas como para organizar grandes inversiones extranjeras y joint ventures,²⁸ de cuya pérdida se culpa en buena medida a la reforma operada por el vigente CC²⁹.

En la fase final el Proyecto ha corregido ese enfoque inicial y remodela este sector del Derecho privado, eliminando la inicialmente proyectada dualidad de regímenes y mantiene uno solo en el proyectado Cco. Es en este sentido tributario fundamentalmente del Proyecto del Senado. De la dimensión de los cambios da idea el hecho de que no solo se omite, como ya lo hace el CC, toda referencia a una eventual sociedad civil sino que, en consecuencia, desaparezca como categoría especial la anterior “*sociedade empresaria*” y en otro plano se elimine el tipo de “*sociedade simples*”, capaz de acoger desde la perspectiva organizativa un régimen general y común a ambas categorías, objeto de crítica en la doctrina brasileña³⁰, Todo ello tiene como consecuencia lo que en terminología española es la “mercantilización”, del Derecho de sociedades

En materia de tipos se produce, además, la revisión de los tradicionalmente comerciales, ahora generales, con la eliminación de algunos de ellos³¹, cambios en su régimen y el reconocimiento de un papel más relevante a la SL. Esto resulta perceptible, no en el tratamiento específico de cada uno de los que permanecen, que es muy breve, sino en lo que podemos considerar la parte organizativa del régimen general, que se establece en torno a una nueva categoría, la de la *sociedade por quotas*, que con las escasas especialidades para la generalidad de los tipos directamente enmarcados en ella, integra el régimen de cada uno, como veremos más adelante.

Estructura del régimen societario.

a. Primeras disposiciones.

Desconsideração da Presonalidade jurídica.- Dogmática e anáilise científica da jurisprudencia brasileira. Ed. Quartier latin.

²⁹ Como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto presentado al Senado, obra de una comisión de juristas en ULHOA COELHO (2014) *Os desafios...* pp. 49 a 80, pp. 62 y 63, en lo que respecta a la Exposición de motivos del Anteproyecto del Senado a problemas concretos y la aportación del autor en p 43. Una buena panorámica de la importancia, situación y problemas de la SL en Brasil se ofrece en AA VV (MOURA AZEVEDO, Luis André N., MONTEIRO DE CASTRO Coord) (2013) *Sociedade Limitada Contemporânea*, Sao Paulo, Ed Quartier Latin.

³⁰ V. en este sentido V. CAMPINHO, Sergio. (2013) “Sociedades simples e empresarias: necessidade de uma revisão de conceitos”, en AA VV (2013) *Reflexões ...*, pp. 425 a 436.

³¹ V. en términos generales la consideración de esa reducción como una de las una líneas de desarrollo del actual Derecho de sociedades, BRINA CORRÊA LIMA, Osmar (2013) “Tendências Atuais do Direito Societario, en AA VV., *Direito Empresarial e outros estudos de Direito em Homenagem ao Professor . José Alexandre TAVARES GUERREIRO*, Sao Paulo, pp. 143 a 153, esp. pp. 149 y 150.

El Proyecto aborda por primera vez el temario propio de las sociedades en el Libro I de su Parte General, relativo al Derecho comercial en general, al establecer, tras los principios generales del mismo³², los aplicables a las sociedades. Estos últimos son: autonomía patrimonial, preservación de la empresa económicamente viable, protección del inversor mediante la limitación de su responsabilidad en la aplicación de recursos para la actividad económica y formación de la voluntad social mediante *deliberações* – acuerdos- de los socios³³. Al desarrollar esos principios se adelantan normas que habrá que integrar en el tema al que afecta, como es el caso, de las que se refieren a los acuerdos sociales. Existen otras referencias aisladas a las sociedades en la Parte General, primero al establecer el T.I. del L.II la noción de empresario, con la ineludible alusión a una sociedad de ese carácter, y luego al recoger en este mismo título y en los dos siguientes particularidades societarias del estatuto del empresario: deberes de inscripción y contabilidad y protección del nombre - “empresarial”- de la sociedad, por referencia a los tres tipos tradicionalmente mercantiles que se conservan y al de la sociedad profesional. Frente a lo que hace el CC, que parte de definir a todo empresario con un criterio material con independencia de su condición individual o social, el Proyecto mantiene el criterio material para calificar como empresario a la persona física – *natural*- que “explota profesionalmente una empresa”, pero adopta uno formal en relación con las sociedades al considerar empresario “a las sociedades que adoptan cualquiera de los tipos regulados por este Código”.

b. Núcleo del régimen.

El régimen societario se recoge, como se anticipaba, en L. I de la Parte Especial del Proyecto. Su contenido se distribuye en seis títulos de los que merecen especial atención, para ofrecer las líneas básicas del nuevo Derecho de sociedades, los dos primeros, referidos respectivamente a las *disposições comuns* y a las propias de la *sociedade por quotas*, categoría ésta de notable amplitud en su delimitación y mayor aún por el ámbito de aplicación, directa o subsidiaria, de sus normas. Por si solos proporciona una imagen representativa del alcance de las modificaciones que el nuevo Cco aspira introducir en esta parte del Derecho del privado. Sin embargo deben tenerse en cuenta también a esos efectos los dos últimos títulos, que recogen el régimen común de concretos, pero muy importantes fenómenos societarios.

³² El art.4 menciona como tales los de Libertad de iniciativa empresarial, Libertad de concurrencia, Y Ética y buena fe. En su desarrollo alude a al carácter imprescindible en el sistema capitalista de la empresa privada y al lucro como “principal factor de motivación de la mismo y adelanta uno de los principios del Derecho de sociedades al subrayar la importancia de la seguridad del inversor. Privado.

³³. El art. 5º recoge tras la enumeración y en el desarrollo del último algunos aspectos del régimen de derecho de voto que aparece así como uno de los fundamentales del estatuto del socio.

Desde otra perspectiva ese régimen general se establece en tres grandes fases partes o bloques, a semejanza de lo que hace el CC, pero con técnica distinta y diferencias en el contenido. Eso ofrece un resultado final diferente, a pesar de que en la base del nuevo régimen se conservan muchas normas del código vigente, si bien en un contexto diferente muchas de ellas, como sucede con las que son objeto de transvase desde el régimen de la *sociedade simples* al de las *la sociedades por cuotas*. La primera parte, la más general – T. I: *Das disposições comuns a qualquer sociedade*- agrupa un conjunto de normas de aquel carácter, más amplia en el Proyecto que la correspondiente en el CC - *Disposições gerais* - pero tributaria de éste, sobre todo pero no exclusivamente de esa parte. La segunda regula las vicisitudes de la sociedad desde su constitución a su liquidación, en torno a la mencionada categoría de la sociedad por cuotas³⁴, y lo hace en un doble nivel: el propiamente general, que dota a aquella de un amplio y minuciosos régimen, con funciones similares en el nuevo contexto a las de la *sociedade simples* del CC, y otro que se ocupa de las especialidades de los tipos. Sobre estas dos niveles se volverá a continuación. La tercera parte, integrada por los títulos V relativo a *las operações societárias* – modificaciones estructurales- y VI sobre *ligações societárias*- uniones de empresas-, recoge el régimen común de acuerdos y actos societarios específicos pero de especial transcendencia; tiene un contenido más reducido y homogéneo que la parte correspondiente del CC, ya que el Proyecto traslada a otras algunos de ellos, como la liquidación y la nacionalidad de las sociedades a las dos partes anteriores. En ambos casos la base la proporcionan también los capítulos correspondientes del CC, con modificaciones tomadas en este caso del régimen de la SA. Aunque se amplía notablemente el contenido de las dos y se enriquece sobre todo el de uniones y grupos, permitiendo superar dudas doctrinales sobre el régimen contenido en los cinco preceptos del CC³⁵, el tratamiento sigue siendo de singular brevedad, sobre todo en el primero de esos dos temas.

Disposiciones comunes.

El T. I, en su Cap. I, bajo la rúbrica “*Das Disposições introdutorias*”, se ocupa en diversas secciones, de manera aislada o agrupadas con distinto criterio, de cuestiones

³⁴ Aunque esta expresión ha sido frecuentemente utilizada para denominar en concreto a la SL, desde la perspectiva de las participaciones sociales, para diferenciarla de la SA, partiendo de lo que tienen en común en cuanto manifestaciones de las de capital, otra perspectiva, que por una parte generaliza la importancia del capital social y tiende a distanciar más aún estos dos tipos sociales y que es la que adopta el Proyecto, cobra importancia en la doctrina, como muestra por ejemplo ULHOA COELHO (2015) “O valor da participação societária” en AA VV *Tratado de Direito Comercial*, cit. Vol. 1, Sao Paulo, Ed. Saraiva pp. 299 a 326, p. 299.

³⁵ V. MULLER PRADO, Viviana (2015) “Grupos societários”, en *Tratado de Direito Comercial*”, cit, vol. 3, pp. 363 a384, esp. p. 367.

generales como el concepto de la sociedad³⁶, los tipos, la permanencia del contrato en caso de invalidez de la declaración de un socio y arbitraje, por solo mencionar algunos. En capítulos sucesivos se aborda el temario relativo a los acuerdos – *atos*- actos sociales desde el punto de vista de la forma y publicidad, a la personalidad jurídica, a la capacidad, a la sociedad irregular- *sociedade sem registro*- , nacionalidad, etc. Dentro de este temario, más amplio y desarrollado que el de la parte correspondiente del CC, cabe destacar entre las novedades respecto del régimen vigente, en tema de personalidad jurídica, por un lado que desaparece la categoría preexistente de las sociedades sin personalidad jurídica, si bien se conserva algún supuesto excepcional y por otro que aquella se adquiere por inscripción del contrato constitutivo en el Registro Público de Empresas, manifestaciones entre otras de la tendencia a generalizar aspectos del régimen que actualmente es propio de la “*sociedade empresarial*”.

Aunque en este apartado es donde cabe apreciar con mayor claridad las coincidencias entre el régimen del Proyecto brasileño y el español, no puede obviarse la diferencia fundamental que deriva del hecho de que mientras en el primer caso se está estableciendo un régimen común para todas las sociedades, sin duda tomado en buena medida de las de carácter empresarial, en el segundo la referencia es exclusivamente la de esta última clase de sociedades.

Las sociedades por cuotas

a. Panorama general

Dedica el Proyecto a regular la sociedad por cuotas el extenso T. II del citado libro II, que agrupa más de cien artículos de los que solo una quinta parte corresponde a especialidades de los tipos. En sus ocho primeros capítulos recoge el régimen general de esta categoría con el consiguiente detalle. Dedicar uno más a las especialidades de los tipos enmarcados en ella- sociedad colectiva, limitada y de cuenta en participación- , que no son todos aquellos a los que ese régimen general resulta aplicable en alguna medida. Fuera de la categoría quedan, por un lado la SA- T. III - con lo que se establece una distinción dual diferente a la tradicional entre sociedades de personas y de capital, aún arraigada en la

³⁶ Del que elimina la referencia expresa al contrato, única que figura en el art. 981 del CC. esto había sido criticado en la doctrina como reduccionista, al prescindir del rasgo complementario de la subjetivación del conjunto. V. en este sentido BRINA CORREIA-LIMA, Omar.- “Concepto, persoalizacao e classificacao das sociedades, en AA VV. (ULHOA COELHO Coord.)- *Tratado ...I* (2015) Vol 1, pp. 279-298, p. 281, donde recoge y hace suyas opiniones expresadas con anterioridad por GONÇALVES NETO, A. y WALD, A.

doctrina³⁷ y la peculiar *Sociedade de profissôo intelectual* – T. IV-. Respecto de la aplicación a ambas de las normas comunes y en lo que corresponda el de esta categoría societaria debe tenerse en cuenta que “la SA se rige por ley especial, aplicándose en su defecto las disposiciones de este código” y a la segunda se aplican estas disposiciones con carácter “subsidiario” y en lo que fueran compatibles “las (normas) de este título y las del tipo adoptado”.

b. Aspectos del régimen jurídico.-

Se configura el régimen general de esta categoría con normas procedentes del CC, fundamentalmente de la sociedad simple y de la SRL, con modificaciones y adiciones de diferente sentido según su origen, de acuerdo con los objetivos generales perseguidos. Supone esta operación una delicada labor de adaptación y ensamblaje para atender a lo que se considera común a tipos tan diversos, si bien la diversidad se atenúa por la acentuación en la SL de su vertiente personalista. En el resultado final se percibe la generalización de rasgos que fueron propios inicialmente de las sociedades de capital. Este mismo fenómeno se advierte en la configuración del régimen común de las sociedades mercantiles en el APCM, en un proceso que, sin embargo presenta las diferencias de origen y amplitud de resultados, que resulta de la diferencia entre los dos procesos nacionales de codificación antes puesta de relieve.

La importancia de las normas procedentes de la sociedad simple resulta en mi opinión lógica teniendo en cuenta que este aspecto del régimen general societario cumple funciones similares a las de aquel tipo, fruto de la tarea, en buena medida afortunada, de recoger el resultado de largos esfuerzos por sintetizar lo esencial de la sociedad como instituto jurídico en su expresión más sencilla. Entre esas funciones debe considerarse la de contribuir en gran medida a dotar de régimen a sociedades cuyo objeto no es necesariamente el de la explotación de una empresa, con los matices propios de un Derecho de sociedades “mercantilizado”. Lo fundamental de la novedad aportada en la reelaboración de esta primera parte es su mayor desarrollo y actualización del derecho de origen para adaptarlo a la SL como figura central, sin merma de la flexibilidad que exija la convivencia de éste con otros tipos.

La parte del nuevo régimen tomada del actual de la SL, tiene la importancia correspondiente a la señalada del tipo en la nueva categoría e implica la generalización de su

³⁷ V. por ejemplo WALD, Arnoldo.(2013)- “O Código Civil e o projeto de Código comercial” En *Reflexões sobre o Projeto* cit., pp. 19 a 30, p. 29, que no obstante mostrar una actitud favorable al proyecto se muestra partidario de reunir el régimen de la SA y la SL en un mismo “diploma”.

régimen. La novedad que se busca en la labor de ensamblar esta parte con la anterior es, por el contrario, la de simplificación con el mencionado propósito de hacer que este tipo adquiera más sencillez y flexibilidad³⁸. En la inclusión de normas procedentes de la tercera de las partes que se utilizan como fuente del régimen se combinan ambas orientaciones. De este modo resulta posible con más facilidad utilizar el régimen resultante como común para la SL como el tipo central, con elementos personalistas y de capital, y el resto de los tipos englobados en la categoría. Así se justificaría en mayor medida la traslación a esta categoría de la denominación que anteriormente se aplicó a la SL y se explica también lo reducido de aquellas especialidades, incluso de las de la SL pese al reconociendo de su importancia fundamental.

Se mencionan a continuación solamente algunos aspectos, que se consideran de especial importancia y que muestran selectivamente aspectos del régimen de la categoría, significativos del modo de innovar en relación con el régimen aún vigente. En medida semejante se manifiesta en otros, como los relativos a momentos de singular relevancia: constitución de la sociedad, acuerdos que modifican rasgos importantes de la sociedad en ese momento – aumento y reducción de capital- y liquidación.

4 LAS CUOTAS Y SU RÉGIMEN

Especial importancia otorga el Proyecto a la cuota como elemento que lleva a la calificación de la categoría por referencia al mismo. De ellas se ocupa en dos capítulos dentro del T. II. Por un lado el Cap. I – *Das quotas*-, regula aspectos generales y básicos, de aquella, junto con otros de singular importancia como la aportación. Por otro el VII – *Da liquidação de quota* – se ocupa de aspectos más concretos y problemáticos en relación con la cuota y de otros más amplios relacionados con ella, como la disolución parcial de la sociedad. Aquella importancia y este contenido, con un desarrollo más amplio y detallado justifican una mención especial dentro de la necesaria brevedad.

En su primera parte - caracterización de la cuota, régimen de la aportación, con especial referencia a la responsabilidad por reembolso, condominio y transmisión- procede el tratamiento proyectado mayoritariamente de la actual regulación de la SL-. En tema de

³⁸ Como opinión no coincidente con la generalizada de modificar en ese sentido el régimen de la SL sino defensora de la conservación del régimen recogido en el CC y utilización de sus posibilidades y especialmente interesante, a mi juicio, V. PORTUGAL GOUVÊA, Carlos (2013) - “Em defesa do Regime: as regras aplicáveis às Sociedades Limitada como un convite a inovação institucional” en AA VV.- *S L. Contemporânea* (2013) cit. pp. 298 a 351.

aportación cabe destacar la generalización de la norma de la prohibición de aportación de servicios, propia de las sociedades de capital, salvo en el caso de las sociedades entre profesionales. La segunda, que incorpora en su base aspectos del tratamiento de la sociedad simple, incluye un temario problemático, tanto el general de separación, exclusión y sucesión del socio³⁹, como el concreto de la *apuração de haveres e reembolso* ⁴⁰ de la cuota.

Estatuto del socio.

Aunque este aspecto tiene especial importancia en el marco de la organización de la sociedad es objeto de regulación separada y así es bordado aquí en cuanto también se relaciona con el de la cuota y adquiere un significado más amplio. El Cap. V. en el que se aborda trata separadamente los deberes y los derechos del socio, proporcionando un cuadro más completo que el que tiene en la legislación vigente, más próximo al que tradicionalmente tiene en la SA y por extensión en las sociedades de capital. En el detalle, en esa aproximación y en la propia importancia que da el Proyecto a éste como aspecto especial, va más allá que la legislación proyectada española

En el tratamiento de los deberes, que precede al de los derechos cabe destacar el énfasis en el aspecto sancionador en caso de incumplimiento, en el de los derechos el modo en que se subraya el carácter dispositivo del de voto y la importancia que se da a la “fiscalización” de los administradores, generalizando la posibilidad de constituir un órgano con esta finalidad, antes prevista solo para la SL. Respecto del de los derechos destaca la incorporación como tales de los de carácter no económico. El contenido del fundamental de ellos, el de “participación en las deliberaciones sociales”, tendrá el contenido determinado por el contrato social, cuyo papel venía ya establecido en las normas que sobre este derecho adelanta el desarrollo del correspondiente principio, con expresa referencia a la posibilidad de que aquel limite o suprima e de derecho de voto⁴¹. Como limitaciones legales al ejercicio del mismo se establecen las derivadas del deber de abstenerse de participar en las

³⁹ V. especialmente CUNHA BARBOSA, Henrique, “Dissolução Parcial, recesso e Exclusão de socios: Diálogos e disensos na Jurisprudência do STJ e nos Projetos de CPC e Código comercial, en AA VV.- *S.L Contemporânea* (2013), pp. 353 a 402, especialmente crítica con el Proyecto en su primera versión, que sigue siendo la definitiva en este aspecto.

⁴⁰ Sobre ese carácter problemático, con breves referencias a doctrina y jurisprudencia y el juicio en este caso positivo de a la propuesta normativa del Proyecto, V., como punto de partida, la opinión de los juristas que elaboran la Exposición de Motivos de del P. del Senado en ULHOA COELHO (2014) p. 64.

⁴¹ Como se apuntaba al mencionar los citados principios, el relativo a la formación de la voluntad social viene acompañado en el art. 5º por normas relativas a diversos aspectos de este derecho. La que aquí interesa establece que “La voluntad social resulta de acuerdo adoptado por los socios, proporcionalmente a su contribución a la sociedad, salvo en los casos de supresión o limitación del derecho de voto o cuando el estatuto o contrato social establezca algo diferente.

deliberaciones en caso de conflicto o divergencia de sus intereses y los de la sociedad y de la prohibición de votar contra los intereses de ésta. Como todos los demás derechos este resulta afectado por la obligación general de ejercicio con “diligencia y probidad”.

Órganos sociales.

Consideraciones de conjunto.

Este aspecto merece una atención especial debido tanto a la importancia del tema como a las novedades introducidas en él respecto de la regulación del CC. El régimen resultante permite con más fundamento hablar de órganos, particularmente por la importancia que en tema de “*deliberações*”, adquiere la asamblea como marco típico para llevarlas a cabo. De ellas se ocupa el primero de los apartados, dedicado específicamente al tema (Cap. III); de la administración se ocupa el siguiente (Cap. IV). Su contenido debe completarse con preceptos procedentes de otros capítulos y títulos, además del dedicado al estatuto del socio, como se ha advertido, los principales de los cuales se hará referencia al abordar cada uno de los dos aspectos que cabe diferenciar en el conjunto del temario.

En lo que no constituye estricta novedad confluyen aquí también normas de las tres partes del CC que se tienen en cuenta al configurar el régimen de esta parte del Proyecto, con predominio en éste caso de la regulación en él de la SL y, dentro de su régimen, de lo que hasta el momento era más propio de las sociedades de capital. Con ello se intensifica o hace más patente la tendencia mencionada a generalizar normas de esa vieja categoría de las sociedades mercantiles, que se percibe también en su ámbito propio en el Derecho español proyectado.

En efecto, mientras el CC agrupa toda la materia de órganos de la sociedad simple bajo la rúbrica “de la administración”, dentro de la que dedica un solo precepto a los acuerdos sociales y se ocupa en los demás de la regulación de la administración en sentido estricto, al establecer el régimen de la SL separa ya los temas de administración y adopción de acuerdos sociales. En la adaptación de las normas procedentes del CC, que se toman del régimen que en él tiene este tipo social se aprecia también aquí el mencionado esfuerzo por hacer la regulación menos detallada y más flexible, con el doble resultado de establecer un régimen apto para actualizar técnicamente el tratamiento de las sociedades personalistas y dotar de aquellos rasgos al de la SL, lo que en este tema puede ser especialmente discutible.

Acuerdos sociales.

Del primero de los preceptos del capítulo dedicado a estos acuerdos se desprende el carácter dispositivo y la falta de exigencias formales del régimen, aspecto éste último que, como novedad se hace hincapié en algún comentario⁴². Otras novedades concretan la mencionada configuración del régimen de los mismos conforme al modelo del mismo propio de las sociedades de capital. Esta va más allá de lo que delata la estructura formal, como muestra el hecho de que pese a que el Proyecto conserva del CC los dos mismos apartados y rúbricas en la regulación del estatuto del socio- deberes y derechos- se introducen en ambas novedades que, como vamos a ver inmediatamente, hacen su contenido más próximo al de las sociedades de capital y más apto completar el tratamiento del tema.

El procedimiento de adopción de acuerdos será el previsto en el contrato, que en su caso, establecerá la necesidad de reunión en “asamblea”, posibilidad no mencionada por el CC en la sociedad simple, sino solo previsto de esta misma forma para la SL; no es necesaria para la adopción de acuerdos en caso de silencio del contrato. La válida adopción de acuerdos es tratada con la máxima flexibilidad; incluso en el caso de que el contrato prevea la toma de acuerdos en asamblea, la participación de todos los socios mediante comunicaciones “por escrito” sobre los temas objeto de consulta la formulación de la misma y dichas comunicaciones por ese medio permite obviar la asamblea. Así mismo se prevé la dispensa de convocatoria en supuestos de lo que denominamos junta universal, con una concepción especialmente amplia, en cuanto la reunión de parte de los socios con la conformidad por escrito de los no asistentes con la celebración y orden del día, dispensa de las formalidades de convocatoria.

En la adopción de los acuerdos rige el principio mayoritario para su válida adopción, expresado en términos habituales y con cierta minuciosidad: necesidad “mayoría absoluta de votos, calculada según el valor de la participación de cada socio en el capital social”, precisando que “para la formación de la mayoría absoluta son necesarios votos correspondientes a más de la mitad del capital social”. Se admiten excepciones a ese principio mayoritario con origen no solo en la ley y en el contrato social, sino también en “acuerdo de *quotistas*”. En estos dos últimos casos se limita el alcance en el sentido de agravar la mayoría, pudiendo llegar a exigirse la unanimidad para los acuerdos que especifiquen. Se añade la precisión, de que en el caso de participaciones preferentes sin derecho a voto, admitidas, pues, con carácter general, la participación de las mismas en el capital social no debe ser computada

⁴² V. ULHOA COELHO (2014), p. 138.

en el cálculo de la mayoría. El empate implica rechazo del acuerdo sometido a votación, salvo que el contrato, estatuto o ley aplicable al tipo societario establezca otra cosa⁴³.

En otro aspecto, la validez de acuerdos no requiere de “registro o formalidad específica”. El principio es aquí pues el de ausencia de requisitos formales⁴⁴, al que se establecen como excepciones que venga exigido “expresamente” o que se produzcan “situaciones especiales”, sobre las que no proporciona orientación. Finalmente se sanciona la adopción de acuerdos que infrinjan el contrato o la ley con la responsabilidad ilimitada de los que “*exressamente as aprovaram*”.

4 ADMINISTRACIÓN

Recoge el Proyecto el régimen de la administración en tres secciones que se ocupan sucesivamente de la designación, destitución y sustitución del administrador, como aspectos relevantes en el tema más amplio de su duración, a continuación de sus facultades de gestión y representación, y finalmente de sus deberes y responsabilidades, con lo que adquiere el tratamiento un carácter más sistemático. Se introducen novedades importantes en el contenido, pese a la conservación de buen número de los preceptos que dedica el CC a la administración de la sociedad simple, perfilando mejor la representación propiamente societaria en línea con su desarrollo en las sociedades de capital. En este sentido puede mencionarse la desaparición de la referencia expresa al régimen del mandato como supletorio, y la remodelación de la oponibilidad a terceros de los límites impuestos al poder del administrador, con la eliminación entre las causas de la misma de la inscripción en el registro de esos límites. Sobre la base de que corresponden a los administradores la doble función de gestión y representación, se abordan mayor número de aspectos y con mayor detalle, comunes algunos, como la actuación en caso de pluralidad de administradores y sobre todo específicos de la representación.

Especialidades de los tipos.

La Sociedad Limitada es el primero de los tipos objeto de atención por el Proyecto en el capítulo dedicado al establecimiento de las especialidades de los de sociedad por cuotas. Las normas especiales, escasas por la razón antes dada, remiten en general al régimen de la

⁴³ A diferencia del resto de los aspectos a que se ha hecho referencias este apare regulado fuera de este este contexto normativo, en el art. 5. 6., como desarrollo del principio que está en la base de este derecho.

⁴⁴ Aspecto que destaca como novedad fundamental en este aspecto ULHOA COELHO (2014) p. 138, al comentar el parágrafo 1º del art. 241 del Proyecto del Senado- art 146 del Proyecto de la Cámara de Diputados.

SA, de acuerdo con lo que se establece para sus fuentes: “la SL se rige por las normas de la sociedad por cuotas y por las aplicables relativas a la SA cerrada”. Aspectos contemplados en la citada sección, alguno de ellos novedoso son la posibilidad de crear cuotas “*preferenciais*”, la de establecer un Consejo de administración, la de constituir una sociedad unipersonal, y la de emitir obligaciones.

Lo reducido del régimen de la Sociedad en nombre colectivo obedece en este caso a la escasa importancia que se le concede⁴⁵. En el único precepto que constituye la sección segunda de este capítulo, tras su caracterización tradicional, con la expresa mención de la posibilidad de que puedan constituir la personas jurídicas, las normas especiales contenidas en ella se refieren a la responsabilidad de los socios, con mención el supuesto de transmisión de la cuota, a la administración y a la posibilidad de crear filiales. Se cierra el precepto con un pronunciamiento sobre fuentes de régimen en el que se establece que esta se rige por las normas generales de la sociedad por cuotas y por las especiales de esta sección”.

De las dificultades de encuadramiento de la *Sociedade em conta de participação* - cuentas en participación-⁴⁶ da idea el hecho de que en proceso de codificación figure inicialmente entre los contratos mercantiles, para recuperar finalmente la condición de tipo social que tienen en el CC. Conserva en líneas generales su régimen como manifestación ahora singular de sociedad sin personalidad jurídica. Esa singularidad, se refleja en el modo en que se le aplica el régimen de las sociedad por cuotas; “subsidiariamente y en lo que fuera compatible” con la figura.

BREVES CONSIDERACIONES FINALES

En esta aproximación tan general y en relación con un juicio crítico de ambos desarrollos no parece prudente recoger aquí sino las bases de lo que es la opinión que va configurándose a partir de una hipótesis de partida, no arbitraria, sino basada en el estudio de este sector del Ordenamiento, que debe proporcionarse a la hora de apuntar lo que son

⁴⁵ De esa escasa importancia da idea la que se le concede doctrinalmente, reflejada en el tratamiento más reciente. V. por ejemplo CUNHA DA GAMA; Clovis (2015) “Sociedades empresarias menores”, en AA VV. *Tratado...* cit Vol 2., pp. 13 a 28, pp. 18 a 22, en el que se dedica un capítulo separado a las cuentas en participación.

⁴⁶ V. en la literatura Brasileña contemporánea, SCALZILI, J.P./SPINELLI, L.F. (2014) *Sociedade em conta de participação*, Ed. Quartier Latin do Brasil, Sao Paulo. En relación con las dudas sobre naturaleza y defensa de la societaria, pp. 50- 59. Dificultades semejantes ha experimentado la doctrina española, en la que hoy se considera como sociedad interna, pese a la opinión der la jurisprudencia. V.- COLINO MEDIAVILLA, J.L.- “Cuentas en participación”, en AAVV (ALONSO LEDESMA, Carmen Dir.), *Diccionario de Derecho de sociedades* (2006), Madrid, Iustel, pp. 413 a 419, p. 415

solamente conclusiones provisionales por razones de lo que hoy llamaríamos “transparencia”, y más clásicamente honradez profesional. Debo así confesar mi preferencia por la codificación del conjunto del Derecho societario, realizada fuera de aquellos cuerpos legales, y separada del conjunto del Derecho de obligaciones. Me parece la forma más adecuada de reconocer la singularidad que le confiere su carácter organizativo. Así mismo las virtudes de las soluciones introducidas o perpetuadas por los nuevos proyectos y sus promotores no alteran la consideración de que la técnica de la sociedad simple adoptada por el CC brasileño, pese a las críticas en su doctrina me parece aún defendible para articular lo que resta de la vieja distinción entre sociedades civiles y comerciales. Desde ese punto de vista no parece necesario hacer expreso el juicio que merece la reforma española, por defecto, ni la brasileña, por exceso.

Desde la perspectiva comparada y en lo que se refiere al derecho de sociedades las grandes diferencias de contexto aunque no impiden percibir la aproximación de los dos derechos nacionales en muchos aspectos hacen difícil sin estudio más detallado ir más allá de las breves menciones que se han hecho de forma aislada. Recoger las líneas y resultado de ese estudio no se adapta a las dimensiones y carácter de este trabajo

Por otra parte esos apuntes pueden resultar suficientes para mostrar los puntos de coincidencia de ambos procesos de codificación, que sin duda seguirán delante de una manera u otra en la más moderna y adecuada configuración del régimen general de sociedades y de algunos de sus tipos fundamentales sobre las pautas de las denominadas sociedades de capital, con el doble modelo organizativo, más simple y flexible de la SL y más complejo y riguroso de la SA, respecto de los cuales conviene revisar a que supuestos resultan aplicables, con especial atención a los supuestos de sociedades.