

Énfasis Investigativos en Derecho Mercantil y Derecho de los Negocios y Contratos Internacionales

Intentos de flexibilización y nueva tipificación en el derecho societario español como medidas de adaptación a las nuevas tendencias del ámbito europeo^{1*}

Linda Navarro Matamoras

Doctora en Derecho Mercantil Universidad de Murcia
Profesora de Derecho Mercantil Universidad de Murcia

Sección Doctrina

Resumen

Teniendo en cuenta el panorama actual de un mundo globalizado en el que se ha dado la creación de figuras de integración interestatal como la Unión Europea, los países miembros se han visto en la necesidad de adaptar sus ordenamientos, en especial el derecho de sociedades, para permitir una integración de la empresa a nivel internacional. De esta manera los países han realizado diversos intentos de modernización, modificación y en especial flexibilización de su normativa societaria, la cual se ha logrado por medio de la desregulación o por la tipificación de nuevas figuras societarias, este último como en el caso de países como Francia, Inglaterra e Italia. En este trabajo se estudiarán las características de la Sociedad por Acciones Simplificadas francesa, como un buen intento de flexibilización del derecho y analizar la viabilidad de la inclusión de una figura con características similares en el ordenamiento Jurídico español.

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto núm. 08734/PPC/08, Fundación Séneca-Región de Murcia. Agencia Regional de Ciencia y Tecnología.

Palabras Clave

Globalización, flexibilización del derecho societario, nueva tipificación, Sociedad por Acciones Simplificadas

Abstract

Given the current situation in a globalized world which has been the creation of interstate integration figures as the European Union, member countries have seen the need to adapt their systems, especially their partnership law, to allow the integration of their companies in the international level. In this way, countries have made several attempts at modernization, modification, and flexibilization of they corporate law, which has been achieved through deregulation and by the definition of new forms of partnerships, the latter as in the case of countries like France, England and Italy. In this paper we study the characteristics of the French simplified joint stock company as a good example of flexibilization of the law and then analyze the feasibility of including a figure with similar properties in the Spanish legal system.

Key words

Globalization, flexible law, creation of new partnerships, simplified joint stock company

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES DEL PANORAMA SOCIETARIO ACTUAL
2. EL JUEGO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. POSIBLES CAUCES DE APLICACIÓN DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA AL DERECHO ESPAÑOL
3. CAUCES DE APLICACIÓN POSIBLES EN BASE A LAS PECULIARIDADES DE NUESTRO ORDENAMIENTO
 - a. Aproximación al panorama existente
 - b. Posibles instrumentos de aplicación de la SAS al derecho societario español

- c. Modificación legislativa
 - d. Por vía estatutaria
 - e. A través de pactos parasociales
4. FIGURAS DEL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL ADAPTABLES A LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA FRANCESA
- a. Breve análisis comparado de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada españolas, con la *société par actions simplifiée* francesa.
 - b. Comparación de la *société par actions simplifiée* francesa con la sociedad limitada.
 - c. Nueva empresa española, como modelo de nueva implantación.
5. VIABILIDAD EFECTIVA A LA LUZ DEL PANORAMA EXISTENTE EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES DEL PANORAMA SOCIETARIO ACTUAL

a) Tendencias del Derecho societario europeo

La intensidad de los cambios gestados a nivel internacional y la necesidad de adaptarse a las nuevas exigencias surgidas a lo largo de los años tras la creación de la Unión Europea, obliga a los diferentes países miembros a plantearse la posibilidad de adecuar su reglamentación en diversos ámbitos, entre ellos el de su Derecho de sociedades, de modo que se favorezca la integración de las empresas tanto en Europa como en el resto del mundo¹. Este proceso de integración se ve condicionado por la llamada globalización. Este fenómeno al que viene asistiendo de un tiempo a esta parte la economía mundial y que se define como la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales (Real Academia Española de la Lengua, 2001)², también tiene su reflejo en el ámbito societario³. No obstante y a pesar del reto que ha supuesto a nivel internacional, la globalización no siempre produce consecuencias positivas. Los efectos negativos que derivan de este proceso son fundamentalmente dos: el riesgo del desgobierno, por superación de las nuevas formas de control; y, el riesgo social y desarrollo asimétrico de la propia globalización (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2002, 16). A ello debemos unirle el hecho de que este fenómeno no se manifieste por igual en todos los países.

Este proceso reclama el establecimiento de nuevas estructuras que permitan a las sociedades disfrutar de formas más flexibles y seguras de establecimiento en mercados exteriores, de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales. De acuerdo con ello, se impone la adaptación de las estructuras societarias vigentes,

en el sentido de la incorporación de mecanismos legales de flexibilización (SANCHO VILLA, 2000, 3).

Bajo estas premisas, de un tiempo a esta parte se constata un progresivo interés por el cambio y la renovación del Derecho societario europeo⁴ caracterizado por una pretensión de flexibilización, simplificación (MOREAU & TERRÈ, 2005, 3; SÁNCHEZ, 2007, 1243) y modernización⁵, no siempre lograda, que se traduce en la publicación de diversos informes y comunicaciones oficiales sobre la materia, sin perjuicio de una casi inabarcable contribución doctrinal. En este sentido, han corrido ríos de tinta desde que se adoptó la Primera Directiva al respecto, que databa de 1968.

Numerosos informes a nivel comunitario han abogado a lo largo de los años por esa hipotética modernización y flexibilización del Derecho societario.

Ya en 1996, y posteriormente en 1998 en su cuarta fase, la Comisión a través de la iniciativa SLIM⁶, proponía averiguar cómo simplificar la legislación a nivel internacional. Posteriormente, en el año 2002, el conocido informe Winter⁷ bajo el título “Un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa”, presidido por el profesor Jaap Winter, proponía de igual modo la modernización del Derecho de sociedades e introducía el término de gobierno corporativo (véase, FARRANDO, 2006, 157; FERNÁNDEZ & SÁNCHEZ, 2004, 189; GARRIDO, 2003, 111; GUERRA, 2003, 3003 y 3004; DIGNAM, 2006, 8; PIQUERAS, 2004, 549 y 550; RECALDE, 2003, 52 y 61; STORCK, 2004, 26, 27 y 39; ESTEBAN VELASCO, 2002, 3003 y 3004). De ahí surgieron posteriores iniciativas entre las cuales cabe destacar la Comunicación de 21 de mayo de 2003 de la Comisión sobre “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar”⁸, que vuelve a incidir en los mismos temas; así como, el informe sobre “La evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades” de 26 de junio de 2006 (véase, “EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL, 2007; MENEZES, 2005, 90; VARGAS 2005, 186 y 203 a 264). Ya por último y tras casi siete años de intentos y fracasos, el 13 de diciembre de 2007 nace con esta

misma vocación, el Tratado de Lisboa. Este nuevo texto sustituye a la fallida Constitución europea y reforma como es sabido, los dos Tratados actuales, el de la Comunidad Europea y el de la Unión Europea. Por otra parte, el fenómeno se enmarca en un propósito, ya dilatado en el tiempo, de avanzar hacia la unificación progresiva del Derecho privado europeo (véase, “ EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA, 2007 ;MENEZES, 2005; VARGAS, 2005) a través de un único Código Civil que implicaría la desaparición de los Derechos privados nacionales y la creación de un nuevo Derecho aplicable tanto a las situaciones internas como a las intracomunitarias. Esta propuesta a pesar de contar con la aceptación de algún sector doctrinal(véase, ALPA, 2000, 324 y 325; ARROYO Y VAQUER, 2002, 1; CAMARA LAPUENTE, 2002, 347; DIEZ- PICAZO, 2002, 99; DIEZ- PICAZO, ROCA TRIAS & MORALES, 2005, 85; LANDO, 2003, 598, 15 y 27; MARTÍN, 2002, 1, MASIDE, 2004, 1769; SAMUEL, 2000, 479; SÁNCHEZ, 2003, 381; VAQUER ALOY, 2002,1603; VON BAR,2001,127 a 139)y tener su reflejo en diversas Resoluciones del Parlamento Europeo⁹, tampoco parece ser factible ni a corto, ni a largo plazo (véase, SÁNCHEZ,2002,193).

Aunque este proceso de armonización y reforma constante se ha visto cuajado de múltiples vicisitudes y controversias¹⁰, de lo que no cabe duda es de que son numerosos los logros conseguidos en estos últimos años, algunos de ellos impensables en décadas pasadas. No obstante, este proceso debe completarse con nuevas iniciativas y propuestas¹¹ que permitan todavía más flexibilizar el marco en el que se desenvuelve el Derecho societario, para que éste sea capaz de adaptarse a las necesidades siempre cambiantes, de la práctica societaria¹².

A este respecto y bajo estas premisas, se constata una progresiva tendencia por parte de algunos Estados miembros, a modificar y modernizar su Derecho societario a través del recurso a nuevas figuras societarias inspiradas en planteamientos menos rígidos de lo que ha sido tradicional en la materia. Constatamos de este modo que, junto a la flexibilización del Derecho existente, que puede no siempre ser el camino más adecuado para alcanzar la plena adecuación del Derecho a la práctica societaria¹³, se pueden

plantear como hemos observado, otras vías alternativas como la desregulación y la nueva tipificación de formas societarias, llevada a cabo por diversos ordenamientos.

Bajo nuestro punto de vista, ésta última resulta sin duda una perspectiva de gran interés, de ahí que gran parte de nuestro trabajo se haya centrado en investigar previamente esos intentos de nueva tipificación y sus cauces de aplicación en el ámbito del Derecho europeo. Buena prueba de ello son la *société par actions simplifiée* francesa, la pequeña sociedad por acciones alemana, la *limited company* inglesa y la sociedad de responsabilidad limitada italiana, que junto con la sociedad limitada nueva empresa española, que analizaremos con posterioridad son un claro ejemplo de éste intento de flexibilización al que aludíamos anteriormente¹⁴. Además, dentro del panorama societario existente en la Unión Europea encontramos figuras de nueva implantación que intentan adaptarse a los cambios gestados a nivel internacional. Buena prueba de ello es la sociedad anónima europea (SAE) que a pesar de sus dificultades, de su larga tradición, y de que sus especiales características le impidan considerarla propiamente un ejemplo estricto de flexibilidad tipológica, ha supuesto un importante reto en el ámbito internacional. De igual modo, otras figuras como la sociedad privada europea o la sociedad cooperativa europea (SÁNCHEZ, 2008), aunque con una trayectoria mucho menor, también se han convertido en figuras de especial consideración.

Aunque el presente trabajo toma como punto de partida la figura de la sociedad por acciones simplificada (SAS) francesa, que hemos analizado exhaustivamente a través de un estudio general del panorama societario francés y en especial de esta innovadora figura, nuestra intención va más allá de un mero análisis y recogida de datos. El presente estudio nos permitirá estar en condiciones de plantearnos en un futuro la posible introducción en el ordenamiento español de una figura de características similares o, cuando menos, de apreciar la viabilidad en las sociedades mercantiles de capital sometidas al mismo, de algunas de las cláusulas o instituciones más características del régimen jurídico de la SAS. Es por ello, por lo que necesitamos conocer la experiencia de un modelo consolidado y eficaz como lo ha sido el del ordenamiento francés.

2.- Perspectiva del Derecho societario español

Por lo que respecta al ordenamiento español, es sobradamente conocido que con el ingreso en la Unión Europea, la necesidad de adaptar nuestro Derecho a las Directivas emanadas por la Unión, se vio cubierta a través de un proceso de necesaria reforma legislativa que culminó con la Ley de 22 de diciembre de 1989 de SA, y la de 23 de marzo de 1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL), sin perjuicio de otras reformas legislativas complementarias (Cod. de com, RRM, etc.) (FERNÁNDEZ, 1977,159). Buena prueba de esta constante necesidad de adaptación la encontramos en la reciente implantación de la Sociedad Anónima Europea. No obstante, y fuera de esos intentos de armonización, no podemos señalar al ordenamiento español como especialmente innovador en materia societaria, dado que fuera de la “Propuesta de Código de sociedades mercantiles” gestada en el mes de noviembre de 2002, y la elaboración y posterior regulación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (en adelante SLNE), no conocemos otras manifestaciones relevantes en el tema que nos ocupa (EMBID IRUJO, 2003,108y 109; 2004, 188 y 189). Teniendo en cuenta que no aludiremos a la tipificación parcial de la sociedad cotizada (ALONSO, 1999, 3269-3347; EMBID IRUJO, 2006, 1; FERNÁNDEZ, 1999, 55; MARTÍ, 2005, 101; SÁNCHEZ, 1991, 909; 2001, 96; 2003, 31; ESTEBAN VELASCO, 1999, 25) introducida tras la reforma de la Ley 26/2003 de 17 de julio, que con el fin de reforzar la transparencia (FERNÁNDEZ, 2004, 102; MATEU, 2004,13; SÁNCHEZ, 2003, 419 a 422) de las sociedades anónimas cotizadas modificó, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (introduciendo un nuevo título X relativo a las sociedades cotizadas), y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas al que aludíamos con anterioridad (DUQUE, 2006,251), dado que no se inserta en el marco de la flexibilidad que interesa a efectos de este trabajo.

Aunque nuestro ordenamiento no pueda considerarse pionero en lo relativo a la aprobación de una normativa específica que dé regulación a un tipo simplificado de una figura ya existente, lo bien cierto es que la introducción de la SLNE encuentra un cauce de aplicación similar al que llevaron a cabo anteriormente otros ordenamientos como por ejemplo el francés o el alemán.

No obstante, por lo que respecta a muchos de nuestros ordenamientos vecinos, encontramos una similitud en que todos ellos responden o bien a la nueva creación de especialidades simplificadas de tipos sociales consolidados, o bien a la simplificación de los ya existentes; pero también encontramos entre ellas una divergencia que se hace aún más patente al enfrentarnos al análisis de la nueva sociedad española.

Mientras que la SLNE, es una subespecie de la SRL, la francesa y la alemana por ejemplo, lo son de sociedades por acciones.

II.- EL JUEGO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. POSIBLES CAUCES DE APLICACIÓN DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA AL DERECHO ESPAÑOL

Una vez analizadas las peculiaridades básicas del ordenamiento francés, y especialmente el régimen jurídico propio de la SAS francesa, nuestro objetivo se centra en encontrar posibles cauces de aplicación de las principales ventajas que dicha figura ofrece a nuestro ordenamiento. Para ello y como premisa, es importante analizar no sólo las posibles vías o alternativas de introducción, sino también plantear a nuestro juicio, la forma más adecuada de adaptación a la práctica societaria española, habida cuenta de la existencia del *numerus clausus* de formas mercantiles que rige en nuestro ordenamiento (FERNÁNDEZ, 1977, 78).

No obstante, nos parece interesante destacar *a priori* las principales deficiencias u obstáculos que presenta a día de hoy nuestra legislación en materia societaria. El análisis de dicha cuestión, nos permitirá no sólo formular un panorama de conjunto de la realidad existente en nuestra práctica societaria sino también identificar e intentar afrontar las efectivas trabas que encontremos. Estas deficiencias pueden resumirse tanto en un exceso de regulación, como en una tendencia a la imperatividad, a la rigidez y al formalismo de sus normas, que unidas a la efectiva práctica notarial y registral, hacen mermar el juego efectivo de la autonomía de la voluntad que tanto nos interesa a los efectos del presente estudio. Estas dos particularidades unidas al incipiente desarrollo

de la Unión Europea, cuyos parámetros se vienen imponiendo a nuestras propias esferas nacionales, no hace más que dificultar el acceso a dicha parcela de autonomía. No obstante, de esta práctica internacional pueden extraerse importantes consideraciones. De ahí que el presente estudio intente desde una modesta perspectiva, introducir determinadas cuestiones que sin duda pueden ser estudiadas con mayor exhaustividad, pero que como mínimo pretenden hacer reparar sobre aspectos que, de aplicarse a nuestro Derecho societario, resultarían de un gran avance.

Si retomamos las ideas a las que aludíamos someramente con anterioridad, sin duda una de las principales trabas a las que históricamente se viene enfrentando no sólo nuestro Derecho societario sino en general todo el ordenamiento español, es el exceso de regulación y su falta de homogeneidad (FERNÁNDEZ, 1977,10; FLORES DOÑA, M.S., FRADEJAS RUEDA, O.M., Y GARCÍA VILLAVARDE, R, 24 a 28; PASCUA, 2005), que unida a las constantes reformas¹⁵, no hace más que crear una notable desorientación que aunque intentó encontrar la solución en textos como la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, en la actualidad todavía no han visto la luz. No obstante, hay que tener en cuenta *a priori* que como en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, en el Derecho de sociedades se constata una formación “estratificada”¹⁶, cuyas capas condicionan la configuración de una concreta sociedad mercantil. En este sentido entran en juego no sólo las diversas normas aplicables al caso concreto, sino la época de referencia que tomemos como base a la hora de abordar nuestro estudio, que sin duda supondrán un efectivo condicionante del marco de desarrollo de la autonomía de la voluntad en materia societaria y consecuentemente, y de acuerdo con lo que demuestra la práctica societaria, el mayor o menor éxito alcanzado por una determinada figura. Buena prueba de ello la encontramos en nuestra Ley de sociedades anónimas de 1951 y posterior Ley de 1989. En la practica se constata que cuando la anónima se configura con la suficiente flexibilidad, como era el caso de la LSA de 1951, la limitada tiende a devenir una figura residual, cuando por el contrario ésta endurece sus exigencias para reservarse a empresas de gran envergadura, como resultó tras la Ley de 1989, la limitada

se expande, convirtiéndose en una figura mucho más atractiva, sin perder no obstante a pesar de ser concebida en términos generales como una figura mucho más flexible, ese halo de rigidez, sin duda heredado del excesivo paralelismo o remisión al régimen de la anónima¹⁷.

De un tiempo a esta parte, venimos constatando una demanda mucho mayor del juego de la autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico (PAZ-ARES, 1997), que unida a una clara tendencia desreguladora generalizada, no hace más que corroborar la necesaria adecuación del Derecho societario a las exigencias que demanda la práctica societaria, en ocasiones muy alejada de la legalidad. Esta tendencia que se ha plasmado en muchas de las iniciativas adoptadas por nuestros países vecinos, sigue contando en nuestro ordenamiento con ciertas reticencias, debidas no sólo a las rigideces a las que aludíamos anteriormente, sino también, como apuntábamos de igual modo con anterioridad, a las dificultades añadidas por los notarios o registradores a la hora de inscribir.

Por un lado y por lo que respecta a la función de los notarios¹⁸, estos cuentan con modelos de estatutos prerredactados o sujetos a formularios que escasa, por no decir nula cabida pueden dar a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores. Por otro, si a ello le unimos las múltiples trabas impuestas por los registradores a la hora de inscribir y su tendencia poco proclive a admitir cláusulas que se salgan de lo estrictamente aceptado por la Ley, o, en su caso, por el RRM, todavía se hace más patente esa merma al juego efectivo de la autonomía de la voluntad.

De este modo constatamos que generalmente la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en sus Resoluciones, al intentar dirimir controversias suscitadas a la hora de inscribir las sociedades en el registro mercantil, suele sostener una postura fundada en el sometimiento pleno y absoluto a lo dispuesto por la Ley, coartando cualquier manifestación de autonomía de la voluntad por parte generalmente de los socios recurrentes.

No obstante y aunque sin duda, esa acertada voluntad de evitar cualquier previsión estatutaria indeterminada, se utiliza como

escudo para salvaguardar cualquier atisbo de confusión, reñida con la seguridad jurídica que los asientos registrales están llamados a brindar, en ocasiones resulta excesivamente rígida. En esa misión de salvaguarda de la legalidad que se presupone autorizadamente tanto por parte de los registradores como de los notarios, se olvida en ocasiones, que la sociedad está compuesta por personas y que sus necesidades concretas son reales y aunque es evidente que subyacen a los imperativos legales, tienen derecho a una cierta parcela de libertad que en ocasiones se ve anulada por completo¹⁹. También es cierto que frente a esta postura nos solemos encontrar en la práctica con la sostenida por las partes recurrentes, que en ocasiones suelen fundamentar su defensa en el derecho de libertad de pactos que expresamente les reconoce la Ley, pero sobre el cual intentan en ocasiones articular un estatuto completamente a su medida, que se extralimita de lo legal.

Por ello y sin duda alguna aquí entra en juego uno de los mayores obstáculos con los que nos enfrentamos a la hora de analizar cuestiones tan controvertidas como las examinadas en este trabajo y es el determinar los límites inmanentes a la libertad de pactos o al juego de la autonomía de la voluntad de los socios a la hora de configurar las previsiones estatutarias²⁰.

Quizás a la hora de enfrentarnos de manera abstracta a estos conceptos, resultan interesantes las consideraciones que sobre la autonomía privada y la noción de libertad contractual llevan a cabo nuestra mejor doctrina civilista. En este sentido por ejemplo el profesor De Castro arguye que “La concepción liberal de la autonomía de la voluntad hizo pensar..., que ella supone entregar a los particulares una “reserva de caza”, “una zona protegida” (PELLICANI L.1981, 30) en la que el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer.... si ello es así, los poderes públicos no tendrían que intervenir para nada en esa zona privada, en tanto no se toque a la esfera de los público” (véase, DE CASTRO, F.1982, 1051).

Por su parte, el profesor ENRIQUE LALAGUNA, apunta al respecto que: “La autonomía privada no es sólo ni principalmente libertad;...es ante todo, poder...”. Además también nos dice que

“la autonomía privada se nos presenta como límite de nuestro obrar; por consiguiente, como algo negativo o restrictivo de nuestra libertad”(p. 884 y 885).

A este respecto nuestra opinión parece decantarse más por posturas como la seguida por el profesor Federico de Castro, que ejemplifica con una sin duda acertada metáfora, su concepción sobre lo que supone la autonomía de la voluntad. Quizás en cierto sentido discrepamos con la opinión del profesor la Lalaguna al referirse a la autonomía de la voluntad como “algo negativo o restrictivo de nuestra libertad”; bajo nuestro punto de vista la autonomía de la voluntad es una facultad o un poder (como muy bien dice), conferido a los particulares por encima de los disposiciones impuestas por la ley, es una parcela de libertad que no debería considerarse desde un punto de vista negativo o restrictivo, sino todo lo contrario. En este sentido, el hecho de considerar la autonomía de la voluntad desde este prisma constriñe aún más si cabe los límites impuestos por el legislador, debería más bien considerarse como una facultad de actuar amplia y personal que dentro de los límites legales y siempre que no se perjudiquen los intereses de terceros permita a los particulares adecuar las estructuras societarias a sus necesidades concretas.

A pesar de las valiosas aportaciones doctrinales que apuntan o dan respuesta a tan controvertida materia²¹, dada la reticencia que genera por regla general el análisis de cuestiones como la que nos ocupa, es escasa la jurisprudencia que se pronuncia al respecto. No obstante, sí que se pueden encontrar referencias concretas aunque limitadas en determinadas Resoluciones de la DGRN, que pueden contribuir a dar luz al asunto.

En este sentido, Resoluciones como la de 4 de mayo de 2005²² exponen consideraciones tan interesantes como que “es cierto que el artículo 53 de la LSRL permite reforzar o aumentar las mayorías legalmente exigibles para la adopción de determinados acuerdos, pero ese margen a la libertad tiene también sus límites, tales como los establecidos en los artículos 68 y 69” (véase, NAVARRO, 2007, 599).

Del mismo modo, la Resolución de la DGRN de 4 de febrero de 2003²³ establece que “...respetando el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 10 de la LSA, ha dejado al buen juicio de los órganos sociales combinar sus efectos con ponderación y equilibrio, al margen de que si en algún supuesto concreto la finalidad perseguida fuese el beneficio de alguno de los socios o de un tercero en detrimento de lo intereses sociales cupiese su impugnación”.

En dichas Resoluciones, encontramos esa nota característica de sujetarse de forma taxativa a lo dispuesto por la ley que revierte en la advertida tendencia a la negativa a inscribir, a la que aludíamos con anterioridad. Esta tendencia se ve sin duda respaldada por esa formulación de principios caracterizadores de los tipos sociales que en nuestro ordenamiento vienen *ab initio* a limitar la autonomía de la voluntad en la elaboración de los estatutos. Pero sin duda, y teniendo en cuenta las necesidades de la práctica societaria actual, lo recomendable es que esa tendencia pudiera ir superándose. A este respecto juega un papel muy importante no sólo la labor del legislador, sino también tanto la de los notarios como la de los registradores, que deberían de algún modo intentar dentro de la legalidad, ajustar sus parámetros a las necesidades concretas de los particulares, intentando quizás salvar ese excesivo automatismo que en ocasiones los caracteriza. De este modo, y eso sí, sin olvidar ni los imperativos legales, ni la protección de socios minoritarios, acreedores o inversores ajenos a la sociedad, quizás poco a poco pueda empezar a darse cabida a cauces de aplicación que fomenten ese juego de la autonomía de la voluntad que tantas ventajas podría aportarnos y que en nuestros días y a pesar de los intentos por darle mayor relieve, todavía parece una utopía cuya plasmación resulta irrealizable. Pero sin duda haberlos haylos y por ello el siguiente trabajo intentará salvando las reservas que nos produce enfrentarnos a tan relevante a la par que novedosa materia, encontrar algunos cauces de aplicación de las ventajas que ya disfrutaban algunos de nuestros países vecinos.

III.- CAUCES DE APLICACIÓN POSIBLES EN BASE A LAS PECULIARIDADES DE NUESTRO ORDENAMIENTO

1.- Aproximación al panorama existente

A pesar de los múltiples intentos de flexibilización y adopción de modelos mejor adaptados a las necesidades que de un tiempo a esta parte viene reclamando la práctica societaria internacional, y que tal como analizábamos al inicio de nuestra exposición han ido adoptando muchos de nuestros países vecinos, nuestro ordenamiento no ha resultado especialmente innovador en materia societaria. Es más, los ejemplos citados, aunque sin duda han resultado de gran interés, se apartan bastante del fin buscado ya que más que intentos de flexibilizar nuestro Derecho societario, han endurecido todavía más si cabe, las exigencias requeridas.

Cierto es que cualquier modificación sustancial de las condiciones que rigen cualquier ordenamiento es una ardua tarea, aunque no resulta imposible. De ahí que nos decantemos por analizar posibilidades que sobre la base de las experiencias constatadas en nuestra práctica societaria y dentro del marco que nuestra legislación nos permite desenvolvernos, puedan resultar efectivas. No obstante y aunque parezca una utopía, ello no obsta para que a pesar del catálogo cerrado de figuras societarias que parece presidir nuestro ordenamiento, este resulte inamovible. En este sentido hay que tener en cuenta que la evolución legislativa lleva consigo una renovación constante de los modelos de operación puestos a disposición de los particulares; de ahí que frente a las clásicas figuras de sociedad colectiva, comanditaria y anónima, con el tiempo surgieran nuevas formas organizativas como la sociedad de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2006, 78). Del mismo modo, ¿por qué no dar cabida a nuevas formas societarias capaces de dar respuesta a necesidades concretas de los particulares, que en ocasiones no encuentran solución dado que se encuentran enclavadas en textos obsoletos que poco se ajustan al giro mercantil actual?²⁴

Quizá esta opción que supondría sin duda un cambio legislativo importante, se extralimite de nuestras posibilidades, de ahí que

nos hayamos decantado por el análisis conjunto de otras vías de aplicación como son el recurso a los estatutos y los pactos parasociales que pasaremos a analizar seguidamente. Ello no obsta, para que puedan existir otras formas igual de adecuadas no recogidas en el presente trabajo, pero bajo nuestro punto de vista, estas serían las tres formas más adecuadas para llevar a cabo esa hipotética incorporación que planteamos.

2.- Posibles instrumentos de aplicación de la SAS al Derecho societario español

A) Modificación legislativa

De las tres opciones planteadas, ésta sería la que más problemas plantearía en la práctica. Ello se debe a que la creación de una nueva figura en nuestro ordenamiento o la incorporación de determinadas normas que permitieran el reconocimiento de un nuevo subtipo dentro de un texto ya existente, requeriría de una modificación legislativa o de la formalización de una nueva Ley, con todo el proceso que como es bien sabido ello conlleva. Esta última fue la opción seguida por el legislador francés, pero sin duda requiere de una ardua tarea, complicada en algunos casos.

No obstante, las actuales características de la economía y el mercado, parecen imponer una necesaria revisión de la estructura del Derecho mercantil vigente. De ahí que de un tiempo a esta parte, con la introducción de nueva regulación tanto nacional como de ámbito comunitario que suple las múltiples carencias de que adolece la regulación española, se vienen constatando una serie de reformas parciales que han afectado tanto al Código de comercio como a las leyes tanto de sociedades anónimas, como de responsabilidad limitada.

Todas estas modificaciones son reflejo del dinamismo y continuo cambio al que se ve sometido nuestro Derecho mercantil, lo cual se traduce en ocasiones en muchas de las lagunas que sufre nuestra legislación. No obstante estas iniciativas, a pesar de su dificultad por hacerse efectivas, deben ser completadas por otras muchas entre las cuales sería posible la que ahora nosotros planteamos.

Ciertamente y por lo que respecta a la materia societaria, el Derecho español no se caracteriza por una excesiva innovación, pero si es cierto que son varios y muy valiosos los proyectos que se han llevado a cabo al respecto. Buena prueba de ello son como antes apuntábamos, tanto la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que recordemos a día de hoy todavía no ha visto la luz, como la ya indicada Ley 7/2003 de 1 de abril de SLNE. Estas iniciativas, aunque sin duda fueron muy acertadas, y sí aspiraban a dar respuesta a cuestiones que en la práctica requerían solución, poca flexibilización aportaron a nuestro Derecho societario.

No parece haber cambios de política jurídica, dentro del tema que nos ocupa, con motivo del reciente proyecto de reforma sobre modificaciones estructurales ni respecto de la “Ley de sociedades de capital” anunciada por aquélla. El carácter refundido de este texto legal se opone, en apariencia, a revisiones sustanciales de la política jurídica vigente entre nosotros.

B) Por vía estatutaria

Como es bien sabido, los estatutos sociales son un documento que dentro del ámbito reconocido a la autonomía privada, recogen el conjunto de normas articuladas que rigen el funcionamiento de la sociedad.

Sobre la base de lo dispuesto en los artículos 10 de la LSA y 12 de la LSRL., en los estatutos de una SA o de una SRL se pueden incluir además de las menciones mínimas exigidas con carácter legal, cualesquiera otros pactos o condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer. La flexibilidad del régimen jurídico que se presupone en la SRL., hace que las posibilidades de autorregulación sean mucho mayores en este tipo social que en la SA No obstante, y buena prueba de ello es la SAS francesa, eso no siempre es cierto, ya que ésta remite en muchos aspectos de su regulación a la SA, hasta el punto de que algún sector doctrinal abanderado por el profesor PAILLUSSEAU (1996, 287), considerara que en realidad constituía una forma particular de SA De ahí que, en el origen, quizá su régimen no resultase ni tan simplificado ni tan claro como se pretendía, dificultades que se suplieron con la regulación de 1999. A pesar de las diversas concepciones al

respecto, lo bien cierto es que la SAS se constituye como una nueva forma societaria y no como un subtipo de SA o una flexibilización general su régimen²⁵, sin que ello suponga negar la indiscutible vinculación con la misma.

No obstante, y aunque en Derecho francés con el fin de eludir las trabas que supondría una modificación de la Ley de sociedades comerciales del año 1966, se previó la posibilidad de flexibilizar el régimen de la SA para dar cabida a un nuevo subtipo de la misma, al final se optó por crear una nueva categoría de sociedad por acciones que sin duda ha resultado de gran utilidad en la práctica societaria francesa. Aplicando la experiencia del ordenamiento francés al Derecho español, es cierto que el recurso a la vía estatutaria sería quizás el más adecuado a la luz de nuestra normativa actual, ya que el reconocimiento de un marco de flexibilidad más amplio o la introducción de las cláusulas que se consideren más adecuadas en los estatutos de la sociedad en cuestión, no supondría el coste de tener que proceder a una revisión legislativa. Con todo, y aunque de no poder optar a dicha modificación, ésta sería una buena opción, en este supuesto también nos encontramos con una serie de trabas. Por un lado, la dificultad de enfrentarnos a la exigencia de una serie de menciones obligatorias, y por otro, una serie de límites inherentes a los artículos 10 y 12 de la LSA y LSRL que apuntábamos anteriormente, así como el 1255 del C.C. y 114.2 y 175.2 del RRM. Nos referimos en este sentido a unos límites impuestos a la autonomía de la voluntad, en la redacción de los estatutos tanto por la Ley, como por los principios configuradores del tipo social que unidos en ocasiones a la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (D.G.R.N.) y del Tribunal Supremo (T.S.), constriñen dicha facultad.

Por lo que respecta a los estatutos de la SA²⁶, se suelen distinguir dos tipos de cláusulas: las condicionalmente obligatorias y las puramente facultativas. Las menciones condicionalmente obligatorias son aquellas que la Ley obliga a incluir en los estatutos sociales sólo si se da el presupuesto de hecho o la circunstancia a la que se refieren. Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de derechos especiales de fundadores o promotores, prestaciones accesorias, determinadas clases de acciones o restricciones a la

libre transmisibilidad de las mismas. Las menciones facultativas son aquellas que no estando previstas en la Ley, se reconocen expresamente a los socios fundadores, siempre y cuando respeten los límites reconocidos a la autonomía de la voluntad. En este sentido pueden destacarse, entre otras, las relativas a la junta general, por ejemplo en cuanto a quorums y mayorías de constitución y adopción de acuerdos, a los derechos de asistencia y representación. Por lo que respecta a los administradores, la exigencia por ejemplo de la condición de accionista para el acceso al cargo, o el régimen interno del Consejo de administración. Y, por último, en lo relativo a la disolución y liquidación de la sociedad, la posibilidad de añadir causas de disolución adicionales a las previstas en la Ley o el establecimiento de reglas concretas en relación con los liquidadores (ÁVILA, 2001, 133; DOSSIER PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, 2006, 14). POR LO QUE RESPECTA A LOS ESTATUTOS DE LAS SRL. (VÉASE, BLANQUER UBEROS, 255; DOMÍNGUEZ, 1996, 171; GARRIDO, 1992, 23 a 25; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2006, 113)²⁷ se suelen distinguir unas menciones con carácter complementario y otras de carácter sustitutorio. Las menciones de carácter complementario son cláusulas que intentando suplir las omisiones del régimen establecido en la LSRL., intentan complementar la regulación legal de la sociedad. Dentro de este grupo encontramos por ejemplo, cláusulas relativas a las prestaciones accesorias, a las reglas y limitaciones relativas a la transmisión de las participaciones sociales, a la junta general de socios, al órgano de administración, a otras cláusulas de separación adicionales a las previstas en la Ley, y al régimen de disolución y liquidación.

Las menciones sustitutorias tienen por objeto sustituir, valga la redundancia y tal como su propio nombre indica, el régimen legal por otro estatutario, de tal forma que si en los estatutos no se prevé cláusula alguna al respecto, se aplicará la norma prevista en la LSRL. Estas cláusulas pueden contener las siguientes previsiones: atribución de competencia a la junta para acordar la creación; supresión o traslado de las sucursales; fijación de una fecha de inicio de las operaciones sociales posterior a la de la escritura de constitución; previsión de participaciones sociales con más de un voto por participación; exigencia de ostentar la condición de socio

para ser administrador; exclusión de la posibilidad de nombramiento de administradores suplentes; fijación de un plazo determinado para el ejercicio del cargo de administrador; establecimiento del carácter remunerado del cargo de administrador, determinando el sistema de retribución; atribución a la junta del acuerdo de cambio de domicilio dentro del mismo término municipal; fijación de un régimen de distribución de dividendos en función de un criterio distinto al de proporción en el capital; exclusión del derecho de examen de la contabilidad; fijación de un plazo para que los liquidadores ejerzan su cargo; determinación de un régimen de representación de los liquidadores distinto al individual; y, fijación de un régimen de cuotas de liquidación en función de un criterio distinto al de proporción en el capital social (véase, DOSSIER PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, 2006, 14 y 15; QUIJANO, 1997, 55).

Los accionistas y los socios disponen de un amplio margen de libertad para introducir todas aquellas cláusulas que consideren oportunas. No obstante, esa libertad no es absoluta²⁸, de modo que sólo serán válidas en la medida en que no contravengan las Leyes, ni se opongan a los principios configuradores del tipo social de que se trate²⁹. La inobservancia de cualquiera de ambos límites determina la nulidad de la cláusula o cláusulas estatutarias afectadas.

No hay que olvidar, tal como también apuntábamos con anterioridad, el papel de la doctrina emanada tanto de la D.G.R.N., como de la jurisprudencia del T.S., que, aunque suelen abordar la cuestión de forma genérica sin entrar en mayores precisiones, han reconocido ciertos principios en supuestos específicos.

Aunque abstractamente y teniendo en cuenta las particularidades propias de nuestro ordenamiento, esta vía parece ser la más adecuada a la hora de encontrar un cauce de aplicación de algunas de las ventajas que ofrece la SAS a nuestro ordenamiento, no hay que olvidar que nos enfrentamos *a priori* con una serie de límites que en ocasiones, y al entrar a comparar aspectos concretos de nuestras figuras societarias con la SAS, pueden colisionar resultando un obstáculo insalvable.

Tratándose de una nueva tipificación, tal como planteábamos en el epígrafe anterior, los problemas los encontraríamos *a priori*, para

acceder a dicha regulación y reconocimiento. Una vez reconocida en el seno de nuestro ordenamiento una nueva figura a ésta se le asignaría un régimen jurídico propio.

El problema que se plantea en este concreto supuesto lo encontraríamos *a posteriori*. A pesar de que la autonomía de la voluntad en el marco de las sociedades de capital parece encontrar su campo natural de aplicación en los estatutos (EMBID 2002, 1631), estos carecen de la flexibilidad necesaria para regular todas y cada una de las circunstancias con las que se encuentran las sociedades en la actualidad debido a su rigidez de forma. Aún más si lo que intentamos es casar las particularidades de la SAS con alguna de nuestras figuras societarias, podemos encontrarnos con que éstas no puedan introducirse porque choquen con esos límites a los que antes aludíamos. De ahí que, a pesar de que los estatutos siguen siendo un arma indispensable para regular el funcionamiento interno de una sociedad, suelen acompañarse de documentos privados suscritos entre los socios, denominados pactos parasociales, que vienen a completar esas lagunas de regulación de los estatutos.

C) A través de pactos parasociales

La tercera y última vía que planteamos como solución para la introducción de algunas de las ventajas de la SAS son los pactos parasociales. Adelantemos no obstante al respecto, que nuestro propósito en estas líneas no es introducirnos en el complejo mundo de los pactos parasociales, dado que su estudio excedería con mucho de la pretensión buscada, sino que nuestro fin radica en encontrar en esta vía un cauce adecuado para la inclusión de algunas de las ventajas de la SAS. a las que constantemente hemos aludido, a nuestro ordenamiento.

Los pactos parasociales son pactos privados³⁰, que se utilizan para regular todos los aspectos que la propia sociedad y sus partícipes creen convenientes e imprescindibles establecer. Se trata, pues, de un contrato privado entendido como un conjunto de pactos o normas que regirán el funcionamiento societario, las relaciones entre los socios (todos o algunos) y la sociedad, las relaciones de los socios entre sí y la forma en que éstos actuarán frente a terceros. Su finalidad es la de completar, concretar o modificar, en

sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la vida de la sociedad. Además desde el punto de vista estructural aparecen unidos al contrato social, aunque subordinados al mismo. En la práctica podemos determinar, a grandes rasgos, que dichas convenciones se insertan en aspectos de la vida y de la actividad de la sociedad tales como: la administración; el control de la gestión y en particular la dirección de la vida social; la responsabilidad del socio y su participación en los beneficios; la subsistencia, mutación y extinción de la vida de la sociedad; y la permanencia y salida de socios, entre otras³¹.

La ventaja clave de los pactos parasociales radica en su carácter absolutamente flexible y dispositivo, pues son válidos siempre y cuando no contravengan las leyes, la moral o el orden público.

A la vista de esta sumaria caracterización, parece que ésta pudiera ser la herramienta que buscábamos, pero esta figura al tratarse de un simple acuerdo privado presenta un inconveniente esencial frente a los estatutos sociales que analizábamos como posible vía en el epígrafe anterior. Nos referimos en este sentido al conocido problema de su eficacia. Al tratarse de pactos privados suscritos entre los socios tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que despliegan todos sus efectos únicamente frente a los socios que los hayan suscrito, pero en consecuencia, éstos no vincularán a los socios futuros, a la sociedad ni a terceros. No es de extrañar, por ello, que a veces se les tache de “meras palabras” y se desconfíe de su eficacia para gobernar privadamente la vida de la sociedad (PAZ-ARES, C.2003, 19). Por el contrario, los estatutos, al tratarse de un documento público depositado e inscrito en el Registro Mercantil, despliega su eficacia no sólo frente a los socios que los suscriben, sino también frente a los futuros socios, a la sociedad y a terceros.

A grandes rasgos y de acuerdo con la doctrina mayoritaria al respecto (véase, CAMPINS, 2000, 2000; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1998, 4715; MADRIDEJOS, 1996, 187; PAZ-ARES, C,2003, 19), podemos llevar a cabo una clasificación tripartita de los pactos parasociales³².

Por un lado, encontramos una serie de pactos que se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos prima la voluntad

de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad, en aspectos, por ejemplo, como la adquisición preferente de participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de no incrementar el capital por encima de un determinado porcentaje, cláusulas de cobertura de pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de valoración o cláusulas de redistribución propias distintas a las establecidas en los estatutos, entre otras. Éstas podrían identificarse bajo la denominación de pactos de relación³³.

Siguiendo esta misma nomenclatura, encontramos los que podíamos identificar como pactos de atribución que son aquéllos que se conciertan con el fin de procurar atribuir una serie de ventajas a la sociedad. A este respecto son ejemplos paradigmáticos los pactos que recogen la obligación de financiación adicional de la sociedad, el pacto de abstención de competencia con la sociedad, etc.

Por último encontramos los pactos más importantes y a la vez más conflictivos desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad. Nos referimos a los que podríamos denominar pactos de organización, que son los que expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y en definitiva el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. Se trata de una categoría muy amplia que podría englobar aspectos tan diversos y a la vez controvertidos como la interpretación de normas estatutarias o su modificación, la composición del órgano de administración, la política a desarrollar por la compañía, los acuerdos restrictivos de las competencias de administradores, las pautas sobre contratación de socios o en su caso de familiares, la disolución de la sociedad, quorums y mayorías.

Éstos son, sin duda, los que mayor interés tienen a efectos de nuestro estudio, ya que a través de los mismos podría darse cabida a la opción que habíamos planteando como objeto de análisis.

Teniendo en cuenta el importante papel que pueden llegar a jugar en la práctica societaria, quizá sería conveniente plantearse la posibilidad de dotarlos de eficacia estatutaria a través de mecanismos legales. No obstante, si que parecen admitirse implícitamente en los artículos 7 de la LSA y 11.2 de la LSRL.,

al proclamar que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”. Además con la aparición del Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, éstos encuentran expresamente su reflejo normativo³⁴.

Recordemos que éste Real Decreto se dictó en ejecución de la disposición adicional 2ª, apartado 3º de la Ley 7/2003 de 1 de abril de SLNE.³⁵ El mismo, presenta dos partes claramente diferenciadas, aunque ambas están presididas por un objetivo común: la redacción y publicidad de los protocolos familiares.

A los efectos de nuestro estudio, y dentro de las clases de protocolos familiares reconocidos, nos interesan los protocolos familiares con pactos parasociales familiares, que son aquéllos convenidos y suscritos por los socios que tienen por finalidad regular determinados aspectos societarios privados familiares y pueden ser objeto de publicidad registral. Sin duda, éste reconocimiento, a pesar de las opiniones doctrinales en contra³⁶, supone un gran avance en nuestro Derecho societario, ya que permite dar cabida a tan controvertida herramienta societaria, además de un paso adelante, en ese largo camino que todavía le queda por recorrer a la autonomía estatutaria. No obstante, junto a ellos no debemos olvidar que el Real Decreto reconoce también otras dos clases de protocolos. Los protocolos familiares secretos o reservados, que son aquéllos exclusivamente conocidos por los socios que los suscriben, y que carecen de publicidad registral; y los protocolos familiares inscribibles, que son aquéllos suscritos por los fundadores de la sociedad en el momento de su constitución, o en un momento posterior, pero siempre por unanimidad de todos los socios implicados. Éstos son inscribibles en el Registro Mercantil por afectar a la estructura de la sociedad y surten efectos frente a terceros.

Además, éste Real Decreto ha aprovechado la ocasión para introducir una reforma de determinados artículos del RRM aplicables a las SA y a las SRL respectivamente, (en concreto, los arts. 114.4 y 175; 124.2 y 185.3 d; 186.5, sólo aplicable a SL en materia de representación en junta general; 187.1 y 188.5, también únicamente aplicable para SRL).

No obstante, esto no siempre fue así. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 6 de la antigua LSA de 1951³⁷, que proclamaba la nulidad de los pactos parasociales³⁸, y del primitivo art. 119 del Cod. de com., a cuyo tenor “los socios no podrán hacer pactos reservados”, no se admitía la validez de estos pactos (MADRIDEJOS, 1996, 200 y 201). De ahí que tengamos que agradecer que las modificaciones posteriores de nuestra legislación societaria hayan dado entrada a estos pactos, dotando así de eficacia aquella parcela de la voluntad de los socios que sin contravenir lo dispuesto en las leyes, la moral o el orden público puede vincularlos.

Además, éstos cuentan con una serie de cauces o medios de tutela que permiten afianzar estos pactos y asegurar su efectividad en caso de incumplimiento. A tenor de lo dispuesto por el artículo 1091 del C.C., “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. Si consideramos que estos pactos obligan a las partes que los firmaron (véase, Díez-PICAZO, 2002, 140; LALAGUNA, 1997, 18 y 19; 1999, 157), del mismo modo quedarán amparados por el sistema jurídico en la defensa y protección de sus intereses contractuales. Estos mecanismos de defensa se articulan en una serie de medidas generales, sobradamente conocidas, tales como la acción de indemnización por daños y perjuicios, la acción de cumplimiento, la de remoción y la de resolución y cualquier otra medida de autotutela que pueda arbitrarse en el ámbito de la autonomía privada.

3.- Figuras del Derecho societario español adaptables a la sociedad por acciones simplificada francesa

A) Breve análisis comparado de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada españolas, con la *société par actions simplifiée* francesa

El ordenamiento francés identifica como sociedades de capital, junto a la SRL, tres tipos de sociedades por acciones, la SA y la sociedad comanditaria por acciones que también identifica el ordenamiento español, y la SAS, una figura que, a pesar de sus probadas ventajas, no reconoce nuestro ordenamiento.

A diferencia del ordenamiento francés, el español, como es bien sabido, prevé dos formas sociales distintas en materia de sociedades de capital, la SA y la SRL (véase, RUIZ PERIS, 1996, 37 a 53), dejando al margen la sociedad comanditaria por acciones, de muy escasa implantación en nuestra realidad societaria.

En el ordenamiento jurídico francés, como en el español, la SRL está mucho más implantada que la SA, como se puede constatar a la luz de numerosas estadísticas, de modo que cerca de un 85 % de las sociedades que se constituyen en Francia, lo hacen bajo la forma de la SRL. No obstante, en el ordenamiento jurídico francés se produjo un giro radical a raíz de la aprobación de la Ley de 12 de julio de 1999 que daba entrada a esa innovadora forma social, que constituye la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés; nos referimos a la tantas veces citada SAS. Dado el éxito alcanzado por la misma, tal como prueban las estadísticas³⁹, en un plazo de seis años aproximadamente desde su reconocimiento el número de SAS constituido se multiplicó por 25 (ROUZEAU, 2002, 1263)

Esta misma situación pudo constatarse en el ordenamiento español, con las Leyes de 17 de julio de 1953 sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada (SALVADOR BULLÓN, P. Y SALVADOR BULLÓN, 1958, 7, 89 y 90), y de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las sociedades anónimas⁴⁰. Históricamente la figura de la SA alcanzó un extraordinario desarrollo en la práctica, en detrimento de la SRL que era una figura claramente infra-utilizada. Las razones parecen deberse al flexible régimen de la SA reconocido por la Ley de 1951, caracterizado entre otras particularidades por una inexigibilidad de capital mínimo, la admisión de restricciones a la transmisión de acciones y un cierto margen a los pactos estatutarios en materia de órganos, frente a una insuficiencia e inseguridad del régimen jurídico de la SRL en su regulación del año 1953 (véase, ESTEBAN VELASCO, G.1994, 135 a 137).

No obstante, en la práctica se constata que cuando la anónima empieza a endurecer sus exigencias reservándose para empresas de gran envergadura, ésta pierde su importancia, dejando paso a una SRL mucho más flexible, capaz de adaptarse a estructuras

de pequeña o mediana envergadura. De ahí que a día de hoy, la SRL sea uno de los pilares fundamentales de nuestro panorama societario actual.

Si aunque de escasa importancia, son constatables las diferencias que separan a iguales tipos societarios por el mero hecho de pertenecer a ordenamientos jurídicos distintos, las diferencias se acrecientan cuando de lo que se trata es de compararlos con una forma societaria desconocida para nuestro ordenamiento.

Con respecto a sus socios, la SAS, al igual que las SA y SRL españolas, puede constituirse con dos socios, e incluso con uno sólo tras la Ley de 1 de julio de 1999 que creó la SASU; aquí encontraríamos una de sus ventajas y a la vez diferencias con respecto a los tipos identificados en Derecho español, sin perjuicio de que, como es bien sabido, nuestra LSRL también reconoce en su capítulo XI (arts. 125 a 129) la posibilidad de constituir la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada .

Por lo que respecta a su capital social, la comparación no tiene parangón dado que la nueva ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008 ha suprimido la exigencia de un capital mínimo. Junto con ésta ventaja, el amplio margen reconocido por vía estatutaria a sus socios para adaptar la sociedad a sus necesidades concretas, tampoco encuentra comparación con respecto a las sociedades de capital españolas. En este sentido la libertad estatutaria va más allá de lo reconocido en los derechos vigentes de SA⁴¹, y nos atreveríamos también a decir de SRL, a pesar del reconocimiento de una mayor parcela de flexibilidad, sobre todo por lo que respecta a la configuración de derechos de los accionistas, la distribución de competencias y el funcionamiento de sus órganos, como veremos en el siguiente capítulo.

No obstante, a la luz de las particularidades de uno y otro tipo societario y a pesar de que el ordenamiento francés configuró la SAS como una especie de subtipo de SA (si bien queda probada su clara independencia y configuración como modelo autónomo), nos atreveríamos a apuntar que en nuestro ordenamiento la utilización de las ventajas propias de dicha figura sería más fácilmente alcanzable a través del recurso a la SRL.

Cabe adelantar que el régimen jurídico que nuestro legislador reconoce a la SRL, daría cabida con mayor facilidad a una supuesta adaptación de una de estas figuras. Sin embargo, nada tiene que ver con el modelo de flexibilización que nosotros proponemos; buena prueba de ello fue que el único intento de nueva tipificación gestado en nuestro ordenamiento en orden a configurar un nuevo tipo societario capaz de adaptarse a las necesidades prácticas, se insertó en el marco de la SRL.

B) Comparación de la *société par actions simplifiée* francesa con la sociedad limitada nueva empresa española, como modelo de nueva implantación

Hay que tener en cuenta, como premisa, que la iniciativa de crear una normativa para la SLNE, que como es sabido se materializó en la Ley 7/2003 de la SLNE, es fruto de una serie de recomendaciones y trabajos comunitarios que incidían en la necesidad de simplificar y agilizar los trámites de constitución de las pequeñas empresas⁴², tal como lo expresa su propia exposición de motivos.

El fracaso de esta figura se debe a que el legislador español a la hora de regular una normativa que favoreciese la creación de las PYMEs, cuyo peso es tan importante en nuestra economía actual, se limitó a reconocer esa agilización de trámites a la que antes nos referíamos única y exclusivamente para una forma social muy específica y con una regulación jurídica posiblemente demasiado rígida. Es decir, que, en lugar de favorecer la creación de PYMEs en general, lo que hace es favorecer la creación de un tipo de PYME muy concreto, con un capital relativamente pequeño y con un régimen jurídico no apropiado para muchas empresas necesitadas de una mayor flexibilidad⁴³. Sin duda y a pesar de la frustración que ha supuesto esta figura en la que tantas esperanzas se habían puesto, se trata de una iniciativa valiosa, ya que a pesar de que los fines no han resultado los efectivamente deseados, la misma nos hace reparar en que el legislador es consciente de esa necesidad de cambio de la que nuestro Derecho societario está tan necesitada. Quizá este hecho deje una puerta abierta a la propuesta que nosotros planteamos en nuestro estudio.

Analizadas las peculiaridades que permiten diferenciar a la SLNE de la clásica SRL, vamos a entrar a debatir las características esenciales que permiten diferenciarla con la SAS francesa. *A priori*, la principal diferencia que encontramos es, que mientras que la SLNE no constituye un nuevo tipo de sociedad mercantil, sino que es una especialidad dentro de las SL, la SAS, aunque en su régimen jurídico remite en muchos aspectos a SA hasta el punto de que en origen llegara a considerarse por un sector de la doctrina como un subtipo de ésta, se concibe como un modelo autónomo que sistemáticamente y como nueva categoría formal se integra con la SA y la SCA en el marco de las sociedades por acciones francesas.

Además y aunque la SLNE nació con la vocación de constituirse en una modalidad simplificada de SRL, la rigidez de su régimen jurídico en algunos aspectos distan bastante de convertirla en un modelo tal. Por el contrario, la SAS, sí que puede concebirse como un modelo simplificado de SA. Se trata de un tipo societario que con un marcado carácter flexible y personalista, trata de ajustarse a empresas constituidas, por lo general, por un número reducido de socios que intentan buscar soluciones a problemas prácticos, que en el plano tipológico no se adaptan ni a la forma abierta de SA, ni al régimen de la SRL.

A pesar de la flexibilización característica de la SAS, en este punto como en la SRL, el uso de medios telemáticos para su constitución, el uso de estatutos orientativos cuya calificación deba realizarse por el registrador en un plazo de 24 horas y la posibilidad de comunicar la convocatoria de la junta general también por medios telemáticos, resultan de especial mención dado que la SAS se atiene en estos aspectos a los medios clásicos que sobradamente conocemos. De ahí que incluso para una figura como la SAS estas particularidades supongan una verdadera novedad.

Con respecto al capital social aquí volvemos a encontrar nuevamente las cuestiones relativas a los límites. Mientras en la SLNE tal como apuntábamos con anterioridad, se impone un límite mínimo de 3.012 € y máximo de 120.020 €, la SAS no exige un capital mínimo.

Además y con respecto a sus socios en la SAS podrán tener esta condición tanto las personas físicas como jurídicas, mientras que en la SLNE, como veíamos antes sólo podrán ostentar la condición de socio las personas físicas.

Con respecto a las aportaciones, vuelve a entrar en juego la misma diferencia que apuntábamos con respecto a la SRL. Mientras que en la SAS podrán efectuarse aportaciones tanto en dinero como in natura, y tras la nueva Ley de modernización de la economía, también en industria.

En lo relativo a su administración encontramos una de las grandes ventajas de la SAS y es que los socios gozan de una enorme libertad para determinar la composición de los órganos de gestión de la sociedad y sus reglas de funcionamiento; mientras que a la SLNE le está vedado, entre otros casos, constituir un consejo de administración.

Del mismo modo, otra de las principales ventajas de la SAS que supone la concesión de una gran libertad a sus socios para que por vía estatutaria adapten la sociedad a sus necesidades concretas, también se ve limitada con respecto a la SLNE en la que resulta en algunos aspectos casi imposible una simple modificación de los mismos.

Si entramos, pues, a debatir la conveniencia de una u otra forma societaria, sin duda alguna y a pesar del gran reto que para el ordenamiento español ha supuesto la creación de ésta figura, nos quedaríamos con la SAS. Dado que, la flexibilidad y adaptabilidad que nos ofrece la SAS no la encontramos en la SLNE, en la que salvo tres escasas ventajas que, como ya apuntábamos con anterioridad, intentan en cierto modo simplificar y agilizar los trámites de constitución de las pequeñas empresas, la rigidez de muchas otras de sus normas son la clave del fracaso que por el momento la misma ha experimentado en la práctica empresarial.

IV.- VIABILIDAD EFECTIVA A LA LUZ DEL PANORAMA EXISTENTE EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL

Una vez analizados los posibles cauces de aplicación de las principales ventajas que ofrece la SAS en base a las peculiaridades

de nuestro ordenamiento, así como las formas societarias que podrían resultar más adecuadas en base a los tipos existentes en Derecho español, hemos llegado a la conclusión de que el cauce idóneo sería el recurso a los pactos parasociales y la forma más idónea sería la SRL.

Por un lado, nos encontramos con que, abstractamente, no sólo los pactos parasociales serían capaces de dar respuesta al problema que planteamos, sino que también y de acuerdo con el fin para el que se supone son concebidos, los estatutos también podrían hacerlo.

No obstante, y aunque ambos presentan serios inconvenientes que pueden resultar un obstáculo insalvable a la hora de configurar el modelo de flexibilización que pretendemos, por lo que respecta a los estatutos, éstos serían de difícil solución a la luz de la normativa existente en nuestro país.

Tal como apuntábamos anteriormente, aunque en la práctica societaria los estatutos sociales son reconocidos formalmente como el documento que recoge un conjunto de cláusulas en las que se expresa la autonomía de la voluntad de los socios, éstos distan mucho de estar concebidos como los estatutos de la SAS, en los que la libertad estatutaria va más allá de lo que hasta ahora se había reconocido en los Derechos vigentes de SA⁴⁴. Si a ello le sumamos la tendencia de los notarios a utilizar formularios o modelos prerredactados, y la tendencia de los registradores a no inscribir ciertas cláusulas a las que aludíamos en el epígrafe introductorio, no es de extrañar que en la práctica los estatutos no sean capaces en ocasiones de cumplir con el fin con el que inicialmente se concibieron y que en el supuesto planteado supondrían, aún más si cabe, un inconveniente de difícil solución.

Por lo que respecta a los pactos parasociales, sin duda esta sería la vía más adecuada para introducir las ventajas que ofrece la SAS tal como está configurada a día de hoy nuestra normativa en materia societaria. Dado que, aunque se trata de pactos privados que presentan el inconveniente de no gozar de la eficacia de los estatutos, tienen fuerza de ley entre las partes que los firmaron y su carácter totalmente flexible y dispositivo permitiría la posibilidad

de introducir cualquier cláusula de la SAS que supusiera una ventaja para los socios.

Ello no obsta para que sigamos pensando que el Derecho societario español necesita de una sustancial reforma legislativa que permita dar cabida a iniciativas como la que nosotros planteamos, y que ya se ha hecho efectiva en muchos de nuestros países vecinos, como veíamos en el primero de los epígrafes del presente trabajo. Aunque los intentos han sido valiosos, si hacemos un balance de nuestro ordenamiento constatamos que éstos no han cumplido con el fin que de unos años a esta parte viene reclamando el Derecho societario. Dado que, inspirados por esa tendencia desreguladora que de un tiempo a esta parte viene caracterizando a nuestro Derecho en el ámbito comunitario, en lugar de conseguir esa modernización y simplificación que propugnan constantemente los textos a nivel europeo, muchos de estos intentos lo que han hecho ha sido endurecer aún más si cabe las exigencias requeridas. Buena prueba de ello la encontramos en las ya analizadas Propuesta de Código de sociedades mercantiles y en la normativa que dio paso a crear la SLNE. Quizá hay un apunte que nos parece interesante destacar y que claramente es el reflejo de ese *numerus clausus* que, como es notorio rige en nuestro ordenamiento. El legislador, al configurar esta nueva forma societaria se ciñó al catálogo de figuras societarias existentes, sin entrar a valorar nuevos modelos de operación societaria. Esto confirma la idea anteriormente esbozada según la cual, la posible adopción de una nueva forma societaria debería revestir la forma de una de las figuras societarias conocidas por nuestro ordenamiento, como también lo hizo el francés y otros ordenamientos europeos. Aunque no imposible, los intentos de nueva tipificación en nuestro ordenamiento parece que deben revestir la forma de un modelo preexistente, pues la nueva tipificación de un modelo desconocido, resultaría sin duda mucho más complicada. No obstante, no hay que cejar en el empeño de proponer nuevas iniciativas que fomenten esa creación de modelos más acordes con la práctica societaria, aunque ello suponga una importante reelaboración de muchas de nuestras normas en la materia.

Sobre la base de los modelos y de la normativa de que disponemos y teniendo en cuenta que el juego de la autonomía de la voluntad, tal como establece el propio legislador en la exposición de motivos de su texto regulador, es lo suficientemente amplio en la SRL, ésta será la figura que, en principio, nos permita analizar con detalle la inclusión de algunas de estas cláusulas a nuestro ordenamiento.

La posibilidad de dar cabida a las mismas en la SA tampoco resultaría algo descabellado; buena prueba de ello es que en Derecho francés la SAS, aunque autónoma, se configura sobre la base de la SA. Pero en nuestro ordenamiento la SA se configura como un tipo social excluyente reservado exclusivamente a la gran empresa y por ello sujeto a normas más imperativas, mientras que la SRL parece dar cabida a cualquier realidad empresarial de pequeña o mediana envergadura en la que la personalidad de los socios a la hora de configurar los estatutos sociales es tomada en cuenta en mayor medida. De ahí, que nos hayamos decantado por la elección de esta figura, sin excluir que la propia práctica de la SA (sobre todo de la cerrada) puede conseguir soluciones similares o cercanas.

Intentando salvar muchos de los límites y los problemas que hemos ido planteando a lo largo del presente estudio, nuestra atención se ha centrado en analizar la compatibilidad con nuestro ordenamiento de las principales particularidades que presenta la SAS, sobre la base de una comparación con nuestros más relevantes modelos societarios. Aunque como ya apuntábamos con anterioridad, teniendo en cuenta las peculiaridades de nuestro Derecho societario, la figura más apropiada para intentar adecuar algunas de las ventajas que la SAS presenta a nuestro ordenamiento sería la SRL⁴⁵, también consideramos interesante introducir algunas notas con respecto a la SA, que es la figura que parece tomar como base la SAS francesa, si bien queda probada su clara independencia y configuración como modelo autónomo.

La opción de decantarnos por la constitución de una figura de características similares en base a nuestra SRL, encuentra una vía de aplicación similar a través de las iniciativas adoptadas en orden a configurar un modelo de sociedad privada europea⁴⁶. Si ésta podría

ser la base del modelo de una futura SPE (véase, ANSA, 1998 ; BOUCOURECHLIEV, J. Y FIELD, B,1998; CREDIA,1997; COLOMBANI, J.L.1999, 337; OUTIN-ADAM, A. Y SIMON 1999, 7), ¿porque no serlo de un subtipo de nuestra SRL?

No cabe duda de que nuestro ordenamiento se ha caracterizado por una dualidad de modelos societarios⁴⁷ abanderados tradicionalmente por la SA⁴⁸, que dominaron y siguen dominando nuestro panorama empresarial⁴⁹ y que proyectos como el gestado con la adopción de la SLNE, a pesar de su fracaso, suponen un punto significativo de evolución. Sobre la base de este fracaso, nuestra propuesta se centra en hacer posible un mayor espacio para la flexibilidad y la autonomía de la voluntad de los socios⁵⁰ en el Derecho de sociedades, aprovechando la experiencia de una figura consolidada y con regulación propia como es la SAS.

De ahí, que planteemos la hipotética posibilidad de crear un nuevo modelo simplificado de SRL, al que hemos decidido llamar “sociedad limitada simplificada”, que sería un modelo a caballo entre la SAS francesa y nuestra SRL. En especial, la opción propuesta plantearía adaptar los principales beneficios que señalábamos con respecto a la SAS a nuestras SRL, posibilidad que podría llevarse a cabo, como ya se hizo con la SLNE, a través de una modificación legislativa. Ésta no requeriría de una profunda revisión del régimen jurídico de nuestra tradicional SRL, ya que, como hemos constatado a lo largo de nuestro estudio, en muchos aspectos éste va a la par con el de la SAS. Incluso como también apuntábamos nos atreveríamos a decir que muchos aspectos están mejor regulados que en la SAS.

De no ser factible ésta posibilidad, la vía estatutaria o los pactos parasociales a los que anteriormente hacíamos alusión, también serían una vía adecuada para la adopción de algunas de las cláusulas de la SAS que pudieran resultar de interés.

Sin duda somos conscientes de que la posibilidad que planteamos es complicada, pero esperamos que existan en un futuro contribuciones y estudios al respecto que permitan ver la luz a una regulación más flexible y adaptable a la práctica societaria. Esperemos que ese proceso de constante cambio y renovación del

Derecho de sociedades europeo al que venimos asistiendo de un tiempo a esta parte, no se vea interrumpido, pudiendo conseguirse en breve, un desarrollo equilibrado de los futuros modelos de sociedades, a pesar de que quizá las circunstancias de la crisis económica por las que atravesamos de un tiempo a esta parte, no sean las más adecuadas para hablar de flexibilidad societaria.

Con todo, no cabe duda de que una mayor adaptabilidad de las figuras societarias a las necesidades prácticas es necesaria, y ello como la experiencia demuestra, sólo puede conseguirse flexibilizando y adecuando los en ocasiones arcaicos textos reguladores y modelos implantados en los diversos ordenamientos jurídicos.

REFERENCIAS

- ABRIANI-MARCO MALTONI, A. (2007). “*Elasticità organizzativa e reparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*”. RDS.(2).
- ALEMÁN LAÍN, P.; “Alcance de un criterio de eficiencia económica en la argumentación judicial. El caso de la jurisprudencia norteamericana sobre sociedades anónimas” en AA.VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal, Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Tomo I. Caja de Ahorros y Monte Piedad de Navarra. Madrid : Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2005). “Autonomía privada y derechos fundamentales”. *ADC (T. XLVI)*. Fascículo I. enero-marzo 1993.
- _____ . (2005, Abril). “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. (308).
- AZARIAN, H. (2007). *La société par actions simplifiée. Création, fonctionnement, évolution*, 2ª ed. Paris: Litec NexisLexis.
- BACHMANN, G. (2008, 1 de septiembre) “*Introductory Editorial: Renovating the German private limited company – Special issue on the reform of the GmbH*”, en *Renovating the German private*

limited company – Special issue on the reform of the GmbH, German Law Journal, volume 9. issue nº 9.

- BECK, U. (1998). *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2006). “Propuesta y Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad”. *RDBB*. Año nº 25. nº 102.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1998). *La sociedad de responsabilidad limitada*. Pamplona: Aranzadi.
- BEURSKENS, M. & NOACK, U. (2008, 1 de septiembre). “The reform of German private limited company: Is the GmbH ready for the 21st. Century?”. en *Renovating the German private limited company – Special issue on the reform of the GmbH*. German Law Journal. Volume 9. issue nº 9.
- BOLAS ALFONSO, J. (1996). “La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada”, *RDP*.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.) (2003). *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Navarra: Aranzadi.
- _____. (Dir.). (2006). *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*. Navarra: Aranzadi.
- DE KLUIVER, H.J. (2006). “Toward a simpler and more flexible law of private companies – A new approach and the Dutch experience-”. *ECFR*. (1).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*. Vol. I. 6ª ed. Pamplona: Civitas.
- _____.; Roca Trias, E; & Morales. A.M. (2002). *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- EMBID IRUJO, J.M. & MARTÍNEZ SANZ, F. (1996). Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital. *RdS*. nº 7.

- EMBID IRUJO, J.M. (2007). “A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada”. *RDS*.
- ESPINA, D. (2003); *La autonomía privada de las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*. Marcial Pons. Madrid – Barcelona.
- ESTEBAN VELASCO, G. (2003). “La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”. *RVEH*. n° 8.
- ESTEBAN VELASCO, G. (2001). “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”. *Revista de Estudios Europeos. Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid)*. n° 29.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1996). “La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital”, Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*. Tomo I. Madrid: Mc Graw-Hill.
-
- (1997). *La atipicidad en Derecho de sociedades*. Zaragoza: Portico.
- GARCÍA MANDALONIZ, M. (2005). *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.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ; F.J. (2001). “La Sentencia Centros el *status quaestionis* un año después”. *NUE*. n° 195.
- GARRIDO DE PALMA, V.M. (2002). “La sociedad de responsabilidad limitada en sus principios configuradores”, en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Vol. III. Madrid:
- GIRÓN TENA, J. (1952). *Derecho de sociedades anónimas*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho. Valladolid.

- _____ (dir.) (1978). *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*. Sección de publicaciones e intercambio. Madrid: Universidad de Madrid.
- GONDRA, J.M. (1992). *Derecho mercantil*. Tomo I. Vol 1º. Servicio publicaciones Facultad de Derecho. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- HOMMELHOFF, P. (2008). “Die Europäische Privatgesellschaft am beginn ihrer normierung”. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Zentrum für europäisches wirtschafrecht. n° 163. Bonn.
- LALAGUNA, E. (2002). “La libertad contractual”. *RD*. 1972.
- LARGO GIL, R. (2002). “La constitución de la sociedad anónima europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”. *RdS*. n° 18.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2005). *Direito Europeu das Sociedades*. Almedina, Coimbra, 2005.
- NAVARRO MATAMOROS, L. (2009). *Libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español* Granada España: Comares.
- OLIVENCIA RUIZ, M. (1998, 28 y 29 de enero). “Rasgos definitorios del tipo de sociedad de responsabilidad limitada”, AA.VV.; *Nuevo régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia. Sevilla: Fundación El Monte.
- PAULEAU, C. (2003). *El régimen jurídico de las “Joint Ventures”*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAZ-ARES, C. (2002, 25 de mayo). “Por un Derecho de sociedades reflexivo”. *Expansión*.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2007). “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: evolución y situación actual”, en Roque Vítolo, D. y Embid Irujo, J.M. (dir.) *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*. Comares.

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.D. (2006). “La constitución de la sociedad: escritura y estatutos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*. 2ª edición.
- RUIZ PERIS, J.I. (1997). Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo. *RDM*. nº 226.
- SAINTOURENS, B. (2008). “*Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l’économie*”, *Rev.Soc.*, nº 3.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2005). En el proemio al libro *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*. Granada: Editorial Universidad de Granada.

Notas

- 1 A este respecto resultan muy interesantes las consideraciones sobre el fenómeno de la globalización económica llevadas a cabo por: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (2002, 8 a 15 y 32 y ss), VICENT CHULIÁ (1997, 14 y ss) y, SÁNCHEZ CALERO (2005, 11 y 12).
- 2 No obstante son muchas las definiciones atribuidas a este término criticado por algunos autores y tachado por otros de exclusivamente economicista. En este sentido, el profesor Beck (1998) al hablar de globalización dice que “es la palabra, es el slogan, la consigna peor empleada, menos definida, más nebulosa...”. Otros autores como GIDDENS (2000, 15), que divulgó el empleo de dicho término, se refiere a este fenómeno como un proceso de interdependencia en términos mucho más generales que los estrictamente económicos, a este respecto establece que “la globalización está reestructurando nuestros modos de vivir, y de forma muy profunda”.
- 3 Podemos afirmar esta idea en base a las precisiones que al respecto de la globalización lleva a cabo MERCADO PACHECO (1999, 152), al establecer que “la mundialización de la economía es, al mismo tiempo, la mercantilización del mundo”. A este respecto también nos sirven las consideraciones de la doctrina mercantilista pendiente desde sus inicios de esta realidad, sobre la base de la cual se sustentan antiguas disputas privatistas, en especial en torno a la recurrente cuestión de unificación del Derecho privado. En este sentido, BERCOVITZ-CANO (1976, 151 y ss.); también en este sentido aunque con distintos argumentos Vicent Chuliá (1999, Págs. 21 y ss.); así como, BELTRÁN SÁNCHEZ (1995, 53 y ss.). Del mismo modo, resultan de interés las consideraciones de KÜBLER (2001, 54 y ss.).
- 4 En el año 2000, el Consejo Europeo se marcó el objetivo de establecer en Europa la economía más competitiva y dinámica del mundo antes del año

2010. No obstante pasados unos años se puede constatar que el proceso ha sido lento, y que ciertas disparidades entre las directrices políticas y su concreción en los Estados miembros han ralentizado el desarrollo económico. Véase en este sentido, “Invirtiendo en Europa: modernización del Derecho de sociedades en Europa. Fortalecer Europa mediante la europeización del Derecho de sociedades”(2005).
- 5 En este sentido resultan de gran interés las consideraciones de EMBID IRUJO, J.M.(2002. 1637; 2006. 11 y 12). En este último, el profesor Embid contextualiza el término “modernización”, acercándonos al sentido que el mismo adopta en Derecho de sociedades.
 - 6 *Simpler Legislation for the Internal Market*, cuya traducción al castellano sería, Simplificación de la Legislación en el Mercado Interior.
 - 7 Dicho informe, comentado por SÁNCHEZ CALERO, F.J.; “Publicación del informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa”, puede encontrarse en RDBB, n° 89, 2003, págs. 396 a 400.
 - 8 Véase al respecto, ALMELA DÍEZ, (2004, 18 y 27). En este trabajo se analizan pormenorizadamente, las propuestas de dicha Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo.
 - 9 A este respecto, parecen apuntar las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 “sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros”; DOCE, C 158 de 26 de junio de 1989, págs. 400 y 401; y, D.O.C.E., C 295 de 25 de julio de 1994, págs. 518 y 519. En el mismo sentido cabe mencionar la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM, 2001, 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187 COS) de noviembre de 2001; así como, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro (2005/2022 (INI)).
 - 10 Véase en este sentido, GONDRA, J.M.(1992, 181)
 - 11 En este sentido, MENEZES (2005), habla de un Derecho que necesita complementarse, un Derecho en formación, “joven” que exige nuevas fuentes comunitarias, nuevas transposiciones y nuevas iniciativas políticas y científicas. (p. 22 a 25)
 - 12 En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, al establecer ya en el año 1977, “la conveniencia de adecuar los instrumentos ofrecidos por el legislador a las exigencias de estructura y dimensión de la empresa moderna. Ha sido básicamente esta necesidad la que ha llevado a los operadores económicos a elaborar nuevas formas de organización más acordes con las realidades del tráfico”. En este mismo sentido se pronuncia en la pág. 190 al referirse a “la insuficiencia de las formas societarias del catálogo legal para atender a las necesidades del tráfico”.
 - 13 No obstante autores como PAZ-ARES, C.(2005);, ven en la flexibilización la vía más adecuada. A este respecto el profesor Paz-Ares expone literalmente que: “..... más bien creo que lo que hace falta es justamente lo contrario: flexibilizar el Derecho de sociedades, simplificarlo, desformalizarlo. Frente a un Derecho de sociedades mecánico, abogo por un Derecho de sociedades reflexivo”.
 - 14 En este sentido también se pronuncia, De Kluiver (1996)

- 15 Una de las últimas reformas que mayor importancia tiene a efectos de nuestro estudio es sin duda la introducida en la regulación de las SA y SRL por la Ley 19/2005 sobre la SE domiciliada en España. Véase al respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; “Notas sobre las modificaciones introducidas en la regulación...”, cit., págs. 209 y 210.
- 16 En este sentido, EMBID IRUJO (2002, 1633). Del mismo modo, CESARINI SFORZA, (1986) analiza pormenorizadamente los “estratos” de la realidad jurídica.
- 17 En este sentido, PAZ-ARES, C.(1997, 197 y 198) analiza lo que él llama “La atracción fatal de la anónima” con respecto a la limitada.
- 18 Véanse al respecto las consideraciones sobre la función de los notarios efectuadas por, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1972) que establece que: “los notarios, además de cumplir su cometido como fedatarios han de articular jurídicamente la voluntad de los otorgantes y a veces han de contribuir a formarla. Para eso los notarios han de saber tres cosas: lo que los otorgantes quieren, si pueden quererlo jurídicamente, y cuáles son los medios más idóneos para que los fines que persigan puedan alcanzarse. Pero la labor del notario en este sentido está condicionada, claro es, por un factor fundamental: la naturaleza imperativa o dispositiva de los preceptos que regulan una determinada institución para saber hasta qué punto la normativa legal puede ser desplazada por otra de origen convencional”(p.4).
- 19 En este sentido resultan de un gran interés las consideraciones de ESPIN CÁNOVAS, D.(1954-55), pág. 57 que apunta que: “esa exaltación del valor de la ley, si por una parte contribuía poderosamente a fijar los términos del Derecho y por tanto a la seguridad de las relaciones jurídicas, por otra, venía paradójicamente a encerrar en su propio seno, el germen de la inadaptación de las formas jurídicas a la realidad social o vital”.
- 20 A este respecto lleva a cabo un interesante estudio ALFARO ÁGUILA-REAL (1993, 96 y 97), del que nos parece interesante extraer las siguientes consideraciones: “...se trata de determinar cuándo está justificado, que el legislador de Derecho privado no se limite a dictar normas de Derecho dispositivo cuando regula relaciones contractuales sino que establezca normas imperativas, que impiden a las partes decidir sobre sus bienes personales y patrimoniales como tengan por conveniente”. Además también apunta que “decidir cuándo la libertad contractual no protege a los contratantes no es tarea fácil pero...podría afirmarse que el mecanismo contractual no funciona correctamente cuando el contratante no tuviera como alternativa razonablemente disponible la renuncia a contratar dirigiéndose a la competencia”.
- 21 A pesar de que no son muchos los autores que se enfrentan al estudio de esta cuestión, podemos destacar especialmente además de los artículos citados con anterioridad, concebidos desde una perspectiva más civilista, trabajos como el del PROFESOR ESPINA, D (2003), un completo manual dedicado al estudio de esta materia que examina, la posibilidad de que los socios incluyan todos los pactos y condiciones que juzguen convenientes en la escritura constitutiva de las sociedades anónimas y limitadas. También artículos como los de Lucena González, P.A., en “Apuntes sobre la autonomía...”,
- 22 N° 2/2005 (RJ 2005/5539).
- 23 RJ 2003/2604.

- 24 Buena prueba de ello es nuestro Cod. de com. en vigor.
- 25 Así se pronuncia bajo nuestro punto de vista de forma muy acertada, Esteban Velasco (1994)
- 26 Véanse al respecto las consideraciones de, Duque Domínguez (1991), Navarro Pérez, J.L.(1990), González-Meneses Robles, M.; “Inscripción de las escrituras de constitución de sociedades...”, cit. págs. 27 y ss.; Rodríguez Hernández, J.; “Los estatutos y los pactos sociales ante la nueva legislación...”, cit., págs. 91 y ss.; Girón Tena, J (1952, 99 y ss.)
- 27 A este respecto, Con carácter histórico también resultan de interés las consideraciones de SALVADOR BULLON, P; Y SALVADOR BULLON, H.,(1958, 56,57 y 225), en el que se lleva a cabo un interesante estudio de los aspectos característicos de la Ley de sociedades limitadas de 17 de julio de 1953.
- 28 Véase al respecto, Díez-Picazo, (2002). En este punto el Profesor Díez-Picazo analiza los límites de la libertad contractual, sobre la base de lo dispuesto por el ya citado art. 1255 del C.C. Recordemos que éste artículo reconoce el poder de los contratantes para establecer pactos, cláusulas y condiciones “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. (p. 155 a 157) Del mismo modo véase, VÁZQUEZ DE CASTRO (2002, 82 y ss.), que analiza detalladamente las particularidades básicas de cada uno de éstos límites.
- 29 Así se pronuncian al respecto tanto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) nº 216/1995 de 16 de marzo (RJ 1995/2660) al establecer en su fundamento de derecho primero que “...admiten la autonomía de la voluntad con la única limitación de que no se oponga a lo dispuesto en la Ley ni contradiga los principios configuradores de la sociedad anónima”; como las Resoluciones de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/737) y la de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002/6190). La primera de las Resoluciones apuntadas establece en su último fundamento de derecho que “...con ello no se infringe ninguna norma imperativa, sino que tampoco quiebra ninguno de los principios configuradores de la forma social, únicos límites que el artículo 10 de la LSA pone a la autonomía de la voluntad. La segunda, en su fundamento de derecho segundo establece que “...las cláusulas estatutarias que pretendan satisfacer determinados intereses lícitos y ofrecer soluciones adecuadas en determinadas situaciones han de ser examinadas favorablemente, siempre que en las mismas no se contravengan normas imperativas ni los postulados del tipo social elegido (artículo 10 LSA)”.
- 30 A este respecto nos parece interesante destacar la consideración que de los mismos lleva a cabo, DUQUE DOMÍNGUEZ, (1991), en ALONSO UREBA, ET ALI (1991, 88 Y SS.); al referirse a los mismos como “pactos que se mantengan secretos”. Nos gustaría remarcar especialmente el término de “secreto” utilizado por el Profesor Duque.
- 31 Véase en este sentido, GIRÓN TENA (1952, 55)
- 32 Esta clasificación tripartita se inspira en la elaborada por OPPO, G.; 1942, págs. 6 a 12.
- 33 Siguiendo la nomenclatura que el profesor PAZ-ARES (2003.19 y 20).
- 34 A éste respecto véanse las interesantes consideraciones del profesor QUINTANA CARLO, I(2008) quien exponía que “los pactos parasociales

no quedan meramente circunscriptos a una relación obligacional interna, sino que tienen un reflejo en el funcionamiento de la sociedad”, remitiéndose al análisis de los protocolos familiares. Caracterizó a estos como el conjunto de normas elaboradas por el grupo familiar que tiene el control de la sociedad. Seguidamente, señaló que a su respecto existía un problema relativo al modo de darles trascendencia en el plano institucional, el cual fue canalizado legislativamente en 2003 mediante la publicidad registral. En tal sentido, describió las tres formas en que puede realizarse la inscripción: constancia en el registro del hecho relativo a que determinada sociedad se dotó de un protocolo familiar; posibilidad de depositar las cuentas anuales conjuntamente con la parte que no sea estrictamente privada del protocolo familiar; inscripción con carácter de publicidad material de aquellos acuerdos “inscribibles”. Véase al respecto, Derecho al día, año VII, n° 125. Boletín informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, jueves, 19 de junio de 2008.

- 35 Véase al respecto el interesante estudio que sobre el en su día Proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de dichos protocolos llevaba a cabo, VIERA GONZÁLEZ, A.J.(2006)
- 36 Véase en este sentido VIERA GONZÁLEZ, A.J.(2006); nota a pie de página n° 12, en la que el Profesor Viera recoge de forma muy acertada algunos de éstos pronunciamientos en contra. En este sentido, BARDERAS NIETO, A(2006; 2005,2005b)Concretamente en éste último artículo llega a afirmar que “el registro del protocolo serviría para facilitar su blindaje, restringiría la autonomía de la voluntad de los empresarios...”. No obstante ésta opinión no es la compartida por el Profesor Viera, y así lo hace saber en la pág. 152 *in fine* del artículo precitado.
- 37 Véase al respecto, GARRIGUES, J.; “Fundación de la sociedad”, “Art. 6° Publicidad y personalidad”, en Garrigues, J y Uria, R.(1976, 147 a 172).
- 38 Véase en este sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, (1991, 88) No obstante si que hay que destacar al respecto la precisión del Profesor Duque que nos habla de “sustitución de la declaración de nulidad” (de la antigua LSA de 1951) “por una declaración de ineficacia frente a la sociedad” (de la nueva Ley), que es uno de los principales obstáculos que presentan los mismos. Del mismo modo véase, GARRIGUES, J.; “Fundación de la sociedad”, “Art. 6°...”, *cit.*, págs. 156 a 158.
- 39 Véanse al respecto las estadísticas analizadas en el epígrafe I introductorio, del II capítulo de la segunda parte del presente trabajo.
- 40 Véanse al respecto, Garrigues, J.; “Introducción”, en Garrigues, J. y Uria, R.(1976, 11 y 12); Rubio, J.; Curso de Derecho de..., *cit.*, pág. 11; Girón TENA (1952)
- 41 Tal como apunta muy acertadamente el profesor ESTEBAN VELASCO(1994, 441)
- 42 El hito concreto de ese proceso de agilización de trámites es la Recomendación de la Comisión Europea de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE, D.O. L 145, 5 de junio de 1997).
- Desde este punto de partida, el Consejo Europeo de Ámsterdam de 16 y 17 de

junio de 1997 declara el compromiso de simplificar la reglamentación jurídica y administrativa para mejorar la calidad de la legislación comunitaria y reducir la carga administrativa de las empresas, especialmente de las PYMES. Fruto de todos estos impulsos surge la Carta Europea de la pequeña empresa adoptada en el Consejo Europeo de Santa María de Feira del 19 y 20 de junio de 2000.

En esta misma línea, aunque con alcances distintos, surge la iniciativa SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market), puesta en marcha en 1997 para simplificar el conjunto de normas que afectan a las empresas.

Como último hito del proceso cabe señalar la Resolución del Parlamento Europeo de febrero de 2002 (2002/0079) sobre la estrategia para el pleno empleo y la inclusión social, que aboga por el uso de formularios estándar y por el uso de las tecnologías de la información.

43 Véase en este sentido, Valpuesta Gastaminaza, E.M.^a (2004, 13 a 16) Embid Irujo,(2003, 108 y 109; 2004 188 y 189) Hierro Anibarro, S.; “La Sociedad Limitada...” cit., págs. 22 y ss.; Cuñat Edo, V.; “Disposiciones...”, cit., págs. 35 a 37; Torre de Silva y López de Letona, J; “La sociedad limitada nueva empresa...” cit., pág. 160 in fine; García Mandaloniz, M., La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el diván...”, cit., págs. 139 a 141.

44 Véase en este sentido, Esteban Velasco,(1994) G.

45 OLIVENCIA RUIZ (1998, 29; 1997, 148 a 151) examina detalladamente las características de la SRL tras la reforma de la Ley 2/1995 de 23 de marzo.. En este sentido nos habla de una serie de postulados que identifican a la SRL como una sociedad de naturaleza híbrida; de carácter esencialmente cerrado; con un régimen jurídico flexible que supone una mayor amplitud al juego de la autonomía de la voluntad. En este mismo sentido véase la caracterización que de la misma lleva a cabo FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,(1994, 7 a 13), en la que también apunta esa mayor flexibilización y pretensión de ofrecer un marco jurídico más ajustado a las exigencias del mundo empresarial. También lleva a cabo en este mismo sentido una interesante caracterización de la misma, VELASCO SAN PEDRO (1994, 39). Del mismo modo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1998, 95), nos habla de una sociedad cerrada, que no puede acudir al mercado de valores y de carácter más o menos personalista, según el contenido de sus estatutos.

46 Véase al respecto el estudio de esta figura llevado a cabo en el capítulo III 1 B) del capítulo I de la presente tesis.

47 Véase en este sentido, Fernández de la Gándara, L.; “La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español...”, *cit.*, pág. 7.

48 Esto fue así, en principio, hasta la entrada en vigor de la LSA de 1989. La realidad mostraba una forma social predominante, la SA, con independencia de la entidad de la empresa. A su lado, la SRL aparecía como una forma claramente infrautilizada. Las razones de este fenómeno eran varias: falta de exigencia de un capital mínimo para constituir una SA; prestigio sociológico de esta forma social frente a la SRL; y sobre todo, la propia brevedad e insuficiencia del texto regulador de esta sociedad (LSRL de 1953), generador, en consecuencia, de una notable inseguridad jurídica. A partir de esa fecha se constata que creció espectacularmente el número de SRL de nueva creación,

en detrimento de las anónimas. De hecho, puede estimarse que más de un 95% de las sociedades de capital que se constituyen actualmente en España lo hacen bajo la forma de la limitada. En este sentido véase la estadística del Registro Mercantil Central sobre el número de sociedades constituidas en el periodo de 1995-2005, apuntada por SÁNCHEZ CALERO, F. Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J (2006, 302 y 303), así como, las precisiones llevadas a cabo por ARROYO MARTÍNEZ, I. Y EMBID IRUJO, J.M. en el prólogo de Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), págs, cit., págs. 16 in fine y 17.

49 Véanse a este respecto las interesantes consideraciones de Polo Díez, A.; “La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital”, en AA.VV.; ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad?, cit., págs. 165 a 167; Rojo, A; “La sociedad anónima como problema”, en AA.VV.; ¿ ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad?, cit., págs. 58 y ss.; Gondra Romero, J.M.; “La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades”, en AA.VV.; ¿ ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad?, cit., págs. 89 y ss.

50 A este respecto véanse las interesantes consideraciones sobre la cabida que la LSRL da a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad de los socios que formula, PAZ-ARES, C(1997.p. 163 y ss)