

SIMPLIFICACIÓN Y NUEVA TIPIFICACIÓN EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL ANTE LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL ÁMBITO EUROPEO

LINDA NAVARRO MATAMOROS
*Profesora de Derecho Mercantil de la
Universidad de Murcia*



Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

LA constante evolución del Derecho societario, constatable de un tiempo a esta parte en todo el mundo, y en especial en el Derecho europeo, así como la necesidad de nuestro ordenamiento de adaptarse a dichos cambios evidentes y muy positivos para algunos de nuestros países vecinos, nos ha motivado a trasladar la experiencia y la práctica real que podían aportarnos algunos de estos países a nuestro Derecho societario, que no se ha caracterizado por una excesiva flexibilización en materia societaria.

En este sentido, de las diversas figuras implantadas en el panorama societario europeo, nos ha llamado la atención el caso de la sociedad por acciones simplificada, además de por su estructura, por el éxito que la misma ha alcanzado en la práctica societaria en el ordenamiento francés. Ello nos permitirá conocer de cerca una figura flexible y simplificada que nos incita a pensar en la posibilidad de adoptar un modelo de características similares o una vía de adoptar las principales ventajas ofrecidas por la misma a nuestro ordenamiento.

Nuestro objetivo se centra en conseguir, tras un breve estudio de los intentos flexibilizadores del panorama europeo, con especial referencia también al Derecho americano, y un análisis exhaustivo del Derecho societario francés y en especial de la sociedad por acciones simplificada, un estudio comparado de esta figura con nuestros principales tipos societarios, en concreto con la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad limitada nueva empresa como única figura de nueva implantación en nuestro Derecho; así como los posibles cauces o vías a través de los cuales se podrían aplicar algunas de las ventajas características de la sociedad por acciones simplificada.

Palabras clave: Derecho, sociedades, flexibilidad y tipificación.

Sumario

- I. Introducción. Consideraciones generales.
- II. Tendencias actuales del Derecho societario europeo.
 1. Figuras aparecidas en el marco de la Unión Europea.
 - A) La sociedad anónima europea.
 - B) La sociedad privada europea.
 2. El Derecho societario alemán. La pequeña sociedad por acciones alemana.
 3. El Derecho inglés. La *limited company*.
 4. Breve referencia al Derecho societario de los Estados Unidos.
 5. El Derecho italiano. La sociedad de responsabilidad limitada tras la reforma del Derecho societario italiano.
 6. El Derecho francés. La *société par actions simplifiée*.
 7. Nuevas propuestas de flexibilización. El Derecho luxemburgués.
- III. Perspectiva del Derecho societario español.
 1. Consideraciones generales.
 2. El juego de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento español.
- IV. Cauces de aplicación posibles con base en las peculiaridades de nuestro ordenamiento.
 1. Aproximación al panorama existente.
 2. Posibles instrumentos de aplicación de la SAS al Derecho societario español.
 - A) Modificación legislativa.
 - B) Por vía estatutaria.
 - C) A través de pactos parasociales.
 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.
 - B) Comparación de la *société par actions simplifiée* francesa con la sociedad limitada nueva empresa española, como modelo de nueva implantación.
- V. Viabilidad efectiva a la luz de las premisas apuntadas.
- VI. Conclusiones.

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

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 mundo ¹. 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 ², también tiene su reflejo en el ámbito societario ³. No obstante y a pesar del reto que ha supuesto a nivel internacional,

¹ A este respecto resultan muy interesantes las consideraciones sobre el fenómeno de la globalización económica llevadas a cabo por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.; en *Globalización económica y Derecho Mercantil*. Festividad de San Raimundo de Peñafort, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 25 de enero de 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, págs. 8 a 15 y 32 y ss.; así como, VICENT CHULIÁ, F.; «Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo», *Derecho de los negocios*, núm. 76, 1997, págs. 14 y ss. Del mismo modo, también resultan de interés, las consideraciones de SÁNCHEZ CALERO, F.J.; en el proemio al libro *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2005, págs. 11 y 12.

² Definición extraída del *Diccionario* de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición, Madrid, 2001. 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 al hablar de globalización dice que «es la palabra, es el slogan, la consigna peor empleada, menos definida, más nebulosa...», véase al respecto, BECK, U.; *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 40. Otros autores como GIDDENS, 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», en este sentido, GIDDENS, A.; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 15, traducción española del original *Runaway World*, Profile books, Londres, 1999, llevada a cabo por CIFUENTES, P.

³ Podemos afirmar esta idea con base en las precisiones que al respecto de la globalización lleva a cabo MERCADO PACHECO, P.; «El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada» en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (coord.); *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 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, A.; *En torno a la unificación del Derecho privado, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid, I, 1976, págs. 151 y ss.; también en este sentido aunque con distintos argumentos VICENT CHULIÁ, F.; «La unificación del Derecho de obligaciones», *R.D.Patr.*, núm. 2, 1999, págs. 21 y ss.; así como,

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 globalización⁴. 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 implantación 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 flexibilización⁵.

Bajo estas premisas, de un tiempo a esta parte se constata un progresivo interés por el cambio y la renovación del Derecho societario europeo⁶ caracterizado por una pretensión de flexibilización, simplificación⁷ y modernización⁸, 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 SLIM⁹, proponía averiguar cómo simplificar la legislación a nivel internacional. Posteriormente, en el

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, págs. 53 y ss. Del mismo modo, resultan de interés las consideraciones de KÜBLER, F.; *Derecho de sociedades*, Fundación cultural del notariado, 5.ª ed., Madrid, 2001, págs. 54 y ss.

⁴ Véase al respecto, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.; en *Globalización económica...*, cit., pág. 16.

⁵ En este sentido, SANCHO VILLA, D.; «La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional», *Boletín económico de información comercial española*, núm. 2674, del 4 al 10 de diciembre de 2000, pág. 3.

⁶ 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», *Avrio Eurolaw info*, publicación sobre el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, núm. 2, junio 2005.

⁷ MOREAU, J. y TERRÉ, F.; «La simplification du Droit» en BÉGUIN, J.; *Droit et actualité*, LexisNexis, Litec, Paris, 2005, págs. 533 y ss.; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C.; «La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de sociedades», en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo II, Caja de Ahorros y Monte Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 1.243 y ss.

⁸ En este sentido resultan de gran interés las consideraciones de EMBID IRUJO, J.M.; «Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y tipología de las sociedades de capital» en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en homenaje al profesor José M.ª Boquera Oliver*, BAÑO LEÓN, J.M.ª; y CLIMENT BARBERÁ, J. (coord.); Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 1637 y ss.; «Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción», *NUE*, núm. 252, 2006, págs. 11 y 12. En este último, el profesor EMBID contextualiza el término «modernización», acercándonos al sentido que el mismo adopta en Derecho de sociedades.

⁹ *Simpler Legislation for the Internal Market*, cuya traducción al castellano sería, 'simplificación de la legislación en el mercado interior'.

año 2002, el conocido informe Winter¹⁰ 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 corporativo¹¹. 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»¹², 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 2006¹³. 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 europeo¹⁴ 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

¹⁰ Dicho informe, comentado por SÁNCHEZ CALERO, F.J.; «Publicación del informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa», puede encontrarse en *RDBB*, núm. 89, 2003, págs. 396 a 400.

¹¹ En este sentido resulta de gran interés, GARRIDO, J.M.; «El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea», *RdS*, núm. 20, 2003-1, págs. 111 y ss. Del mismo modo, también resultan de interés las consideraciones al respecto de PIQUERAS BAUTISTA, R.; «El nuevo marco del Derecho de sociedades», *Estudios jurídicos del Ministerio de Justicia*, ponencia al curso «Elementos esenciales del Derecho societario», 2004 (Resolución de 21 de enero de 2004, del Centro de Estudios Jurídicos, por la que se convoca el Plan Estatal de Formación Continuada 2004, dirigido a los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales), págs. 549 y 550; STORCK, M.; «Corporate Governance à la française - Current Trends», *ECFR*, 1/2004, págs. 36 a 41; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «Estrategias regulatorias y autonormativas en la modernización del gobierno de las sociedades cotizadas: una aproximación crítica», en AA.VV.; *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, págs. 26, 27 y 39 y ss.; FARRANDO MIGUEL, I.; «Una aproximación al buen gobierno de las sociedades anónimas abiertas», *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 157 y ss.; RECALDE CASTELLS, A.; «Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de buen gobierno», *RVEH*, núm. 7, I/2003, págs. 52 y 61; DIGNAM, A. y LOWRY, J.; *Company Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2006, págs. 350 y ss.; BERILOZ, G.; «Corporate Governance, l'indispensable réforme du droit des sociétés», *Banque Stratégie*, 1995, núm. 120, págs. 8 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.; «Modernización del Derecho de sociedades y mejora del gobierno corporativo en la Unión Europea: un análisis del Plan de Acción presentado por la Comisión», en AA.VV.; *Estudio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, tomo I, Fundación de estudios financieros, Madrid, 2004, págs. 189 y ss.; GUERRA MARTÍN, G.; *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 39; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; «El gobierno de las sociedades cotizadas (corporate governance) en España: el Informe Olivencia», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, págs. 3.003 y 3.004.

¹² Véase al respecto, ALMELA DÍEZ, B.; «El nuevo Derecho de sociedades y el Buen Gobierno en la Unión Europea», *Partida doble*, núm. 153, 2004, págs. 18 a 27. En este trabajo se analizan pormenorizadamente, las propuestas de dicha Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo.

¹³ Véanse al respecto entre otros, la conferencia de clausura del III Congreso argentino-español de Derecho mercantil de QUIJANO GONZÁLEZ, J.; «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, 2007, págs. 673 y ss.; VARGAS VASSEROT, C.; «El Derecho de sociedades comunitario en el umbral de la Constitución Europea», *RVEH*, núm. 13, I/ 2005, págs. 186 y 203 a 204; así como, MENEZES CORDEIRO, A.; *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 90 y ss.

¹⁴ A este respecto resultan de interés las consideraciones llevadas a cabo por GARCÍA RUBIO, M.P.; «Hacia un Derecho europeo de contratos», en PÉREZ CARRILLO, E.F. (coord.); *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 98 y ss.; «El largo camino hacia la unificación del Derecho de los contratos de la Unión Europea», conferencia del profesor José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 18, marzo-abril 2008.

de contar con la aceptación de algún sector doctrinal¹⁵ y tener su reflejo en diversas resoluciones del Parlamento Europeo¹⁶, tampoco parece ser factible ni a corto, ni a largo plazo¹⁷.

Aunque este proceso de armonización y reforma constante se ha visto cuajado de múltiples vicisitudes y controversias¹⁸, 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 propuestas¹⁹ que permitan todavía más flexibilizar el marco en el que se desenvuelve el Derecho societario, para que este sea capaz de adaptarse a las necesidades siempre cambiantes de la práctica societaria²⁰.

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 societaria²¹, 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.

¹⁵ ALPA, G.; «European Community Resolutions and the Codification of Private Law», *ERPL*, 2000/2, págs. 324 y 325; SAMUEL, G.; «English Private Law in the context of the Codes», *The harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, págs. 47 a 61; VON BAR, Ch.; «Le groupe d'études sur un code civil européen», *RIDC*, 2001/1, págs. 127 a 139. Por lo que respecta a la doctrina española resultan de gran interés, las consideraciones de Díez-PICAZO, L.; ROCA TRIAS, E.; y MORALES, A.M.; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 95 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, S.; «¿Hacia un Código Civil europeo», en SÁNCHEZ LORENZO, S.; y MOYA ESCUDERO, M.; *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 381 y ss.; LANDO, O.; y BEALE, H.; *Principios de Derecho contractual europeo; Partes I y II; (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*; edición española a cargo de BARRÉS BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; y MARTÍNEZ SANZ, F.; Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, págs. 5 a 8, 15 y 27 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S.; «El hipotético Código Civil Europeo: ¿por qué, cómo y cuando?», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 347 y ss.

¹⁶ 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, DOCE 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)].

¹⁷ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO, S.A.; *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, págs. 193 y ss.

¹⁸ Véase en este sentido, GONDRA, J.M.; *Derecho mercantil*, tomo I, vol 1.º, Servicio publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pág. 181.

¹⁹ En este sentido, MENEZES CORDEIRO, A.; *Direito Europeu...*, cit., págs. 22 a 25, 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.

²⁰ En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, pág. 9, 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».

²¹ No obstante autores como PAZ-ARES, C.; «Por un Derecho de sociedades reflexivo», *Expansión*, 25 de mayo de 2002, ven en la flexibilización la vía más adecuada. A este respecto el profesor PAZ-ARES expone literalmente que: «... más bien

Bajo nuestro punto de vista, esta última resulta sin duda una perspectiva de gran interés, de ahí que gran parte de nuestro trabajo se centre en investigar esos intentos de nueva tipificación y sus cauces de aplicación en el ámbito del Derecho europeo. Por ello, y aunque el presente trabajo toma como punto de partida la figura de la sociedad por acciones simplificada (SAS) francesa, 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.

II. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO

A la espera de reformas más globales del Derecho de sociedades, en los últimos tiempos se ha constatado en diversos ordenamientos europeos un creciente interés por flexibilizar sus respectivos marcos societarios, mediante la creación de nuevas figuras que permitan simplificar las reglas que rigen la vida social y a través del recurso a la autonomía de la voluntad de sus socios fundadores.

Bajo la premisa de las consideraciones llevadas a cabo en el primer epígrafe y sobre la base del marco en el que nos permite desenvolvemos la autonomía de la voluntad dentro de nuestro Derecho societario, parece interesante iniciar nuestro estudio a través de un breve recorrido por algunas de esas diversas figuras societarias de reciente implantación, concebidas para dar respuesta a necesidades que en la práctica reclamaban solución y que, de algún modo, han supuesto un atisbo de flexibilización del Derecho societario.

En aras de la brevedad, acotaremos nuestro radio de análisis al ámbito europeo con algún complemento sobre el Derecho de los Estados Unidos, y en concreto a determinadas figuras, siendo conscientes de que no son las únicas existentes²² y de que no todas han experimentado la acogida que se esperaba de ellas. Buena prueba de ello es la SAS, así como 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 (SLNE) española, que analizaremos en el siguiente epígrafe, son

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».

²² Adelantamos en este sentido que también países como Holanda cuentan con figuras similares, que no van a ser analizadas en el presente trabajo. No obstante, trabajos como el llevado a cabo por el profesor RUIZ PERIS, J.I.; «Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo», *RDM*, núm. 226, Madrid, 1997, págs. 1.803 a 1.838, sí que aluden a este ordenamiento que nosotros hemos eludido en el presente trabajo, y lleva a cabo un interesante estudio sin duda a tener en cuenta. Del mismo modo, KULMS, R.; «Private Company law in Europe. Time for reform?», 1 y ss., lleva a cabo un interesante estudio sobre los diversos intentos de flexibilización aparecidos recientemente en el marco comunitario. Por lo que respecta al ordenamiento holandés, DE KLUIVER, H.J.; «Toward a simpler and more flexible law of private companies –A new approach and the Dutch experience–», *ECFR*, 1/ 2006, págs. 46 y ss.; y, KULMS, R.; «Private Company...», *cit.*, págs. 14 a 16, analiza la evolución experimentada por dicho ordenamiento en estos últimos años.

un claro ejemplo de este intento de flexibilización al que aludíamos anteriormente²³. 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 y de que por sus características no pueda ser considerada propiamente un ejemplo estricto de flexibilidad tipológica, ha supuesto sin duda un gran logro a nivel internacional.

1. Figuras aparecidas en el marco de la Unión Europea.

Como es bien sabido, en el marco de la Unión Europea han aparecido a lo largo de los años figuras de ámbito comunitario de nueva implantación. Algunas de estas figuras, como la SAE, gozan de una larga tradición, otras, como la sociedad privada europea (SPE) o la sociedad cooperativa europea²⁴, con menor trayectoria, también se han convertido en figuras de especial consideración. No obstante, y dado que esta última se extralimitaría de los límites marcados en nuestro estudio, únicamente analizaremos la SAE y la SPE, que son las que nos interesan a efectos del mismo.

A) La sociedad anónima europea.

Como apuntábamos al inicio de nuestra exposición, la necesidad de adaptarse a los continuos cambios del escenario económico internacional se encuentran en la base de buena parte de las normas de la Unión Europea, casi siempre necesitadas de la colaboración de los Estados miembros para su implantación efectiva y para hacer posible la integración de las empresas tanto en Europa como en el resto del mundo.

La sociedad europea es buena prueba de ello²⁵, designada como *societas europaea* o con las siglas latinas SE²⁶, este proyecto de sociedad ve la luz²⁷ tras casi 50 años de estudios y negociacio-

²³ En este sentido también se pronuncia, DE KLUIVER, H.J.; «Toward a simpler and more flexible...», *cit.*, págs. 50 y 51.

²⁴ Véase al respecto, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (dir.); *La sociedad cooperativa europea*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

²⁵ Véase, ANSÓN PEIRONCELY, R. y, GUTIÉRREZ DORRONSORO, C.; *La sociedad anónima europea. Análisis del reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 43 y ss.; FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.; «El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea», *Diario La Ley*, núm. 5465, año XXIII, 22 de enero de 2002, ref. D-24, tomo I, pág. 1; ROCA JUNYENT, M.; *La sociedad anónima europea*, CTESC, Barcelona, 2005, págs. 10 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G.; «Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea», *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), núm. 29, septiembre-diciembre 2001, págs. 65 y ss.

²⁶ A este respecto véase, LARGO GIL, R.; «La constitución de la sociedad anónima europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», *RdS*, núm. 18, 2002-1, pág. 99 y ss.; TEICHMAN, C.; «La *societas europaea* (SE) entre el Derecho nacional y el europeo», *NUE*, núm. 252, 2006, págs. 111 y ss.

²⁷ Recordemos que ya en el año 1959 el profesor Pieter SANDERS en un discurso pronunciado el 22 de octubre en el Instituto Superior de Ciencias Económicas de la Universidad de Róterdam («Vers une société anonyme européenne?», *RS*, 1959,

nes²⁸, en el Consejo europeo de Niza²⁹ celebrado los días 7 y 8 de diciembre de 2000. Como es bien sabido, en el transcurso del mismo, los Estados miembros de la Unión Europea acordaron la creación de un estatuto de SE que reforzara la eficacia del mercado interior, con el objetivo de armonizar el Derecho de sociedades y de ofrecer a estas, nuevas posibilidades de realizar operaciones transfronterizas³⁰ con mayor simplicidad³¹, eficacia y seguridad jurídica. Es más, la SE permitiría a las sociedades que operasen desde diversos Estados miembros de la Unión Europea, crear una sola entidad jurídica y evitar de este modo la multiplicidad de filiales sometidas a la legislación de cada Estado miembro.

No obstante, y a pesar de que la SE fue inmediatamente consagrada por un reglamento y una directiva comunitarias, para su válida constitución estos debían ser traspuestos y completados por medios técnicos propios de cada Estado miembro. De este modo, en junio del año 2004 apenas una

págs. 1.163 y ss.) propuso elaborar un régimen jurídico propio para la SE. Esta propuesta de Sanders (sobre la que ya se había apuntado algo en el Consejo de Europa en el año 1957) fue destacada nuevamente en el 57.º Congreso de Notarios de Francia celebrado en Tours ese mismo año y fue acogida en la Propuesta inicial de estatuto de la sociedad anónima europea formulada por la Comisión de las Comunidades Europeas (CEE) en 1970. Esta propuesta del profesor SANDERS era una propuesta muy ambiciosa. Se trataba de configurar un nuevo tipo societario de carácter europeo, con un régimen jurídico propio, completo y unificado. Véase al respecto, VELASCO SAN PEDRO, L.A.; «Características generales de la sociedad europea. Fuentes de regulación. Capital y denominación», en ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, *cit.*, págs. 58 y 59; así como, MERTENS DE WILMARS, F.; «La sociedad anónima europea» en *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo. Situación y perspectiva tras cincuenta años*, Universitat de Valencia, Valencia, 2005, pág. 334. No obstante, ni esa ni posteriores versiones del estatuto llegaron a prosperar, hasta el año 2001 tal como analizaremos seguidamente. En este sentido resulta de gran interés el trabajo del profesor MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A.; *La sociedad europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora*, Madrid, Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, núm. 2, mayo 2004, del que se han extraído los datos previamente citados. Del mismo modo véase, QUIJANO GONZÁLEZ, J.; «La sociedad anónima europea», en *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002, pág. 4.287; así como, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «El Reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica», en ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; *La sociedad anónima europea...*, *cit.*, págs. 19 y ss.

²⁸ Véase en este sentido, VICIANO PASTOR, J.; «La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España», en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006, pág. 29; PÉREZ ESCOLAR, R.; *La sociedad anónima europea*, Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 73 y 74; VALLÉE, T.; *Société anonyme européenne*, Delmas, Paris, 1991, págs. 7 y 8. Recordemos que además de esta larga tradición histórica, los orígenes de este reglamento se remontan a los años 70, cuando la primera propuesta sobre dicho estatuto fue presentada por la Comisión, véase en este sentido ÁLVAREZ CARVALLO, A., y GONZÁLEZ PINO, L.; *La sociedad anónima europea. Propuesta de Reglamento del estatuto de la sociedad europea*, Ediciones analíticas europeas, Madrid, 1991, págs. 13 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, R.; *La sociedad anónima europea*, Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 101 y ss.; GIRÓN TENA, J. (dir.); *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*; Sección de publicaciones e intercambio, Universidad de Madrid, Madrid, 1978, págs. 22 y 23.

²⁹ Véanse a este respecto las interesantes consideraciones del profesor ESTEBAN VELASCO, G.; «El compromiso de Niza: por fin la sociedad europea», *RdS*, núm. 16, 2002, págs. 141 y ss.; en concreto resultan de gran interés las consideraciones en torno a la polémica elección del tipo, pág. 147.

³⁰ La grandes operaciones iniciadas por ejemplo entre Rhône Poulenc y Hoechst para la creación del grupo Aventis, entre Air-France y KLM, entre Vodafone y Mannesmann y el nacimiento de Euronext, o del grupo EADS que es el resultado del acercamiento entre sociedades francesa, alemana y española, pusieron de manifiesto las dificultades existentes al respecto y la necesidad de disponer de una figura como la SE.

³¹ Simplicidad, no obstante, que puede ser cuestionada a la luz de su regulación, que analizaremos seguidamente.

decena de los 25 países que conforman la Unión Europea ³² habían adaptado su legislación a los textos relativos a la SE cuya entrada en vigor estaba fijada para el 8 de octubre de ese mismo año. En concreto en España se llevó a cabo mediante la Ley 19/2005 de 14 de noviembre ³³; y en Francia a través de los artículos 11 a 14 de la Ley de 26 de julio de 2005 para la confianza y modernización de la economía ³⁴, y por un decreto del Consejo de Estado, de tardía aparición, concretamente nos referimos al Decreto número 2006-448 de 14 de abril de 2006 relativo a la SE ³⁵, que precisa el estatuto de este tipo de sociedad y establece su régimen jurídico ³⁶.

La SE se presenta como un progreso evidente para las sociedades europeas, dado que permite la realización de nuevas operaciones transfronterizas con mayor seguridad jurídica; es, además, un progreso político que abre nuevos horizontes hacia una identidad supranacional y europea. No obstante, y a pesar de que son numerosas las ventajas que ofrece la creación de esta figura, el cauce de incorporación a cada Estado miembro está resultando una ardua tarea ³⁷.

A pesar de que países como España y Francia ³⁸ han intentado adecuar la reglamentación impuesta por el Derecho comunitario a su Derecho interno del modo más adecuado posible, el arranque de la SE no está siendo fácil. De este modo desde el 26 de julio de 2005, fecha en que el ordenamiento francés traspuso el reglamento y la directiva comunitarios a través de la llamada Ley Bretón ³⁹, no ha sido inscrita una sola SE en Francia, y a excepción de SCOR y de Suez ⁴⁰ pocas

³² En concreto solo once: Alemania que fue en origen uno de los más reticentes, Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Reino Unido, Hungría, Eslovaquia, Malta, Islandia y Suecia.

³³ Publicada en el BOE el 15 de noviembre de 2005.

³⁴ La llamada Ley Bretón.

³⁵ JO núm. 91, de 16 de abril de 2006, pág. 5.780.

³⁶ Aludimos exclusivamente a la transposición de las directrices comunitarias por estos dos ordenamientos, porque es sobre la base de ambos sobre la que se desarrolla nuestro estudio.

³⁷ En este sentido, LUTTER, M.; «Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del Derecho de sociedades», *NUE*, núm. 210, 2002, pág. 52; BLANQUET, F.; «European Company Statute (SE)» en DORNSEIFER, F.; *Corporate Business Formes in Europe. A compedium of public and private limited companies in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Manchen, Germany, 2005, págs. 48 y 49.

³⁸ Nos referimos en concreto a estos dos ordenamientos porque será sobre la base de los mismos sobre los que estructuraremos todo nuestro análisis posterior, es por ello por lo que necesitamos conocer específicamente su experiencia.

³⁹ MENJUCQ, M.; «La société européenne (Règlement CE núm. 2157/2001 et Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)», *Rev. Soc.*, 2, avril-juin 2002, págs. 225 y ss.; y, «Les atouts et les faiblesses de la société européenne à la française», *Rev. Lamy. dr. aff.*, núm. 86, Paris, octubre 2005, pág. 5. BLANC, G.; «La société européenne: la pluralité des rattachements en question (à propos du Règlement CE núm. 2157/2001 du 8 octobre 2001)», *Le Dalloz*, núm. 12, 2002, págs. 1.052 y ss.; «La société européenne: enfin l'aboutissement!», *Le Dalloz*, núm. 13, 2001, págs. 1.085 y ss.; BLANQUET, F.; «*Le statut de la société européenne: enfin!*», *RDUE*, 1/2001, pág. 65; BERTREL, J.P.; «La société européenne entre son passé et son avenir», *Dr. et patrimoine*, núm. 125, Lamy, Paris, abril 2004, pág. 50; CATHIARD, C.; «La société européenne en droit français. Première partie: Les modalités de constitution d'une SE en vue de son immatriculation en France», *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, Droit des sociétés, décembre 2005, pág. 7 y ss.; MARINI, P.; «L'attractivité de la société européenne à la française», *Journal des sociétés*, Dossier Société Européenne, núm. 28, enero de 2006, págs 34 y 35.

⁴⁰ Véase en este sentido el artículo «Tenté par le statut de société européenne», publicado en el periódico *Le Monde* el 11 de agosto de 2005, en el que Gérard MESTRALLET indica el 9 de agosto la intención de que su grupo adopte el estatuto de la SE.

sociedades francesas han anunciado su voluntad de adoptar esta nueva forma social ⁴¹. En España ⁴² la situación es similar y tampoco se conoce hoy por hoy ningún proyecto de constitución bajo forma de SE.

No obstante, y aunque no se trate de un supuesto de constitución de SE en territorio español, es interesante destacar a este respecto una reciente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 22 de enero de 2008 ⁴³. Dicha resolución aborda la controversia suscitada por una sociedad alemana holding con filial en Palma de Mallorca, ante la negativa de un registrador mercantil a inscribir la escritura de constitución de una SAE denominada «Huber Group Holding».

La presente resolución ha venido a solucionar un amplio debate suscitado en nuestro país, en relación con un determinado punto del procedimiento formal de formación de las SE holding con sede fuera de España, concretamente, el alcance de la publicación del cumplimiento de las condiciones para la constitución de una SE holding con sede en el extranjero (que exige el art. 33.3 del reglamento). Dicho debate se acentúa con respecto a otras SE creadas mediante otros procedimientos como el de fusión, transformación o filial, por lo novedoso de esta figura. No obstante, hay que tener en cuenta que el mismo ha sido producto no solo de la falta de pronunciamiento explícito por parte del reglamento comunitario en esta materia, sino también por la ausencia de regulación expresa al respecto tanto en nuestra Ley de Sociedades Anónimas (LSA), como en nuestro Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

La aparición de resoluciones como la que ahora nos ocupa hace vislumbrar un atisbo de luz para esta figura que necesita de contribuciones como esta para perfilar determinados aspectos que la legislación no ha dejado claros.

No obstante, no debemos olvidar que la escasa repercusión práctica alcanzada por dicha figura en nuestro ordenamiento quizás pueda deberse en parte, a la tardía transposición de la regulación comunitaria al respecto.

⁴¹ Ello no obsta para que otros ordenamientos sí lo hayan hecho; buena prueba de ello es la aseguradora alemana Allianz, que al proceder a la compra de la filial italiana RAS se transforma en SE. Véase en este sentido «L'assureur allemand Allianz rachète sa filiale italienne et se transforme en société européenne», publicado en *Le Monde* el 13 de septiembre de 2005.

⁴² Véanse al respecto PALAO MORENO, G.; *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 79 y ss.; BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006, págs. 29 y ss.; BOQUERA MATARREDONA, J.; «Sociedad anónima europea con domicilio en España», *NUE*, núm. 252, 2006, págs. 35 y ss. Para un estudio detallado de las implicaciones que puede tener en la legislación española sobre sociedades anónimas véase, ESTEBAN VELASCO, G.; «Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea», *Revista de estudios europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), núm. 29, septiembre-diciembre 2001, págs. 65 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.J.; «Notas sobre la introducción en España de la sociedad europea», *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 33, 2003, págs. 178 y ss.; y del mismo autor, «Sobre la sociedad europea domiciliada en España», *RDBB*, año núm. 25, núm. 101, 2006, págs. 225 a 229.

⁴³ Véase al respecto, BOQUERA MATARREDONA, J.; «Constitución e inscripción en el Registro Mercantil de una SE Holding (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia del Estado español de 22 de enero de 2008)», *RDS*, 3/2008, págs. 645 y ss.

Recordemos en este sentido que aunque la entrada en vigor de la Ley 19/2005⁴⁴ se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, hubo que esperar a 2006 para que viera la luz la Ley 31/2006, de 18 de octubre⁴⁵ sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas⁴⁶. No obstante, de lo que no cabe duda alguna es de que el primer obstáculo con que se encuentra esta figura es su propia regulación⁴⁷, sujeta tanto a las reglas comunitarias como a las propias de cada Estado miembro, que hacen mermar el juego efectivo de la flexibilización. Esta situación, dada la disparidad y divergencia de normas aplicables en cada Estado, puede frenar la voluntad de las sociedades de transferir su domicilio social, que implicaría *a priori* llevar a cabo un profundo estudio del Derecho de sociedades del Estado en cuestión.

A pesar de que sus comienzos no están resultando fáciles⁴⁸, debemos esperar que las ventajas ofrecidas por la SE motiven a los Estados miembros a organizar y coordinar e incluso modificar sus legislaciones de acuerdo a los parámetros establecidos por el Derecho comunitario, de modo que en breve podamos asistir a un incipiente desarrollo de esta figura, que supone sin duda subir un peldaño más en este largo camino que queda por recorrer. Quizás de este modo la SE pueda llegar a integrarse plenamente en la corriente de flexibilización societaria característica de nuestro tiempo.

B) *La sociedad privada europea.*

Del mismo modo que tras largos años de estudios y propuestas por fin se llegó a adoptar un estatuto sobre la SE con independencia del éxito alcanzado en la práctica por dicha figura, de un tiempo a esta parte se viene debatiendo la posibilidad de establecer un tipo societario de Derecho europeo especialmente concebido para las pequeñas y medianas empresas (PYMES)⁴⁹.

A pesar de que el interés tanto de juristas y estudiosos, como de las autoridades europeas, se ha centrado durante décadas en la figura de las grandes empresas (de ahí que la figura de la SA haya adoptado un papel relevante en el ámbito comunitario debido a su consideración como forma de inte-

⁴⁴ A este respecto resulta de gran interés el estudio llevado a cabo por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; «Notas sobre las modificaciones introducidas en la regulación de las sociedades anónimas españolas y sociedades de responsabilidad limitada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España» en, AA.VV.; *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 209 y 210. En este trabajo se analizan las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento por la Ley 19/2005, que transpuso el Reglamento 2157/2001 del Consejo, relativo el Estatuto de la SE, en la regulación tanto de nuestras sociedades anónimas como limitadas.

⁴⁵ BOE de 19 de octubre de 2006.

⁴⁶ ALCALÁ DÍAZ, M.A.; «Ley 31/2006 de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas», *RdS*, núm. 27, 2006, págs. 641 y 642.

⁴⁷ MENUJOCQ, M.; *Droit international...*, *cit.*, pág. 137; FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.; «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *cit.*, pág. 25.

⁴⁸ Estudios como el llevado a cabo por TAPIA HERMIDA, A.; «Constitución y frustración de la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho de sociedades...*, *cit.*, págs. 1.383 y ss., lo demuestran.

⁴⁹ Véase al respecto el reciente documento de HOMMELHOFF, P.; «Die Europäische Privatgesellschaft am beginn ihrer normierung», *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Zentrum für europäisches wirtschaftsrecht*, núm. 163, Bonn, 2008.

gración idónea en este ámbito ⁵⁰), no hay que olvidar que las PYMES son importantes creadoras de empleo y constituyen el motor de una gran parte de la economía ⁵¹. A este respecto y tras la adopción de la llamada «Carta europea de la pequeña empresa» ⁵² por el Consejo Europeo celebrado en Santa María de Feira (Portugal) los días 19 y 20 de mayo de 2000, son numerosas las iniciativas que se pronuncian a favor de la creación formal de la llamada SPE. En este sentido, la Comisión Europea encargó un informe a un grupo de expertos en Derecho de sociedades en el año 2001, sobre las prioridades clave para la modernización del Derecho de sociedades, entre las que se incluía la posible necesidad de adopción de nuevas formas jurídicas, como la figura de la SPE. No obstante, uno de los documentos fundamentales y de mayor utilidad adoptados al respecto fue el Dictamen del Comité Económico y Social sobre «El acceso de las PYMES a un estatuto de Derecho europeo» de 26 de abril de 2001 ⁵³. El citado informe sin duda resulta de un gran valor y ha sido tomado como base para numerosas iniciativas, debates y recomendaciones que se manifiestan a favor de la adopción de dicha figura, cuyo objetivo primordial sería facilitar a las PYMES europeas el ejercicio de actividades transnacionales a través de una forma jurídica comunitaria idéntica en todos los Estados miembros.

El Parlamento Europeo dictó a este respecto una resolución en cuyo anexo se establecía una serie de recomendaciones detalladas sobre el posible contenido del estatuto de la SPE ⁵⁴.

Las recomendaciones del Parlamento Europeo intentaban paliar algunos de los inconvenientes que en la práctica se han venido constatando con la adopción del reglamento relativo a la SE. En este sentido el estatuto de la SPE debería (como muy bien apunta el Parlamento Europeo) renunciar en la medida de lo posible a las referencias al Derecho nacional, con el objeto de crear una forma jurídica europea uniforme, labor no del todo lograda en la SE, con las múltiples remisiones al Derecho propio de cada Estado miembro. Sin duda esta es una de las labores esenciales del estatuto aunque no es la única. Dado que, también sobre la base de los inconvenientes detectados en la SE, la SPE debería ser capaz de conservar un marco de flexibilidad en sus transacciones económicas, tampoco lograda en la SE. Dicha flexibilidad como el propio Parlamento apunta quizás pueda lograrse poniendo a su disposición diversas posibilidades de transformación. Esta flexibilidad no obsta para que se prescinda de la protección de los acreedores a los que también reservan cierta parcela las recomendaciones del Parlamento dictadas al respecto.

⁵⁰ En este sentido, EMBID IRUJO, J.M.; «A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada», *RDS*, 2/2007, pág. 10, alude al hecho de que pueda afirmarse que «el Derecho de sociedades en la Unión Europea es, en esencia, un derecho relativo a la sociedad anónima».

⁵¹ En este sentido, véase el llamado Informe Mayer, elaborado en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior por HANS-PETER MAYER, sobre el proyecto de reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la SE [14886/2000- C5-0092/2001- 1989/0218 (CNS)], nueva consulta (A5-0243/2001), con fecha 26 de junio de 2001.

⁵² Esta Carta es un instrumento de carácter no vinculante por el que los Estados miembros se comprometen a emprender acciones de apoyo a favor de las pequeñas empresas. En este sentido, cada año los Estados miembros elaboran a partir de un cuestionario que remite la Comisión Europea, su propio informe de ejecución de la Carta. La Comisión realiza un informe-síntesis, en el que se recogen los avances más positivos que se vienen desarrollando y las líneas de futuro.

⁵³ (2002/C 125/19). DO núm. C125, de 27 de mayo de 2002, págs. 100 a 104.

⁵⁴ Véase en este sentido, Anexo de la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea [2006/2013 (INI)].

Hay que tener en cuenta que en la elaboración del proyecto de informe se presentaron tres propuestas de estatuto de SPE ⁵⁵, una elaborada por la Cámara de Comercio e Industria de París, otra redactada en la cátedra del profesor Hommelhoff por el doctor Teichmann, y una tercera obra del notario Oliver Vossius de Munich. Sin duda esperamos que dicha labor no quede en el olvido y podamos asistir en breve a la adopción de dicho estatuto.

A pesar de que eran numerosas las recomendaciones y los debates a favor de la creación de dicha figura y que diversos organismos europeos fueron adoptando resoluciones invitando a la Comisión a establecer una propuesta legislativa firme sobre un estatuto único para la SPE, esa tan esperada regulación unitaria tardó en ver la luz. En un principio, sobre la base de la resolución aprobada por el Parlamento Europeo y fundamentada en la cláusula de flexibilidad del artículo 308 del antiguo Tratado CE que contenía las recomendaciones a las que aludíamos con anterioridad destinadas a la Comisión sobre esta figura, solicitando esta propuesta legislativa para antes de finales de 2007 ⁵⁶, hubo que esperar a 2008 para que esta se hiciera efectiva. No obstante el encargado del Mercado Interior y Servicios, Charlie Mc Greevy, anunciaba ante la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, el 3 de octubre del año 2007, su intención de avanzar en el proyecto de creación de un estatuto para la SPE y presentar una propuesta legislativa hacia mediados de 2008 ⁵⁷ y así fue. El 25 de junio del año pasado, la Comisión publicó esa tan esperada propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprobaba el estatuto de la SPE ⁵⁸, cuya entrada en vigor será aplicable a partir del 1 de julio de 2010 ⁵⁹.

2. El Derecho societario alemán. La pequeña sociedad por acciones alemana.

Junto con el intento francés, que analizaremos seguidamente, el ordenamiento alemán fue uno de los pioneros en aprobar una normativa específica que diera entrada a una modalidad simplificada de un tipo social concreto ya consolidado. De este modo se introdujo la pequeña sociedad por acciones, a través de la *Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts* ⁶⁰, de 2 de agosto de 1994.

Frente a la imperatividad que emanaba de la *Aktiengesellschaft* ⁶¹ (AG) en su texto de 1965, la *Deregulierung* de 1994 imprimió un tono de simplificación, con la introducción de la pequeña

⁵⁵ Véase al respecto, VIERA GONZÁLEZ, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 135 y ss.

⁵⁶ KULMS, R.; «Private Company...», *cit.*, págs. 3 y 26 a 28.

⁵⁷ Véase, Boletín de Información Comunitaria. Área: Mercado Interior y Servicios, de 5 de octubre de 2007.

⁵⁸ Bruselas, 25 de junio de 2008. COM (2008) 369 final. 2008/0130 (CNS).

⁵⁹ Véase al respecto artículo 48 de la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la SPE.

⁶⁰ *Bundesgesetzblatt* (BGBl) núm. 52, de 9 de agosto de 1994, Teil I, págs. 1961 y 1962. Encontramos una traducción de la ley alemana en ALCALÁ DÍAZ, M.A.; «Ley alemana sobre la sociedad anónima pequeña y desregulación del Derecho de sociedades anónimas (*Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts*)», de 2 de agosto de 1994, publicada en *Bundesgesetzblatt* de 9 de agosto de 1994», *RdS*, núm. 4, 1995, págs. 354 a 355.

⁶¹ *Aktiengesellschaft*, es el término con el que se conoce a la SA alemana.

sociedad por acciones. No obstante, la doctrina en general ⁶² no ha entendido que esta sociedad sea un nuevo tipo societario, sino una especialidad tipológica caracterizada por su simplificación.

Pese a la importante tarea de flexibilización que desempeña la pequeña sociedad por acciones, esta ha alcanzado un dudoso éxito. No obstante, sus perspectivas eran buenas ya que pretendía dar cabida a las medianas empresas constituidas tradicionalmente bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada (SRL) ⁶³, facilitando su transformación en pequeñas sociedades anónimas y aligerando las rigideces que imponía la figura de la clásica SA.

No obstante, al proceso de permanente reforma y debate en el que se encuentra inmersa desde hace 15 años la sociedad anónima alemana, debemos sumarle la reciente reforma de que han sido objeto las sociedades de responsabilidad limitada en Derecho alemán a través de la «Ley para la modernización del Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada y para la lucha contra los abusos» (MoMiG) ⁶⁴, de 23 de octubre de 2008. Dicha reforma, de implicaciones mucho mayores que las anteriores, supone una profunda revisión y simplificación de esta figura ⁶⁵. El legislador alemán ha pretendido de este modo hacer más atractiva la anticuada SRL, que no había sido objeto de reforma desde 1980 con la *GmbH-Reform* de 4 de julio, y al mismo tiempo mejorar su competitividad frente a la *limited* inglesa que tan implantada se encuentra en Alemania como consecuencia de las Sentencias del TJCE «Centros», «Übersering», «Inspire Art» y «Hugues de Lasteyrie du Saillant».

Los aspectos principales de dicha reforma que también afectan significativamente al Derecho concursal, afectan esencialmente a una notable simplificación de la fundación de la sociedad. Esta simplificación se hace patente en pequeñas sociedades con un número máximo de tres socios, en las que siempre que se recurra a unos estatutos estandarizados, se suprime el requisito de la escritura pública. Del mismo modo, también se prescinde del requisito del capital mínimo de 25.000 euros si la sociedad se constituye con la forma de *Unternehmergeinschaft* ⁶⁶, que es una nueva modalidad de SRL. Por el contrario, la ley no ha procedido a simplificar el régimen de transmisión de las par-

⁶² Véase en este sentido GARCÍA MANDALONIZ, M.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el diván: el diagnóstico de la «personalidad múltiple». Desde el nacimiento de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 139 a 141; DE ELÍAS-OSTÚYA Y RIPOLL, R.; «La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas», *CDC*, núm. 32, septiembre de 2000, pág. 38; MIQUEL RODRÍGUEZ, J.; «La reforma de la Ley alemana de sociedades anónimas (Aktiengesellschaft-Gesetz)», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1995, págs. 452 a 458; VIERA GONZÁLEZ, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, *cit.*, pág. 91.

⁶³ Es importante tener en cuenta que en 1994 existían 500.000 SRL, frente tan solo 3.200 SA, de las cuales únicamente 600 cotizaban en bolsa. Véase en este sentido, RUIZ PERIS, J.I.; «Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible...», *cit.*, pág. 1.808.

⁶⁴ La abreviatura «Mo» alude al término modernización. «Mi» significa 'missbrauch', abuso.

⁶⁵ Véanse al respecto, BACHMANN, G.; «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, (2008), issue núm. 9, 1 september 2008, págs. 1.063 a 1.068; BEURSKENS, M. y NOACK, U.; «The reform of German private limited company: Is the GmbH ready for the 21st. Century?», en *Renovating the German private...*, *cit.* págs. 1.069 y ss.; SCHMIDT, K.; «La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del Derecho concursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 399 a 403.

⁶⁶ SCHMIDT, J.; «The new *Unternehmergeinschaft* (Entrepreneurial company) and the Limited - A comparison», en *Renovating the German private...*, *cit.* págs. 1.093 y ss.

ticipaciones sociales que tras la reforma mantiene el requisito de la formalización de la transmisión en escritura pública. Lo que sí se ha mejorado ha sido la acreditación de la condición de socio a través de la denominada «lista de socios». Del mismo modo, la reforma ha ampliado el catálogo de incompatibilidades y prohibiciones para ser administrador y ha añadido una serie de consecuencias al supuesto conocido como «inexistencia de dirección», que atañe a la responsabilidad de los socios en los casos en que tras cesar o dimitir los administradores, no se proceda a un nuevo nombramiento de los mismos. Además de todas estas reformas, también se producen una serie de modificaciones relativas al régimen legal de protección del capital social que aunque no tienen naturaleza concursal, despliegan sus efectos principalmente en este ámbito.

Sin duda alguna, el nuevo y acertado régimen instituido tras la reforma, objeto sin duda de incesantes debates, no hace más que corroborar la continúa preocupación del Derecho alemán por adaptarse a los continuos cambios y a la necesidad de competir con figuras afines de ordenamientos vecinos que luchan por conseguir las mismas soluciones.

3. El Derecho inglés. La *limited company*.

Dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos, el sistema inglés se encuentra ubicado en la familia del *Common Law*, donde ocupa un puesto de primer orden, no solo porque Inglaterra fue su cuna, sino porque todavía el Derecho inglés sigue siendo un modelo para muchos países⁶⁷. Quizás ello se deba a que en Europa, las sociedades británicas parece ser que ofrecen las mejores estructuras de acogida posibles. A grandes rasgos podemos apuntar una serie de razones que fundamentarían el atractivo despertado por dicho ordenamiento. En este sentido cabe destacar la posibilidad de que se permite constituir una sociedad en el Reino Unido en tan solo 24 horas, cuando en la mayoría de los países europeos incluido España dicho tiempo se amplía a seis u ocho semanas como mínimo a salvo, claro está, de la sociedad limitada nueva empresa (SLNE). Junto a esta ventaja también hay que considerar un menor coste en la formación de la empresa, que unido al hecho de que no se exija un capital mínimo y de que se pueda fundar una empresa con el capital de una sola acción, no hace más que corroborar ese interés al que antes hacíamos alusión. Si a ello unimos que cualquier persona interesada puede constituir una sociedad en el Reino Unido, independientemente de que sea o no nacional de ese país, con el único requisito de tener un domicilio social en dicho territorio, no es de extrañar que muchos países se vean tentados a constituir sus empresas sobre la base de dicho ordenamiento⁶⁸. No obstante, hay que tener en cuenta que en esta «familia» del Derecho no existe una teoría sistemática y jerárquica de las fuentes del Derecho como la hay en otros ordenamientos, entre los cuales se sitúa el nuestro. Además, las decisiones judiciales y las prácticas consuetudinarias se consideran como fuentes primordiales del Derecho. De ahí, que esa mayor cabida a la flexibilidad no deba sorprender.

⁶⁷ No obstante, si nos remontamos en el tiempo también quedan patentes las múltiples divergencias que presenta históricamente con otros ordenamientos como el francés, a partir de estudios como el de COCQUELIN, Ch.; «Des sociétés commerciales en France et en Angleterre», *Revue des deux mondes*, 1 agosto 1983, págs. 1.191 y ss., en el que lleva a cabo un análisis comparado del Derecho societario francés y el inglés.

⁶⁸ Ya veíamos un supuesto de este tipo al analizar el asunto suscitado por la Sentencia «Centros», en el epígrafe introductorio de esta primera parte.

La *Companies Act* de 1985, modificada en 1989 para permitir una total armonización comunitaria, y más recientemente en 2006⁶⁹, rige el funcionamiento de las *private limited companies* que ofrecen numerosas ventajas al gerente y a los accionistas tanto en lo referente a sus responsabilidades como en caso de cierre de la empresa, o sobre las condiciones de liberación del capital. En concreto, las ventajas que ofrece la *limited company* son: el aporte y liberación del capital no reglamentado y no sometido a impuestos; la protección automática del nombre de la sociedad en el Registro de Sociedades británico. Además, no se establece un *forfait* mínimo de impuestos desde el inicio de la actividad de la sociedad en caso de pérdidas (al contrario de los sistemas en los que el Estado factura cargos e impuestos incluso antes de que la empresa haya podido facturar). Si a las anteriores ventajas unimos el posible anonimato de los dirigentes o propietarios bajo el sistema del llamado «director asignado», y unos formalismos de constitución simples, rápidos y poco costosos, unidos a una administración y funcionamiento también simples, no es de extrañar que muchas empresas decidan trasladar el centro efectivo de su actividad al Reino Unido, convirtiéndose este en un serio competidor con otros sistemas europeos. No obstante, no son estas las únicas ventajas que presenta esta figura. La responsabilidad jurídica de los dirigentes se limita al valor de las acciones suscritas. Además, las rigideces se reducen al mínimo tanto en el aspecto administrativo, como en el jurídico y en el fiscal; este último resulta además especialmente favorable y atractivo en el Reino Unido. Del mismo modo, la situación de Londres, primer centro financiero de la Unión Europea, favorece una gestión internacional acrecentada por regímenes sociales modulables y poco costosos.

En general, podemos destacar que esta sencillez de funcionamiento del sistema jurídico redundaba en una mayor aceptación por parte de los empresarios a la hora de constituir una empresa, sobre todo en su fase de inicio, condicionada tal como apuntábamos con anterioridad, por esa menor rigidez y las numerosas ventajas que ofrece. Estas ventajas ayudan al empresario a encaminar y administrar su empresa del modo más fácil posible, evitando largas esperas, barreras burocráticas y costes iniciales demasiado elevados. Para facilitar aún más este proceso de constitución *a priori*, existen además comisiones compuestas en parte por ciudadanos ordinarios, cuya intención es controlar la complejidad de los textos publicados por el Gobierno británico y cuya finalidad es la correcta comprensión por parte del ciudadano ordinario del Gobierno británico⁷⁰. Por todo ello, no resulta demasiado difícil de comprender las numerosas ventajas que ofrece la *limited company*, aún más si la comparamos con nuestra clásica SRL que es la figura, como es sabido, a la que más se asemeja el tipo de sociedad que hemos analizado.

⁶⁹ La *Companies Act* de 2006 (8 de noviembre de 2006), con 1.300 secciones y cerca de 700 páginas, se caracteriza por ser el texto más largo de la historia británica parlamentaria. Aunque en muchos aspectos reproduce el texto de 1985, introduce ciertas novedades de entre las cuales cabe destacar, a efectos de nuestro estudio, la relativa a nuevas precisiones respecto a las sociedades públicas y privadas. Uno de los aspectos más destacados de esta ley es la simplificación del régimen corporativo para pequeñas empresas privadas. Véase al respecto, DAVIES, P. y RICKFORD, J.; «An introduction to the New UK Companies Act», *ECFR* 1/2008, págs. 49 y 50.

⁷⁰ A ello debemos unirle el hecho de que el Registro de Sociedades británico (Registro de Comercio de Cardiff) no tiene derecho a obtener beneficios de los contribuyentes británicos, y que mientras que los costes de otros registros de comercio en Europa no dejan de aumentar, el Registro de Comercio de Cardiff redujo cinco libras de sus tarifas de constitución de empresas a principios de 2005.

4. Breve referencia al Derecho societario de los Estados Unidos.

Aunque en principio nuestra opción era la de decantarnos exclusivamente por el análisis que podían proporcionarnos algunos ordenamientos europeos, sin duda el ordenamiento americano resulta de obligada referencia por lo que a flexibilidad societaria se refiere, de ahí que hayamos optado por hacer un breve comentario del mismo.

A priori, hay que tener en cuenta que muchas de las nuevas tendencias que se vislumbran en el Derecho societario tienen su origen en los Estados Unidos. En este sentido, durante las últimas décadas se han producido en este país profundos cambios caracterizados por una creciente desregulación de su Derecho de sociedades, que supone la sustitución de normas imperativas por otras de carácter dispositivo⁷¹. Aunque el supuesto que nos ocupa se salga del marco europeo al que dedicamos preferentemente nuestra atención, se justifica su análisis en este momento, dado que parece conveniente su consideración conjunta con el Derecho inglés⁷². Ambos se caracterizan por que, frente a un sistema latino o continental marcado por la influencia de los ordenamientos, francés, alemán e italiano, aquellos, siguiendo un modelo más liberal y abstencionista, se decantan, como es sabido, por el reconocimiento de una mayor libertad en la constitución y en la regulación del funcionamiento de sus sociedades y por una mayor prevalencia de la jurisprudencia como fuente del Derecho⁷³. De este modo, frente al modelo imperante en el continente europeo que tradicionalmente ha partido de una ordenación legal de sus estructuras societarias, el modelo americano se caracteriza por la autorregulación⁷⁴.

A los efectos de la exposición sintética que pretendemos desarrollar, conviene partir de la premisa de que el Derecho americano de sociedades es un Derecho complejo. Como es bien sabido, junto con la normativa dictada por el Gobierno federal, cada Estado promulga sus propias leyes sobre los diferentes tipos de sociedades⁷⁵; esta situación, por su falta de homogeneidad, dificulta una comparación global del Derecho americano con el europeo. De este modo, la creación de cualquier sociedad adopta las peculiaridades propias del Estado sobre el cual se asienta. Esta situación conlleva que ante un conflicto de leyes, sea el Estado de establecimiento el que tenga el control sobre las relaciones internas de la sociedad tales como, derechos de los accionistas, poderes y deberes de los admi-

⁷¹ En este sentido, KÜBLER, F.; *Derecho de...*, cit., pág. 54; MERKT, H.; «European company law reform: struggling for a more liberal approach», *ECFR*, 1/ 2004, págs. 5 y ss.

⁷² Tal como indica el profesor GUERRA MARTÍN, G.; *El gobierno de las sociedades...*, cit., pág. 39, «el Derecho de sociedades anónimas estadounidense (corporate law) tiene su antecedente en el Derecho inglés...».

⁷³ Véase a este respecto, 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, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 43 y ss.

⁷⁴ En este sentido se pronuncia, RECALDE CASTELLS, A.; «Los administradores de las sociedades anónimas...», cit., pág. 51 (resumen), y pág. 57; BEBCHUK, L.A.; «The Debate on Contractual Freedom...», cit., págs. 1.395 y ss.; PELEGRÍ Y GIRÓN, J.; «Una aproximación al Derecho de sociedades de Estados Unidos», *CDC*, núm. 6, 1989, págs. 178 a 180.

⁷⁵ Véase en este sentido, ALEMÁN LAÍN, P.; *Función del valor nominal en las acciones. Una aproximación desde el Derecho norteamericano*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 39, que habla de un Derecho de rango estatal, en el que cada Estado tiene su propia ley y su propia jurisprudencia, su *case law* en la materia. A este respecto véase del mismo modo, CONRAD, A.F.; *Corporations in perspectiva*, Nueva York, 1976, págs. 4 y ss., y 16 y ss.

nistradores. Bajo estas premisas, ya en 1875 el Estado de New Jersey comprobó que liberalizando su Derecho de sociedades, podía promover la constitución de numerosas sociedades en su territorio. Del mismo modo, tiempo después, el Estado de Delaware ⁷⁶ se ha convertido en un referente obligado por lo que a flexibilización societaria se refiere, dado que a pesar de su pequeña extensión territorial y su escasa importancia económica, es el Estado que posee la oferta más atractiva para el establecimiento de sociedades. En contrapartida, estos Estados se ven beneficiados por la recaudación de los impuestos correspondientes, que en el caso de Delaware representan el 70 por 100 del total de sus ingresos ⁷⁷, de ahí que sea también uno de los mayores centros bancarios de los Estados Unidos. Más de doscientas mil compañías tienen su sede en este Estado, entre ellas los establecimientos principales de cinco de las más importantes sociedades norteamericanas y la empresa DuPont (segunda empresa química del mundo) se encuentran ubicadas allí. Además, muchas de las reglamentaciones allí promulgadas son seguidas por un gran número de países.

De todas las figuras societarias reconocidas por el Derecho americano, sin duda la que nos resulta de mayor interés no solo por ser una de las formas más utilizadas, sino por su paralelismo con alguno de los tipos existentes en nuestro Derecho es la *corporation* o sociedad por acciones ⁷⁸. Esta figura resulta la más adecuada para empresas de grandes dimensiones. La propiedad de la sociedad se divide en acciones y la responsabilidad de sus socios se limita al capital invertido. No obstante, estos dos elementos se han venido desvirtuando en el Derecho norteamericano a raíz de las últimas revisiones legislativas, llegando incluso a prescindirse de ellos. A este respecto, uno de los hechos de mayor trascendencia fue la admisión de acciones sin valor nominal ⁷⁹.

Del mismo modo, algunos Estados regularon en su día la figura de las llamadas *close corporations* ⁸⁰, que tienen un número limitado de socios, son administradas y gestionadas directamente por los accionistas y no pueden emitir acciones para el público en general. A pesar de que a grandes rasgos esta figura parece asemejarse a nuestra SRL, lo bien es cierto es que la misma se corresponde con nuestra SA. Ello es debido a pesar de sus características y de su propia denominación, a que mantienen la condición de accionistas de sus socios y la consideración de que la parte alícuota en que se divide el capital social son las acciones. No obstante, nuestra tradicional estructura de SA en la que el capital social está dividido en acciones a las cuales corresponde un concreto valor nominal, colisiona con la norteamericana, en esa liberalización del valor nominal de las acciones y consiguiente falta de determinación de su capital social, a los que aludíamos con anterioridad.

⁷⁶ CARY, W.L.; «Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware...», *cit.*, págs. 663 y ss.; *Delaware...*, *cit.*, págs. 311 y ss.

⁷⁷ Tanto WINTER como CARY, fijaron su atención en la constitución de sociedades como fuente de ingresos fiscales. Para estos autores, esto es una simplificación excesiva del proceso legislativo. Véase al respecto, WINTER Jr, R.K.; «State Law, Shareholder Protection...», *cit.*, pág. 251; CARY, W.L.; «Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware...», *cit.*, pág. 251; así como, EASTERBROOK, F.H. y FISCHER, D.R.; *La estructura económica del Derecho...*, *cit.*, pág. 262 y 263.

⁷⁸ A este respecto, SODERQUIST, L.D.; SMIDY, L.O.; SOMMER Jr, A.A.; y CHEF, P.K.; *Corporate Law & Practice*, Practising Law Institute, New York, 1999, págs. 1 y ss., y 59 y ss.; ALEMÁN LAÍN, P.; *Función del valor nominal...*, *cit.*, pág. 115 y ss.; EISENBERG, M.A.; *Corporations and other business...*, *cit.*, págs. 106 y ss.

⁷⁹ ALEMÁN LAÍN, P.; *Función del valor nominal...*, *cit.*, pág. 31.

⁸⁰ ALEMÁN LAÍN, P.; *Función del valor nominal...*, *cit.*, pág. 33 y 127; EISENBERG, M.A.; *Corporations and other business...*, *cit.*, págs. 325 y ss.; GUERRA MARTÍN, G.; *El gobierno de las sociedades...*, *cit.*, págs. 67, 70 y 71.

El modelo de SA tipificado en los Estados Unidos es un modelo flexible y de carácter eminentemente dispositivo, en el que se concede un amplio margen a la autonomía privada de los socios para completarlo o modificarlo en función de sus necesidades concretas. Este amplio grado de autonomía concedido por el legislador se concreta no solo en el carácter dispositivo que tienen la mayoría de sus disposiciones legales, sino también al regular el contenido de los documentos societarios, tanto los llamados *articles of incorporations*⁸¹ como, los *by-laws*.

Además, entre 1988 y 1993 los tribunales americanos reconocieron una nueva forma de sociedad, la *limited liability company* (LLC)⁸² que corresponde a nuestra sociedad de responsabilidad limitada. Se trata de la forma más simple y flexible de los tipos que conoce el Derecho americano, dado que combina la responsabilidad limitada de las sociedades por acciones, con los aspectos más ventajosos que poseen las sociedades de personas. De este modo, la LLC goza de una incomparable flexibilidad contractual y adaptabilidad, así como de una serie de beneficios fiscales, entre los cuales destaca la exclusión de la doble imposición del impuesto sobre la renta⁸³.

Bajo estas premisas, no cabe duda de que nos encontramos ante un ordenamiento peculiar que trata de dar cabida a cualquier necesidad práctica y que puede considerarse un exponente en lo que a flexibilización societaria se refiere. No obstante, esta nota que tantas veces se ha reclamado no solo para nuestro ordenamiento sino en general para el Derecho europeo, quizás en el caso americano se extralimite. Sin duda, ello es el reflejo de la característica autorregulación, así como de la falta de homogeneidad imperante en su Derecho societario, que en ocasiones puede dar lugar a situaciones de abuso que pueden resultar negativas sobre todo para los socios minoritarios. Quizás habría que plantearse si esa carrera o competencia entre Estados característica del Derecho americano resulta inadecuada en Derecho de sociedades. Bajo nuestro punto de vista lo es, dado que una cosa es flexibilización y adecuación a las necesidades que se plantean en la práctica societaria, y otra bien distinta convertir esa flexibilización en «un reto a conseguir por el mejor postor». No obstante, sí que es cierto que con este sistema se constata la preferencia de los distintos Estados por constituir sus sociedades sobre la base de ordenamientos más flexibles; buena prueba de ello es el Estado de Delaware al que tantas veces nos hemos referido a lo largo del presente epígrafe. Sin embargo, por lo que respecta a nuestro ordenamiento no será una propuesta que bajo nuestro punto de vista pueda servirnos de ejemplo.

⁸¹ No obstante, y aunque con carácter general este parece ser el término más extendido entre la doctrina estadounidense, hay que tener en cuenta que la denominación de estos documentos varía según los Estados. De este modo mientras las leyes de Estados como el de California utilizan este nombre, las leyes de otros Estados como Delaware o Nueva York, utilizan el término *certificate of incorporation* o *charter*.

⁸² Véase, SODERQUIST, L.D.; SMIDDY, L.O.; SOMMER JR, A.A.; y CHEF, P.K.; *Corporate Law...*, cit., págs. 57 y 58; AA.VV.; *Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law*, La Ley, Madrid, 1996, págs. 25 y ss.; SITARZ, D.; *Limited Liability Company*, 3.^a ed., Washington, mayo 2007, págs. 17 y 18, 25 y 59 y ss.

⁸³ Estas ventajosas exenciones fiscales fueron acordadas por la Hacienda americana, el Internal Revenue Service (IRS) en septiembre de 1988 con el comunicado «*Revenue Ruling 88-76*». Desde esa fecha, ha habido diversos comunicados del IRS siendo uno de los de mayor interés el «*Revenue Ruling 93-38*».

5. El Derecho italiano. La sociedad de responsabilidad limitada tras la reforma del Derecho societario italiano.

Al igual que el ordenamiento inglés y el alemán, el italiano ha sido objeto de una importante y reciente reforma que, sin dar cabida a figuras de nueva implantación, ha modificado sustancialmente sus estructuras societarias. Sobre la base de la necesaria flexibilización reclamada por diversos sectores de la Unión Europea⁸⁴, el ordenamiento italiano ha intentado adecuar su Derecho a las necesidades prácticas societarias con un proyecto dirigido esencialmente a simplificar la disciplina de las sociedades de capital, a introducir un sistema de modelos más flexibles y a dar mayor cabida a la autonomía estatutaria⁸⁵. Aunque la aprobación de dicho proyecto se presumía durante el año 2002, hubo que esperar al 10 de enero de 2003 para que el mismo fuese efectivo⁸⁶. De igual modo, los principios generales fijados en materia de sociedades de capital por el artículo 2 de la ley italiana de sociedades (*Legge* 366/2001 de 3 de octubre⁸⁷)⁸⁸, planteaban objetivos similares basados en crear, de igual modo, un sistema modular de los esquemas societarios a través de un amplio reconocimiento de la autonomía estatutaria, introducir una fuerte simplificación de la disciplina y favorecer el acceso a los mercados financieros⁸⁹. Dichas propuestas se ven plasmadas en una notable flexibilización del marco de la SA en Italia, pero sobre todo del marco de la SRL, hasta el punto de que se pasa de un esquema anterior que podría definirse como de una pequeña SA a un nuevo modelo calificable como de sociedad de personas de responsabilidad limitada⁹⁰. Las principales ventajas introducidas al respecto se plasman en una amplia libertad en materia de aportaciones, en la extensión del derecho de separación, la facultad de introducir en los estatutos hipótesis de exclusión⁹¹ y en la posibilidad de

⁸⁴ Véase en este sentido, BENEDETTI, M.; «L'autonomia negoziale fra lex contractus, lex societatis, e lex mercatus nel mercato comunitario delle regole», *RDS*, núm. 2/2007, págs. 39 a 43.

⁸⁵ MONTALENTI, P.; «La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales», *RdS*, núm. 22, 2004, págs. 37; AA.VV., *Diritto delle società*, terza edizione, Giuffrè Editore, 01/2006, págs. 26 y ss.; ACCETTURA, S.; «La posizione del socio di SRL.» en BAUCO, C. (coord.); *La nuova SPA e la nuova SRL. Le novità delle riforma e l'adeguamento degli statuti*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 145 y 146; PALMIERI, G.; «Costituzione della società per azioni» en CAMPOBASSO, G.F. (coord.); *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 2003, págs. 3 y ss.; MARCHETTI, P.; «L'autonomia statutaria nella società per azioni», *Revista delle Società (Riv. Soc.)*, 2000, págs. 562 y ss.; FERRI, Jr.; «Autonomia statutaria e mercato a confronto», *Revista di Diritto commerciale (Riv. Dir. Com.)*, 1999, págs. 919 y ss.; GAMBARO, F.L.; «I conferimenti nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata» en LANZO, A. y FRANCHESCHELLI, V.; *La riforma del Diritto societario*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 67 y ss.; GIORDANO, D.; *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, págs. 1 y 10 y ss.; VIERA GONZÁLEZ, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, *cit.*, págs. 118, 119 y 124.

⁸⁶ A este respecto véase, GHEZZI, F. y MALBERTI, C.; «The two-tier model and the one-tier model of corporate governance in the italian reform of corporate law», *ECFR* 1/2008, págs. 3 a 5. Del mismo modo véase, GIORDANO, D.; *Le limitazioni all'autonomia privata...*, *cit.*, págs. 128 y ss., y 165 y ss.

⁸⁷ Gazzetta Ufficiale núm. 234, de 8 de octubre de 2001.

⁸⁸ Véase al respecto, ABRIANI-MARCO MALTONI, A.; «Elasticità organizzativa e reparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata», *RDS*, núm. 2/2007, pág. 29; AA.VV., *Diritto...*, *cit.*, pág.8.

⁸⁹ MONTALENTI, P.; «La reforma del derecho societario...», *cit.*, pág. 38.

⁹⁰ STELLA RICHTER Jr., M.; *Trasferimento del controllo e rapporti tra soci*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, págs. 312 y ss.

⁹¹ AA.VV.; *Diritto...*, *cit.*, pág.292 y ss.

derogar, por decisión de los socios o de la administración, el modelo colegial propio de la SA⁹², que hacen caer muchas barreras a las que se sometía con anterioridad la clásica SRL italiana⁹³.

Esta flexibilidad, patente en el amplio espacio atribuido a la autonomía estatutaria, se pone de relieve ya en la regulación de la SA, pero resulta especialmente acentuada por lo que respecta a la SRL⁹⁴. Abandonadas las rigideces del vínculo con el régimen de la SA, se favorece si no la introducción de nuevas formas societarias (como lo hiciera el ordenamiento francés), la flexibilización de las ya existentes ofreciendo un amplio abanico de posibilidades capaces de adaptarse a las necesidades prácticas. De este modo, la SRL encuentra distintos cauces de aplicación: como empresa unipersonal de responsabilidad limitada, como sociedad personalista en régimen de privilegio, como pequeña sociedad de capital e incluso como sociedad intragrupo, análoga a la SAS del Derecho francés. Si al hablar de las ventajas que la reforma había causado en la esfera de la SRL era previsible esta heterogeneidad en su aplicabilidad, sin duda esta situación resulta cuando menos curiosa por lo que respecta a la SA, marcada por su mayor rigidez. De este modo, la SA también ve cubiertas múltiples parcelas a través de su adecuación a SA de un único accionista (similar a la francesa), a SA cerradas, y a SA que recurren al mercado de capitales.

No obstante, este amplio marco de libertad reconocido a la SRL no está exento de límites, dado que se introducen algunas disposiciones inderogables para evitar que se lesionen los intereses de socios minoritarios.

El legislador se mueve, en este sentido, en dos planos: por un lado, en el de la amplia autonomía privada y negociabilidad concedida a las relaciones entre los socios; y por otro, en el de la tutela de intereses de terceros y del mercado en general, que pueden mermar esa flexibilidad sobre todo en el ámbito de la SRL donde las rigideces se agudizan. No obstante, y dado que dicha reforma no está exenta de posteriores revisiones, las carencias que la misma pueda presentar son sin duda subsanables.

6. El Derecho francés. La *société par actions simplifiée*.

El supuesto del ordenamiento francés es sin duda el que mayor éxito ha alcanzado en la práctica societaria, gracias a la tipificación expresa de la *société par actions simplifiée*. La primera peculiaridad que presenta esta figura societaria es que, con ella, el ordenamiento francés no ha tratado de simplificar los tipos ya existentes (como lo han hecho por ejemplo los ordenamientos inglés e italiano, tal como analizábamos con anterioridad), sino que aunque en origen adoptó el nombre de la SA, la sociedad por acciones simplificada (SAS) es una figura totalmente nueva. De ahí que será sobre la base de la misma desde donde intentemos inspirar nuestro análisis con respecto al ordenamiento español. La experiencia del ordenamiento francés nos permitirá situarnos en un primer peldaño de nues-

⁹² AA.VV., *Diritto...*, cit., págs. 305 a 309.

⁹³ Véase al respecto STELLA RICHTER JR., M.; sección I del capítulo VI, «Disposiciones generales. Aportaciones. Participaciones», en AA.VV.; *Derecho italiano de sociedades. (Manual breve)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 353 y ss.

⁹⁴ AA.VV.; *Diritto...*, cit., págs. 273 y 274.

tro estudio. Sobre la base de un modelo ya consolidado, y el recurso a la autonomía de la voluntad que permita flexibilizar nuestro Derecho societario y hacerlo de este modo más adecuado a las exigencias prácticas, podría plantearse la posibilidad de permitir dar entrada a alguna figura de características similares que sin duda podría resultar un gran acierto para el ordenamiento español. La opción de decantarnos por este ordenamiento no responde a razones aleatorias, ya que la experiencia demuestra la efectividad con la que se ha implantado esta figura en Francia. No obstante, en el presente epígrafe nuestra intención no es la de analizar con detalle sus peculiaridades más relevantes, en estas líneas simplemente trataremos de esbozar las características de esta novedosa figura.

La SAS francesa se presenta, en la actualidad, como un gran avance para el Derecho francés, ya que es la primera vez que se admite la constitución de una sociedad mercantil unipersonal en la cual el capital social está dividido en acciones. No obstante, y tal como hemos visto al analizar el ordenamiento italiano en el epígrafe anterior, esta posibilidad también se reconoce tras la reforma de la regulación existente tanto en las SA como en las SRL. Por lo que respecta a la SAS, hay que sumarle además, la libertad dejada a los estatutos por el texto legal para organizar el régimen interno de la sociedad, así como la supresión de las condiciones necesarias para ser socio y el capital mínimo requerido. Estas ventajas así expuestas *grosso modo*, redundan en el éxito que actualmente conoce esta figura. De este modo se constata a través de diversas estadísticas la importancia que esta sociedad cobra en la práctica entre los empresarios franceses. A pesar de que su aparición en el año 1994 fue calificada como «giro del Derecho francés de sociedades»⁹⁵, las disposiciones adoptadas para la regulación de esta sociedad no conocieron, en su aplicación, el interés que el legislador había previsto. Rápidamente surgieron dificultades y descontentos y la reforma de la Ley de 1994, que en principio debería integrarse en una reforma global del Derecho de sociedades francés, no se hizo esperar. El 12 de julio de 1999⁹⁶ la Ley número 99-587 sobre la innovación y la investigación cambió radicalmente las bases de ordenación de la sociedad por acciones simplificada⁹⁷. Casi 10 años después, la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008, ha vuelto a remodelar las bases de la SAS, simplificando aún más su régimen jurídico⁹⁸. La SAS constituye por lo expuesto la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés⁹⁹. Considerada en un principio como un tercer tipo de sociedad anónima, junto con la sociedad anónima clásica y la sociedad comanditaria por acciones, la SAS se revela actualmente como una sociedad diferente de las clásicas sociedades por acciones¹⁰⁰. La Ley número 94-1 de 3 de enero de 1994 (que entró en vigor inmediatamente y sin decreto de aplicación), creó una «sociedad de sociedades», cuya vocación no era otra que la de agrupar bajo esta forma social a una estructura de cooperación entre empresas.

⁹⁵ PÉRIN, P.L., *La société par actions simplifiée*, Joly Editions, Paris, 2008, pág. 5.

⁹⁶ LE CANNU, P.; «La SAS pour tous», *Bull. Joly*, 1999, pág. 841 y ss.

⁹⁷ Véase SALGADO SALGADO, M.^a B.; «La société par actions simplifiée: la estructura más flexible del derecho de sociedades francés», *RDM*, núm. 241, julio-septiembre 2001, págs. 1.515 a 1.538; VIERA GONZÁLEZ, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, *cit.*, págs. 106 y ss.

⁹⁸ Véase, SAINTOURENS, B.; «Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie», *Rev. Soc.*, núm. 3, juillet/septembre 2008, pág. 483. El profesor SAINTOURENS apunta que se ha pasado de una sociedad por acciones simplificada, a una sociedad por acciones muy simplificada.

⁹⁹ En este sentido véase PAULEAU, C., que en *El régimen jurídico...*, *cit.*, pág. 417 y ss., alude a la SAS como modelo de regulación de sociedad capitalista más flexible, en espera de reformas globales del derecho de sociedades.

¹⁰⁰ BERLIOZ, G.; «SAS la Révolution sociétaire», *Marchés et technique financières-haute finance (MTF)*, núm. 59, mars 1994, pág. 50.

Tema de gran utilidad entre juristas, abogados y magistrados franceses como lo demuestran las numerosas publicaciones y actos celebrados tomando como base esta cuestión ¹⁰¹, la SAS se presenta como una sociedad mercantil en la que el capital se encuentra dividido en acciones y cuyas características principales son la responsabilidad limitada de los socios, y la gran libertad que se deja a los fundadores para organizar el funcionamiento de su estructura ¹⁰².

7. Nuevas propuestas de flexibilización. El Derecho luxemburgués.

El ordenamiento que nos ocupa no se sitúa en el mismo plano que los hasta el momento analizados, dado que aunque recoge el mismo planteamiento de flexibilización de su Derecho societario, a diferencia de los anteriores, todavía se encuentra en fase de desarrollo. La propuesta que lanza el ordenamiento luxemburgués es un intento de modernización de su Derecho, iniciado por la Ley de 25 de agosto de 2006 (relativa a la SE, a la SA con consejo de vigilancia y a la SA unipersonal), así como por la Ley de 23 de marzo de 2007 (de reforma de las cuestiones relativas a las fusiones y escisiones de sociedades).

El gobierno luxemburgués, basándose en las innovaciones legislativas de países vecinos como Francia y Bélgica, propuso el pasado 8 de junio de 2007 un proyecto de ley planteando la modernización de la Ley de 10 de agosto de 1915 relativa a las sociedades mercantiles ¹⁰³. Se trata de un proyecto complejo y voluminoso que aunque preste especial atención al régimen de la SA y de la SRL, prevé numerosas innovaciones, sin olvidar ninguno de los tipos societarios reconocidos en el Derecho luxemburgués.

Las novedades introducidas por dicho proyecto pueden resumirse en seis apartados que afectan a la constitución y a la nulidad de las sociedades, al funcionamiento de las mismas, a su financiación y a su capital, así como a su transformación, liquidación y disolución ¹⁰⁴. También propone la reagrupación en un único Código de sociedades de las disposiciones del Código Civil relativas a sociedades, así como de las de la Ley de 10 de agosto de 1915, sin duda una iniciativa muy acertada que tal como analizaremos en el epígrafe posterior, han intentado países como el nuestro sin ningún éxito por el momento.

De todas las iniciativas propuestas por este proyecto (sin duda de un gran interés), la que nos interesa a efectos de nuestro estudio es la primera de las que introduce, que, tal como apuntábamos con anterioridad, tiene que ver con la constitución y la nulidad de las sociedades. En este apartado,

¹⁰¹ Buena prueba de ello son, entre otras, la Conferencia celebrada el 5 de abril de 2000 en el salón Lexposia y el coloquio del 21 de enero de 2000 organizado por el Centro de Derecho Mercantil de la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo.

¹⁰² PAILLUSSEAU, J.; «La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés!», *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Editions Dalloz, 1999.

¹⁰³ Este proyecto se conoce como «*le Projet*».

¹⁰⁴ THIELTGEN, N. y BENA, M.; «Projet de modernisation du Droit des sociétés luxembourgeois», *DroitBelge.Net*, actualités, 12 décembre 2007.

y tras plantear la inserción de un nuevo apartado 3.º en el artículo 1.855 del Código Civil luxemburgués que modifique el régimen de las cláusulas leoninas prohibiendo su uso entre socios, el proyecto plantea la posibilidad de introducir una sociedad por acciones simplificada similar a la reconocida por el ordenamiento francés, por lo que las consideraciones planteadas por este proyecto pueden resultarnos de gran utilidad en nuestro estudio. La introducción de este tipo societario en el Derecho luxemburgués se pretende efectuar bajo las mismas premisas del Derecho francés, como son la flexibilidad y gran libertad contractual que caracteriza dicho tipo social, así como el gran éxito alcanzado en la práctica por dicha figura en el ordenamiento francés.

Del proyecto se puede deducir que la denominación que se pretende dar a este tipo de sociedad es idéntica a la adoptada en su día por el Derecho francés. Además, las principales características que propone para las SAS luxemburguesas son también muy similares a las reguladas por el ordenamiento francés. Estas características pueden resumirse en tres: la devolución al presidente de las competencias generalmente atribuidas al consejo de administración en el marco de la SA, una amplia libertad para que los estatutos determinen las decisiones que deban ser tomadas de forma colectiva por los socios de la SAS, así como la forma y condiciones de dichas decisiones, y, por último, un régimen claro y flexible por lo que respecta a las cláusulas relativas a las cesiones de acciones ¹⁰⁵.

Si la propuesta analizada prosperara, supondría sin duda un gran avance para el Derecho luxemburgués, pues este podría beneficiarse, como ya lo hacen otros ordenamientos vecinos, de las múltiples ventajas que como queda probado, supondría flexibilizar su Derecho en muchas ocasiones arraigado a textos arcaicos que poco tienen que ver con la práctica societaria actual.

III. PERSPECTIVA DEL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL

1. Consideraciones generales

Por lo que respecta al ordenamiento español, 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 Sociedades Anónimas, y la de 23 de marzo de 1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), sin perjuicio de otras reformas legislativas complementarias (Cod. de Com, RRM, etc.) ¹⁰⁶. Buena prueba de esta constante necesidad de adaptación la encontramos en la reciente implantación de la SAE. 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 SLNE, no conocemos otras manifestaciones relevantes en el tema que nos

¹⁰⁵ THIELTGEN, N. y BENA, M.; «Projet de modernisation...», *cit.*

¹⁰⁶ Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de sociedades: un balance», en AA.VV.; *Derecho de sociedades...*, *cit.*, págs. 159 *in fine* y 160.

ocupa¹⁰⁷. Teniendo en cuenta que no aludiremos a la tipificación parcial de la sociedad cotizada¹⁰⁸ introducida tras la reforma de la Ley 26/2003, de 17 de julio, que con el fin de reforzar la transparencia¹⁰⁹ de las SA 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 LSA al que aludíamos con anterioridad¹¹⁰, 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.

¹⁰⁷ En este sentido, EMBID IRUJO, J.M.; «La Sociedad Limitada Nueva Empresa en el marco del Derecho español de sociedades», *Revista jurídica del notariado*, núm. 46, abril-junio, 2003, págs. 108 y 109; y, EMBID IRUJO, J.M.; «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa», *RVEH*, núm. 10, I/2004, págs. 188 y 189.

¹⁰⁸ Véase al respecto, EMBID IRUJO, J.M.; «Hacia una mejor regularización legal de la sociedad cotizada», en AA.VV., *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Comares, Granada, 2006, págs. 1 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «Estrategias regulatorias y autonormativas en la modernización del gobierno de las sociedades cotizadas: una aproximación crítica», en AA.VV.; *Régimen jurídico español...*, cit., págs. 13 y ss. y del mismo autor, «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.); *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 55 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G.; «¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.); *El gobierno de las sociedades...*, cit., págs. 25 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.; «La sociedad cotizada como sociedad anónima», en AA.VV.; *Régimen jurídico español...*, cit., págs. 49 a 52 y 64 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; «El reglamento del Consejo», en AA.VV.; *Régimen jurídico español...*, cit., págs. 153 a 156; SÁNCHEZ CALERO, F.J.; «Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho español», *RDBB*, 1991, págs. 909 y ss.; del mismo autor, «La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del Derecho de sociedades», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2001, págs. 96 y ss.; y «Observaciones preliminares al Proto de Ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama», *RdS*, núm. 20, 2003, págs. 31 y ss.; ALONSO LEDESMA, C.; «La reforma de la sociedad cotizada», en ALONSO UREBA-MARTÍNEZ SIMANCAS (directores), *El Derecho del mercado financiero*, vol. V, Editorial Sopec, Madrid, 1999, págs. 3.269-3.347; por lo que respecta a las competencias de sus órganos sociales, MARTÍ LACALLE, R.; «El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas», en EMBID IRUJO, J.M.; *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 101 y ss., y por lo que respecta al modelo de administración, ALONSO UREBA, A.; «El modelo de administración de la SA cotizada en el Código unificado de buen gobierno», en AA.VV.; *Estudios de Derecho de sociedades...*, cit., págs. 159 y ss.

¹⁰⁹ Véase en este sentido, MATEU DE ROS CEREZO, R.; *La Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 13 y ss.; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «El significado de la Ley de transparencia en la modernización del Derecho societario español», *RdS*, núm. 22, 2004, págs. 102 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.J.; «Evolución del Derecho europeo hacia una mayor trascendencia de las sociedades cotizadas ante la pretensión del funcionamiento en la Unión Europea de un mercado único de valores», *RDBB*, año núm. 22, núm. 89, 2003, págs. 419 a 422.

¹¹⁰ Al respecto, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.; «Del texto refundido de la LSA de 1989 a la Ley de transparencia de 2003», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; (coord.); *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 251 y ss.

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

2. El juego de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento 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 solo 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 ¹¹¹.

No obstante y antes de entrar a abordar en los siguientes epígrafes el análisis detallado de las cuestiones apuntadas, nos parece interesante destacar las principales deficiencias u obstáculos que presenta hoy por hoy nuestra legislación en materia societaria. El análisis de dicha cuestión nos permitirá *a priori* no solo 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 reserváramos un espacio dedicado exclusivamente a las tendencias que se vienen imponiendo en la práctica societaria, para intentar con ello motivar un cambio que si bien ha podido producirse en muchos de nuestros ordenamientos vecinos, a pesar de contar con inconvenientes similares a los ya apuntados, también sería posible en el nuestro. 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 solo nuestro Derecho societario sino en general todo el ordenamiento español, es el exceso de regulación y su falta de homogeneidad ¹¹²,

¹¹¹ En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; *La atipicidad en Derecho...*, cit., pág. 78.

¹¹² Véase a este respecto, PASCUA MATEO, F.; «*Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español...*», cit. págs. 45 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; *La atipicidad en Derecho...*, cit., pág. 10; FLORES DOÑA, M.S., FRADEJAS RUEDA, O.M., y GARCÍA VILLAVARDE, R.; «Diez años de constitución, diez años de reformas...», cit., págs. 24 a 28 y 61 y ss., en cuyo estudio se hace patente la diversidad de normas y las constantes reformas a las que se ha visto sujeto el Derecho mercantil español a lo largo de los años.

que unida a las constantes reformas ¹¹³, 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 ¹¹⁴. 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» ¹¹⁵, cuyas capas condicionan la configuración de una concreta sociedad mercantil. En este sentido entran en juego no solo 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 LSA de 1951 y posterior Ley de 1989. En la práctica 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 esta 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 anónima ¹¹⁶.

De un tiempo a esta parte, venimos constatando una demanda mucho mayor del juego de la autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico ¹¹⁷, 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 solo 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 notarios ¹¹⁸, estos cuentan con modelos de estatutos prerredactados o sujetos a formularios que escasa, por no decir nula cabida pueden dar

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Véase en este sentido, el análisis de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles llevado a cabo en el epígrafe IV 3 de la primera parte del presente trabajo.

¹¹⁵ En este sentido, EMBID IRUJO, J.M.; «Autonomía de la voluntad...», *cit.*, pág. 1.633. Del mismo modo, CESARINI SFORZA, W.; *El Derecho de los particulares* (traducido al español por José CALVO GONZÁLEZ), Civitas, Madrid, 1986, págs. 59 y ss., analiza pormenorizadamente los «estratos» de la realidad jurídica.

¹¹⁶ En este sentido, PAZ-ARES, C.; «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades?, en PAZ-ARES, C. (coord.); *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pág. 197 y 198, analiza lo que él llama «la atracción fatal de la anónima» con respecto a la limitada.

¹¹⁷ En este sentido, PAZ-ARES, C.; «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho...», *cit.* pág. 203. Véase igualmente, TENA, R., en *Organización de la empresa familiar...*, *cit.*, pág. 30.

¹¹⁸ Véanse al respecto las consideraciones sobre la función de los notarios efectuadas por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; «Los estatutos de la sociedad anónima y la autonomía de la voluntad», *RD*, 1972, pág. 4, que establece que: «los notarios, además de cumplir su cometido como fedatarios han de articular jurídicamente la voluntad de los otorgantes y a veces

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 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 completo ¹¹⁹. 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 estatutarias ¹²⁰.

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 lleva a cabo

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».

¹¹⁹ En este sentido resultan de un gran interés las consideraciones de ESPIN CÁNOVAS, D.; «Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado», *AUM* (D); XIII, 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».

¹²⁰ A este respecto lleva a cabo un interesante estudio ALFARO ÁGUILA-REAL, J.; «Autonomía privada...», *cit.*, págs. 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».

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" ¹²¹ 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 lo público» ¹²².

Por su parte, el profesor Enrique LALAGUNA apunta al respecto que «la autonomía privada no es solo 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» ¹²³.

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 materia ¹²⁴, 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 ¹²⁵.

¹²¹ Términos empleados por PELLICANI L.; «La ricoperta della autonomia privata», en *Temì della coltura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, pág. 30.

¹²² Véase, DE CASTRO, F.; en «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, núm. 2, 1982, pág. 1.051.

¹²³ Véase, LALAGUNA, E.; «La libertad...», *cit.*, págs. 884 y 885.

¹²⁴ 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.; en *La autonomía privada de las sociedades de capital...*, *cit.*, 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...», *cit.*; EMBID IRUJO, J.M. y MARTÍNEZ SANZ, F., «Libertad de configuración estatutaria...», *cit.* y RUIZ PERIS, J.I.; «Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible...», *cit.*, págs. 1.803 a 1.838, entre otros, apuntan interesantes conclusiones al respecto.

¹²⁵ En este sentido, Resoluciones como la de 4 de mayo de 2005 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 artícu-

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 solo 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.

IV. CAUCES DE APLICACIÓN POSIBLES CON BASE EN 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 en que nuestra legislación nos permite desenvolvemos, puedan resultar efectivas. No

los 68 y 69». Del mismo modo, la Resolución de la DGRN de 4 de febrero de 2003 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».

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 acciones¹²⁶. 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?¹²⁷

Quizás 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. 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.

Además, de acuerdo con las particularidades básicas que presenta el Derecho societario español y tras un previo estudio exhaustivo de las mismas, consideramos que nuestro análisis comparado con la SAS francesa debería llevarse a cabo sobre la base de tres de nuestras figuras societarias: la SA, la SRL y la SLNE, a la que antes hacíamos somera alusión.

La opción de decantarnos por estas tres figuras, habida cuenta del *numerus clausus* de formas mercantiles que rige en nuestro ordenamiento, encuentra su razón de ser en que, tanto a la SA como a la SRL son las figuras con mayor repercusión práctica en nuestro Derecho societario, y la SLNE porque aunque se trate meramente de un subtipo de la SRL general, es el único intento de nueva tipificación gestado por nuestro ordenamiento en los últimos años.

Aunque dicho estudio no pretende recoger un análisis completo de cada una de estas figuras, sí que pretende ofrecer un panorama general de las principales características que permiten identificarlas.

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

A) *Modificación legislativa.*

De las tres opciones planteadas, esta 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 deter-

¹²⁶ Véase al respecto, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; *La atipicidad en Derecho...*, cit., pág. 78.

¹²⁷ Buena prueba de ello es nuestro Código de Comercio en vigor.

minadas 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 sí 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 hoy por hoy todavía no ha visto la luz, como la ya indicada Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa. 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 aquella. 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 esta remite en muchos aspectos de su regulación a la SA, hasta el punto de que algún sector doctrinal abanderado por el profesor PAILLUSSEAU¹²⁸ considerara que en realidad constituía una forma particular de SA. De ahí que, en el origen, quizás 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 de su régimen¹²⁹, sin que ello suponga negar la indiscutible vinculación con la misma.

No obstante, y aunque en el Derecho francés con el fin de eludir las trabas que supondría una modificación del 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, esta 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 la LSRL, que apuntábamos anteriormente, así como el 1.255 del Código Civil 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 DGRN y del Tribunal Supremo (TS), constriñen dicha facultad.

Por lo que respecta a los estatutos de la SA¹³⁰, 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 solo 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 quóruns y mayorías de constitución y adopción de acuerdos, a los derechos de asistencia y representación. Por lo que res-

¹²⁸ PAILLUSSEAU, J.; «La modernisation du droit des sociétés...», *cit.*, págs. 287 y ss.

¹²⁹ Así se pronuncia bajo nuestro punto de vista de forma muy acertada, ESTEBAN VELASCO, G.; «La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación...», *cit.*, págs. 433 y ss.

¹³⁰ Véanse al respecto las consideraciones de DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria...», *cit.*, págs. 27 y ss.; NAVARRO PÉREZ, J.L.; *Ley de sociedades anónimas (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1990, págs. 9 a 12; 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.; *Derecho de sociedades anónimas...*, *cit.*, 99 y ss.

pecta 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 liquidadores¹³¹. Por lo que respecta a los estatutos de las SRL¹³², 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 social¹³³.

¹³¹ Véase en este sentido, ÁVILA DE LA TORRE, A.; *La modificación de estatutos en la Sociedad Anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 133 y ss.; *Dossier práctico Francis Lefebvre, Estatutos sociales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2006, pág. 14.

¹³² A este respecto, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.D.; «La constitución de la sociedad: escritura y estatutos», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 113 y ss.; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A.; «La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; GARCÍA VILLAVARDE, R.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.; ESTEBAN VELASCO, G.; (coords.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995, I*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 171 y ss.; BLANQUER UBEROS, R.; «Escritura y estatutos en la sociedad de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 255 y ss.; GARRIDO DE PALMA, V.M.; *La sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Trivium, Madrid, 1992, págs. 23 a 25. Con carácter histórico también resultan de interés las consideraciones de SALVADOR BULLON, P.; y SALVADOR BULLON, H.; *Comentarios a la Ley de sociedades limitadas*, Madrid, 1958, págs. 56, 57 y 225 y ss., 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.

¹³³ A este respecto véase, QUIJANO GONZÁLEZ, J.; «Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RdS*, núm. 8, 1997, págs. 55 y ss.; *Dossier práctico Francis Lefebvre, Estatutos sociales...*, cit., págs. 14 y 15.

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 absoluta¹³⁴, de modo que solo serán válidas en la medida en que no contravengan las leyes, ni se opongan a los principios configuradores del tipo social de que se trate¹³⁵. 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 DGRN, como de la jurisprudencia del TS, 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 esta 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 estatutos¹³⁶, 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 estas no puedan introducirse porque choquen con esos límites a los que antes aludíamos. De ahí que, a pesar de que los estatutos

¹³⁴ Véase al respecto, Díez-PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., págs. 155 a 157. En este punto el profesor Díez-PICAZO analiza los límites de la libertad contractual, sobre la base de lo dispuesto por el ya citado artículo 1.255 del Código Civil. Recordemos que este 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». Del mismo modo véase, VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites...*, págs. 82 y ss., que analiza detalladamente las particularidades básicas de cada uno de estos límites.

¹³⁵ Así se pronuncian al respecto tanto la Sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm. 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 DGRN 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 (art. 10 LSA)».

¹³⁶ Así lo apunta EMBID IRUJO, J.M.; en «Autonomía de la voluntad, estatutos sociales...», cit.; pág. 1.631 *in fine*.

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 privados¹³⁷, 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 estos 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 otros¹³⁸.

La ventaja clave de los pactos parasociales radica en su carácter absolutamente flexible y positivo, 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 esta 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, estos 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

¹³⁷ A este respecto nos parece interesante destacar la consideración que de los mismos lleva a cabo, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en ALONSO UREBA, A.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; ESTEBAN VELASCO, G.; GARCÍA VILLAVARDE, R.; y SÁNCHEZ CALERO, F.; *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 88, al referirse a los mismos como «pactos que se mantengan secretos». Nos gustaría remarcar especialmente el término de «secreto» utilizado por el profesor DUQUE.

¹³⁸ Véase en este sentido, GIRÓN TENA, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 55.

«meras palabras» y se desconfié de su eficacia para gobernar privadamente la vida de la sociedad ¹³⁹. Por el contrario, los estatutos, al tratarse de un documento público depositado e inscrito en el Registro Mercantil, despliega su eficacia no solo 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 ¹⁴⁰, podemos llevar a cabo una clasificación tripartita de los pactos parasociales ¹⁴¹.

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. Estas podrían identificarse bajo la denominación de pactos de relación ¹⁴².

Siguiendo esta misma nomenclatura, encontramos los que podríamos identificar como pactos de atribución que son aquellos 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, quórums y mayorías... Estos 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.

¹³⁹ En este sentido se pronuncia, PAZ-ARES, C.; «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uria & Menéndez*, núm. 5/2003, pág. 19.

¹⁴⁰ Véase en este sentido, PAZ-ARES, C.; «El *enforcement* de los pactos...», *cit.*, págs. 19 y 20. Del mismo modo y en ocasiones con nomenclatura distinta véase también, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; voz «Pactos parasociales» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, vol. III, Madrid, 1998, pág. 4.715; MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.; «Los pactos parasociales», *AAMN*, núm. 37, 1996, págs. 187 y ss.; MIQUEL RODRÍGUEZ, J.; *La sociedad conjunta...*, *cit.*, págs. 10, 310 y 311; CAMPINS VARGAS, A.; «Derogación singular de los estatutos sociales», *RDM*, núm. 242, 2000, págs. 1.688, 1.689 y 1.704 y ss.; GIRÓN TENA, J.; *Derecho de sociedades...*, *cit.*, págs. 54 y 55.

¹⁴¹ Esta clasificación tripartita se inspira en la elaborada por OPPO, G.; *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1942, págs. 6 a 12.

¹⁴² Siguiendo la nomenclatura que el profesor PAZ-ARES utiliza en, «El *enforcement* de los pactos...», *cit.*, pág. 19 y 20.

Teniendo en cuenta el importante papel que puede llegar a jugar en la práctica societaria, quizás sería conveniente plantearse la posibilidad de dotarlos de eficacia estatutaria a través de mecanismos legales. No obstante, sí 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, estos encuentran expresamente su reflejo normativo ¹⁴³.

Recordemos que este real decreto se dictó en ejecución de la disposición adicional 2.^a, apartado 3.º de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa ¹⁴⁴. 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 aquellos 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, este reconocimiento, a pesar de las opiniones doctrinales en contra ¹⁴⁵, 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 aquellos exclusivamente conocidos por los socios que los suscriben, y que carecen de publicidad registral; y los protocolos familiares inscribibles, que son aquellos 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. Estos son inscribibles en el Registro Mercantil por afectar a la estructura de la sociedad y surten efectos frente a terceros.

¹⁴³ A este respecto véanse las interesantes consideraciones del profesor QUINTANA CARLO, I.; en la ponencia presentada en la I Jornada Argentino-Española sobre mecanismos de organización y coordinación societaria, celebrada en Buenos Aires (Argentina) el día 3 de junio de 2008. En ella el profesor QUINTANA 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, núm. 125. Boletín informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, jueves, 19 de junio de 2008.

¹⁴⁴ 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.; «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar», *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 147 y ss.

¹⁴⁵ Véase en este sentido VIERA GONZÁLEZ, A.J.; «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Real Decreto...», *cit.*, pág. 152, nota a pie de página núm. 12, en la que el profesor VIERA recoge de forma muy acertada algunos de estos pronunciamientos en contra. En este sentido, BARDERAS NIETO, A.; (Director de la Asociación Madrileña de la Empresa Familiar), «Transparencia en la empresa familiar», *Expansión*, 14 de febrero de 2006; «Protocolo familiar, hacia un registro voluntario?», *El Notario*, julio-agosto 2005; «Protocolo y Registro», *Expansión*, 1 de febrero de 2005. Concretamente en este 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 esta opinión no es la compartida por el profesor VIERA, y así lo hace saber en la pág. 152 *in fine* del artículo precitado.

Además, este 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) y 186.5, solo 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 artículo 6 de la antigua LSA de 1951¹⁴⁶, que proclamaba la nulidad de los pactos parasociales¹⁴⁷, y del primitivo artículo 119 del Código de Comercio, a cuyo tenor «los socios no podrán hacer pactos reservados», no se admitía la validez de estos pactos¹⁴⁸. 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, estos 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 1.091 del Código Civil, «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 firmaron¹⁴⁹, 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

¹⁴⁶ Véase al respecto, GARRIGUES, J.; «Fundación de la sociedad», «Art. 6.º Publicidad y personalidad», en GARRIGUES, J. y URÍA, R.; *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 147 a 172.

¹⁴⁷ Véase en este sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; «Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en ALONSO UREBA, A.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; ESTEBAN VELASCO, G.; GARCÍA VILLAVARDE, R.; y SÁNCHEZ CALERO, F.; *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 88. No obstante sí 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.º...», cit., págs. 156 a 158.

¹⁴⁸ MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.; «Los pactos...», cit., pág. 200 y 201.

¹⁴⁹ A este respecto resultan de gran interés las consideraciones de Díez-PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., págs. 140 y ss.; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.; *El contrato. Estructura, formación y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 18 y 19; así como del mismo autor, *Curso de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 157 y ss.

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 SRL¹⁵⁰, 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 por 100 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 estadísticas¹⁵¹, en un plazo de seis años aproximadamente desde su reconocimiento el número de SAS constituido se multiplicó por 25¹⁵².

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 limitada¹⁵³ y de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las sociedades anónimas¹⁵⁴. Históricamente la figura de la SA alcanzó un extraordinario desarrollo en la práctica, en detrimento de la SRL que era una figura claramente infrutilizada. 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 1953¹⁵⁵. No obstante, en la práctica se constata que cuando la anónima empieza a endurecer sus exigencias reservándose para empresas de gran envergadura, esta pierde su importancia, dejando paso a una SRL mucho más flexible, capaz de adaptarse a estructuras de pequeña o mediana envergadura. De ahí que hoy por hoy, la SRL sea uno de los pilares fundamentales de nuestro panorama societario actual.

Con el siguiente cuadro comparativo podemos hacernos una idea global de las particularidades básicas del Derecho francés, en relación con dos de las sociedades de capital también existentes en el Derecho español. A este cuadro comparativo hemos añadido la SAS con el fin de aportar una

¹⁵⁰ Véase al respecto el estudio llevado a cabo por RUIZ PERIS, J.I.; «La société a responsabilité limitée en Espagne», *Rev. Soc.*, núm. 1, Dalloz, enero-marzo, 1996, págs. 37 a 53.

¹⁵¹ Véanse al respecto las estadísticas analizadas en el epígrafe I introductorio, del II capítulo de la segunda parte del presente trabajo.

¹⁵² ROUZEAU, L.; *Evolution statistique de la SAS*, núm. 269, Bull. Joly, 2002, pág. 1.263.

¹⁵³ SALVADOR BULLÓN, P. y SALVADOR BULLÓN, H.; *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 7 y ss., y 89 y 90.

¹⁵⁴ Véanse al respecto, GARRIGUES, J.; «Introducción», en GARRIGUES, J. y URÍA, R.; *Comentario a la Ley...*, cit., págs. 11 y 12; RUBIO, J.; *Curso de Derecho de...*, cit., pág. 11; GIRÓN TENA, J.; pág. 14.

¹⁵⁵ Véase al respecto, ESTEBAN VELASCO, G.; «Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación», *RdS*, núm. 2, 1994, págs. 135 a 137.

visión general del panorama existente, teniendo en cuenta que a estas tres sociedades corresponde desde la normativa de finales de los años 90, el papel principal y predominante de las sociedades que no hacen llamamiento al ahorro público en el ordenamiento jurídico francés.

PARTICULARIDAD	SA	SAS	SRL
Núm. de accionistas	Mínimo 7 accionistas.	1 accionista (desde julio de 1999 con la creación de la SASU).	Mínimo 2 accionistas (1 si se constituye como EURL).
Capital social	37.000 €. 225.000 € si la sociedad hace llamamiento público al ahorro.	Con la nueva Ley de modernización de la economía la exigencia de capital se suprime.	7.500 €. Liberación inmediata de 1/5 del capital, y del resto en los 5 años siguientes.
Posibilidad de llamamiento público al ahorro	Sí. (En cuyo caso ver supuesto anterior.)	No.	No.
Aportaciones en industria	No. (Para la SAS con la nueva Ley de modernización de la economía sí es posible.)		Posibilidad de llevar a cabo aportaciones en industria.
Dirección	Persona física y consejo de administración o director y consejo de vigilancia.	Presidente. (Sea persona física o jurídica y sea o no socio.)	Gerente. (Persona física, sea o no socio.)
Responsabilidad de los socios	Limitada al montante de sus aportaciones.		
Régimen fiscal	Mismo Impuesto sobre Sociedades, TVA ¹ ...		
¹ La <i>taxe sur la valeur ajoutée</i> (TVA) es un impuesto similar al IVA español. Se trata de un impuesto general sobre el consumo que grava directamente los bienes y servicios franceses.			

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 solo 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 el 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 capi-

tal mínimo. Junto con esta 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 SA ¹⁵⁶, 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 empresas ¹⁵⁷, 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

¹⁵⁶ Tal como apunta muy acertadamente el profesor ESTEBAN VELASCO en «La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés...», *cit.*, pág. 441.

¹⁵⁷ 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, DOL 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.

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 flexibilidad ¹⁵⁸. 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. Quizás 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 esta, 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 dista 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 euros y máximo de 120.020 euros, la SAS no exige un capital mínimo.

¹⁵⁸ Véase en este sentido, VALPUESTA GASTAMINAZA, E.M.; *La sociedad nueva empresa...*, cit., págs. 13 a 16; EMBID IRUJO, J.M.; «La Sociedad Limitada Nueva Empresa...», cit., págs. 108 y 109; y, EMBID IRUJO, J.M.; «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada...», cit., págs. 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.

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

V. VIABILIDAD EFECTIVA A LA LUZ DE LAS PREMISAS APUNTADAS

Una vez analizados los posibles cauces de aplicación de las principales ventajas que ofrece la SAS con base en las peculiaridades de nuestro ordenamiento, así como las formas societarias que podrían resultar más adecuadas basándose en 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 solo 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, estos serían de difícil solución a la luz de la normativa existente en nuestro país.

Tal como apuntábamos en el epígrafe precedente, 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, estos 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 SA¹⁵⁹. 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 hoy por 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 la primera parte del presente trabajo. Aunque los intentos han sido valiosos, si hacemos un balance de nuestro ordenamiento constatamos que estos 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. Quizás 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 moti-

¹⁵⁹ Véase en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G.; «La nueva sociedad por acciones simplificada...», *cit.*, pág. 441.

vos de su texto regulador, es lo suficientemente amplio en la SRL, esta 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 el 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 centrará ahora 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 SRL, 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 con base en nuestra SRL, encuentra una vía de aplicación similar a través de las iniciativas adoptadas en orden a configurar un modelo de sociedad privada europea ¹⁶⁰. Si esta podría ser la base del modelo de una futura SPE ¹⁶¹, ¿por qué no serlo de un subtipo de nuestra SRL?

No cabe duda de que nuestro ordenamiento se ha caracterizado por una dualidad de modelos societarios ¹⁶² abanderados tradicionalmente por la SA ¹⁶³, que dominaron y siguen dominando nues-

¹⁶⁰ Véase al respecto el estudio de esta figura llevado a cabo en el capítulo III 1 B) del capítulo I de la presente tesis.

¹⁶¹ Esta posibilidad ya es apuntada por PÉRIN, P.L.; en *La société par actions...*, cit., pág. 16. Véase del mismo modo, la Proposición de Reglamento europeo elaborado por un grupo de trabajo presidido por BOUCOURECHLIEV, J. y FIELD, B. y titulado, «Société privée européenne, une société de partenaires», CCIP y CNPF, septiembre 1998; y los estudios del CREDA, «La société fermée européenne», 1997; ANSA, 1998, doc. núm. 2921; así como, OUTIN-ADAM, A. y SIMON, J.; «Pour une société privée européenne», Bull. Joly, marzo 1999, pág. 337; y, COLOMBANI, J.L.; «La société par actions simplifiée sera-t-elle un motear pour la société européenne?», *Petites affiches*, 29 de marzo de 1999, pág. 7 y ss.

¹⁶² Véase en este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español...», cit., pág. 7.

¹⁶³ 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 infrutilizada. 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 por 100 de las sociedades de capital que se constituyen actualmente en

tro panorama empresarial ¹⁶⁴ 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 socios ¹⁶⁵ en el Derecho de sociedades, aprovechando la experiencia de una figura consolidada y con regulación propia como es la SAS.

No obstante, sí que es cierto que a pesar de la flexibilización característica de la SAS, también tiene carencias relevantes; en este sentido, su regulación previa al uso generalizado de las técnicas de la informática hace que no se prevea 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, que prevé la SLNE y que sin duda resultan un gran acierto. A la hora de entrar a debatir estas cuestiones, volveremos a valorar la conveniencia de adaptar estas ventajas que ofrece la SLNE.

Sin duda alguna, la principal ventaja que ofrece la SAS es la posibilidad de configurar un órgano de administración totalmente a la medida de sus socios, así como definir libremente las condiciones de las decisiones de los mismos, todo ello unido a una gran libertad estatutaria ¹⁶⁶.

No obstante, y por lo que respecta a las reglas de representación de la SAS, así como a las relativas al capital y a la emisión de acciones, resultan mucho más rígidas que en otras formas societarias. A pesar de ello, sus ventajas son mucho mayores a sus inconvenientes. Además, parece seguro que con la nueva propuesta de flexibilización contenida en la Ley de modernización de la economía núm. 2008-776 ¹⁶⁷ de 4 de agosto de 2008, que entró en vigor el pasado 1 de enero, todos estos obstáculos se ven de sobra salvados ¹⁶⁸. Esta nueva reforma propone un claro avance de la libertad sobre

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. en *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 29.ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 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. 16 *in fine* y 17.

¹⁶⁴ 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 ...?*, 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 ...?*, cit., págs. 89 y ss.

¹⁶⁵ 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.; «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL», en PAZ-ARES, C. (dir.); *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 163 y ss.

¹⁶⁶ En este sentido resultan de interés las cuestiones planteadas por CHARVÉRIAT, A.; «La reffronte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme?», *Option Finance*, núm. 556, 12 de julio de 1999, pág. 25; PÉRIN, P.L.; *La société par actions...*, cit., pág. 11; ATTAR, F. y TOURNU, O.; *La société par actions simplifiée*, Editions du puits fleuri, St. Just-La-Pendue (France), mars, 2000, págs. 26 y ss.

¹⁶⁷ ECEX0808477L.

¹⁶⁸ Véase, HOVASSE, H.; «Bientôt la société par actions très simplifiée», *Droit des sociétés*, LexisNexis JurisClasseur, núm. 6, juin 2008, pág. 6.

el orden público ¹⁶⁹. La nueva Ley de modernización de la economía propone ir todavía más lejos en lo que a flexibilización de la SAS se refiere.

Esta nueva e interesante reforma vuelve a abrir el debate de esa necesaria flexibilización y adecuación del Derecho societario español a la efectiva práctica societaria.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Sin dejar de ser una constante en la evolución del Derecho de sociedades, en los últimos años se ha incrementado en todo el mundo, con particular incidencia en algunos países de la Unión Europea, el propósito de configurar de manera más flexible dicha disciplina jurídica. Tal cosa se constata, de manera destacada, en la aparición de nuevas figuras de sociedades que sobre la base de modelos consolidados, han intentado dar mayor relieve a la autonomía de la voluntad de los socios. La finalidad primordial perseguida por estas nuevas formas societarias es, junto con la posibilidad de incrementar su competitividad en el mercado, la de adaptarse con mayor facilidad a las continuas y no siempre fáciles de prever necesidades de la explotación empresarial.

SEGUNDA. En este sentido, y sin entrar a valorar el éxito alcanzado por las nuevas figuras de sociedades, algunos ordenamientos como el francés y el alemán fueron pioneros en configurar nuevas formas societarias afines a la anónima. Del mismo modo que el Derecho inglés o el italiano, e incluso nos atrevemos a decir también el español, lo hicieran años después a través, esencialmente, de la modificación de algunos aspectos del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada. Junto a ellos, no hay que olvidar fuera del ámbito europeo la experiencia del Derecho americano, exponente por excelencia en lo que a flexibilización societaria se refiere.

TERCERA. A pesar del momento de crisis económica que atravesamos, en el cual vuelven a aparecer las opiniones favorables a una regulación más detallada de naturaleza imperativa, el proceso de flexibilización del Derecho de sociedades sigue su desarrollo a través de proyectos como el del ordenamiento luxemburgués, que basándose en las propuestas de ordenamientos vecinos, como el francés o el belga, abogan por ese criterio en un intento de modernización de su Derecho societario.

Todo ello unido a la adopción del estatuto de la SAE por los diversos países comunitarios, y a los proyectos de adopción de una nueva sociedad privada europea, no hacen más que corroborar esa necesaria renovación de formas societarias, capaces de adaptarse a las necesidades prácticas de los futuros socios.

CUARTA. De entre las figuras representativas de las tendencias flexibilizadoras, y dado el éxito alcanzado por la misma, nuestro trabajo se ha centrado en la SAS francesa que se presenta, hoy por hoy, como un gran avance para el Derecho francés, ya que es la primera vez que se admite la

¹⁶⁹ En este sentido, HOVASSE, H.; «Bientôt la société par actions...», cit., pág. 6.

constitución de una sociedad mercantil unipersonal en la cual el capital social está dividido en acciones. Si a esto le sumamos la libertad dejada a los estatutos por el texto legal para organizar el régimen interno de la sociedad, así como la supresión de las condiciones necesarias para ser socio y el capital mínimo requerido, no resulta demasiado difícil comprender el éxito alcanzado por esta figura. De este modo se constata a través de estadísticas la importancia que esta sociedad cobra en la práctica entre los empresarios franceses.

QUINTA. Aunque en España no contamos con un modelo similar a la SAS, la experiencia demuestra que la significación práctica y el éxito de la SRL, se hallan en buena medida en función directa, no tanto de su propio texto regulador, sino de la mayor o menor flexibilidad que revista el Derecho regulador de la anónima. Allá donde 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 contra, el régimen de la anónima endurece sus exigencias, para reservarse solo para la gran empresa (caso de la LSA de 1989), la limitada se expande.

SEXTA. Sobre la base de dicha premisa, el presente estudio ha intentado analizar previamente y de forma pormenorizada las peculiaridades propias de la sociedad por acciones simplificada introducida por el Derecho francés. La opción de decantarnos por este ordenamiento no responde a razones aleatorias, ya que la experiencia demuestra la efectividad con la que se ha implantado esta figura en Francia. Es más, la finalidad con la que abordamos en origen este estudio va más allá de un simple análisis y recogida de datos. El presente estudio se concibe con la intención de adquirir un conocimiento detallado de esta figura que permita valorar las ventajas que la introducción de la misma ha supuesto para el ordenamiento francés, y la posibilidad de adaptar una figura de similares características al ordenamiento español.

SÉPTIMA. La SAS se puede crear por vía de constitución o por transformación de una sociedad existente. Por lo que respecta a su constitución, rigen a grandes rasgos las mismas reglas que las requeridas para las SA, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 227-1 del Código de Comercio francés.

A pesar de su carácter flexible y simplificado, la SAS no puede hacer llamamiento público al ahorro, lo cual la convierte en este aspecto en una sociedad cerrada. No obstante, sus socios, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, gozan de una gran autonomía en aras de configurar la forma social que más se adapte a sus necesidades, y su capital social, que habrá de ser en principio suscrito íntegramente, deberá ser igual o superior a 37.000 euros. Esta exigencia se suprime con la nueva Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008, favoreciendo aún más la constitución de este tipo de sociedades. Además pueden efectuarse aportaciones susceptibles de valoración económica o *in natura*, y tras la nueva Ley de modernización de la economía, también de industria. Por lo que respecta tanto al valor nominal de las acciones, como a la determinación de su duración y domicilio social, deben mencionarse en los estatutos, que sin duda junto con los socios, son una de las piezas clave de esta forma social, dada la libertad dejada por los mismos para organizar el funcionamiento de la misma.

OCTAVA. Por lo que respecta a su funcionamiento y gestión, los estatutos fijan libremente sus condiciones. Los socios disponen de vía libre para configurar los órganos sociales y distribuir entre

ellos sus competencias, con el único límite de un órgano necesario, el del presidente. Bajo esta premisa hay un amplio abanico de posibilidades, en función de los objetivos perseguidos por los socios fundadores de la SAS, tomando como base que no hay una organización legal de poderes como en la SA.

Además, como cualquier otra forma social, la SAS puede verse inmersa a lo largo de su existencia, en una serie de modificaciones respecto de su concepción inicial. Estas modificaciones pueden ir desde simples aumentos, reducciones o amortizaciones de capital, sujetas por lo general a las mismas disposiciones de la SA, hasta supuestos de mayor envergadura como la transformación, la fusión o escisión y la disolución y liquidación de la misma que entrañará según los casos y tal como analizamos en el trabajo, consecuencias y efectos distintos. Con todo, en el marco de las modificaciones estructurales de la SAS decae el principio de autorregulación, para adquirir nueva significación un tratamiento clásico, basado, sobre todo, en normas imperativas.

NOVENA. La experiencia del ordenamiento francés nos ha permitido situarnos en un primer peldaño de nuestro estudio. Sobre la base de un modelo consolidado, y el recurso a la autonomía de la voluntad que permita flexibilizar nuestro Derecho societario y hacerlo de este modo más adecuado a las exigencias prácticas, podría plantearse la posibilidad de permitir la entrada de alguna figura de características similares que sin duda podría resultar un gran acierto para el ordenamiento español.

No obstante, tal como indicábamos en nuestro estudio, ni la mayor demanda del juego de la autonomía de la voluntad por el tráfico jurídico, ni la clara tendencia desreguladora a la que hemos venido asistiendo de unos años a esta parte, es en ocasiones la vía más acertada, ya que aunque positiva, esta se sujeta a unos necesarios límites que en momentos de inestabilidad económica como los que ahora atravesamos, todavía se hacen más patentes.

DÉCIMA. Con base en dichos límites y a las particularidades básicas de nuestro Derecho societario, concluimos tres cauces de aplicación para la posible introducción en nuestro ordenamiento, no solo de cualquier cláusula que permita dar cabida a la autonomía de la voluntad de los socios, sino también de cualquier posibilidad de adopción de una nueva forma societaria.

El primero aboga por una modificación legislativa que, aunque posible y sin duda recomendable, sería la vía más complicada. El segundo, plantea acudir a la vía estatutaria, que aunque en la práctica parece ser la más adecuada plantea un inconveniente clave, su relativa flexibilización, no comparable a la ofrecida por ejemplo por el Derecho francés. El tercer y último cauce se materializa en los llamados pactos parasociales, que salvando la previsión estatutaria, parecen ser la vía más factible de introducción de dichas cláusulas, a pesar de que también presentan inconvenientes bien conocidos, en términos generales.

DECIMOPRIMERA. Una vez analizados los posibles cauces de adopción, nuestro interés se centra en determinar de todas las formas societarias existentes en nuestro Derecho, aquella que consideramos más adecuada o bajo cuya reglamentación nos parece más factible cualquier intento de flexibilización.

Tras un somero análisis comparativo de nuestras principales figuras societarias con la SAS francesa, concluimos que la SRL sería la forma más adecuada de adopción en aras de configurar un modelo flexible de sociedad, al que pudieran atribuírsele algunos de los beneficios que presenta la SAS.

DECIMOSEGUNDA. No obstante y después de un detallado estudio no solo del ordenamiento francés y en especial de la SAS, sino también de nuestro propio ordenamiento, sí que hay que precisar que ni la SAS resulta la panacea absoluta en lo que a formas societarias se refiere, ni la SRL del Derecho español plantea tantos inconvenientes como en ocasiones se señala.

El estudio comparativo realizado demuestra que hay algunos aspectos de nuestra SRL que pueden resultar mucho más atractivos que los de la SAS, en especial y a pesar de las críticas suscitadas por esta figura y su escasa repercusión práctica, tras la regulación de la SLNE. No obstante, no hay que olvidar que con la nueva regulación de la SAS contenida en la nueva Ley de modernización de la economía, esta figura podrá seguramente alcanzar cotas de flexibilidad hasta ahora desconocidas.

DECIMOTERCERA. A la luz de la normativa vigente en el momento de redactar estas líneas, la principal ventaja que puede ofrecernos la SAS radica en la posibilidad de configurar un órgano totalmente a la medida de sus socios, así como la posibilidad de definir las condiciones de las decisiones de los mismos. Todo ello unido a una gran libertad estatutaria, la convierten en un referente a seguir.

Sin embargo, y en contrapartida nuestra LSRL también puede ofrecernos ventajas a tener en cuenta a la hora de configurar un modelo que se adapte con facilidad a las necesidades de la práctica empresarial. Aunque el modelo de la SLNE, en concreto, ha merecido serios reparos doctrinales en algunos apartados, hay otros de su régimen jurídico, como el uso generalizado de medios informáticos, la constitución y comunicación por vía telemática, así como la previsión de estatutos orientativos cuya calificación debe realizarse por el registrador en un plazo de 24 horas, que han de valorarse muy positivamente y que, hasta el momento, no son posibles en el marco de la SAS.

DECIMOCUARTA. Dada la amplitud de la materia a tratar, nuestro estudio se ha centrado en determinar *grosso modo*, las peculiaridades básicas de unos tipos societarios (nos referimos en este sentido a nuestra SRL y SA), y otro (la SAS), para determinar cuáles de ellas pueden resultar más ventajosas o podrían gozar de una mejor acogida por parte de la práctica societaria.

En este sentido hemos diferenciado tres aspectos a tener en cuenta que se plasman en tres momentos concretos de la vida de la sociedad, su constitución, la organización de la misma y sus modificaciones estatutarias, estructurales y extinción.

El análisis de muchos de los aspectos que antes apuntábamos nos permite constatar que la flexibilidad del tipo y la consiguiente libre determinación de cláusulas resultan especialmente favorables en determinados momentos de la vida societaria, sobre todo en lo que a sus fases de constitución u organización se refiere. En otros, nos referimos con ello a los supuestos de modificación

estructural o extinción de la misma, no es tan evidente que la flexibilidad sea, en términos generales, tan beneficiosa.

No obstante y aunque encontramos bastantes similitudes en lo que respecta al régimen jurídico de nuestras figuras societarias y la SAS, la especial caracterización de esta última permitiendo una mayor participación por vía estatutaria, que deja un radio de acción mucho más amplio, en ocasiones puede resultar discutible.

DECIMOQUINTA. Con ello podemos concluir que la flexibilidad tipológica y simplificación que tan ampliamente hemos analizado a lo largo de nuestro estudio y por la cual sin duda abogamos, resulta sin duda beneficiosa y buena prueba de ello la encontramos en las diversas manifestaciones e intentos que a nivel comunitario se vienen llevando a cabo.

Pero en contrapartida valoramos también la opinión opuesta que proyectos como la *Small Business Act* propugnan para las PYMES, que sostiene una postura bien distinta.

Quizás las circunstancias de la crisis económica por la que actualmente atravesamos 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, solo puede conseguirse flexibilizando y adecuando los en ocasiones arcaicos textos reguladores y modelos implantados en los diversos ordenamientos jurídicos.

DECIMOSEXTA. 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. Esta 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 este 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 esta 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.

DECIMOSÉPTIMA. 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.

Bibliografía

- ABRIANI-MARCO MALTONI, A.; «Elasticità organizzativa e reparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata», *RDS*, núm. 2/2007.
- 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, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.; «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, T. XLVI, fascículo I, enero-marzo 1993.
- «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, 308, 4/2005, Barcelona, octubre 2005.
- AZARIAN, H.; *La société par actions simplifiée. Création, fonctionnement, évolution*, Litec NexisLexis, 2.ª ed., Paris, 2007.
- BACHMANN, G.; «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, (2008), issue núm. 9, 1 september 2008.
- BECK, U.; *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R.; «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 núm. 25, núm. 102, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BEURSKENS, M. y NOACK, U.; «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, (2008), issue núm. 9, 1 september 2008.
- BOLAS ALFONSO, J.; «La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada», *RDP*, 1996.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.); *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- DE KLUIVER, H.J.; «Toward a simpler and more flexible law of private companies –A new approach and the Dutch experience–», *ECFR*, 1/ 2006.
- DÍEZ-PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Pamplona, 2007.

- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E; y MORALES, A.M.; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- EMBID IRUJO, J.M. y MARTÍNEZ SANZ, F.; «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital», *RdS*, núm. 7, 1996.
- EMBID IRUJO, J.M.; «A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada», *RDS*, 2/2007.
- ESPINA, D.; *La autonomía privada de las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- ESTEBAN VELASCO, G.; «La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial», *RVEH*, núm.8, II/2003.
- «Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea», *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), núm. 29, septiembre-diciembre 2001.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; GARCÍA VILLAVARDE, 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, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977.
- GARCÍA MANDALONIZ, M.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el diván: el diagnóstico de la «personalidad múltiple». Desde el nacimiento de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ; F.J.; «La Sentencia Centros el *status quaestionis* un año después», *NUE*, núm. 195, 2001.
- GARRIDO DE PALMA, V.M.; «La sociedad de responsabilidad limitada en sus principios configuradores», en AA.VV.; *Derecho de sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, Madrid, 2002.
- GIRÓN TENA, J.; *Derecho de sociedades anónimas*, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, mayo 1952.
- GIRÓN TENA, J. (dir.); *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*; Sección de publicaciones e intercambio, Universidad de Madrid, Madrid, 1978.
- GONDRA, J.M.; *Derecho mercantil*, tomo I, vol 1.º, Servicio publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.
- HOMMELHOFF, P.; «Die Europäische Privatgesellschaft am beginn ihrer normierung», *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Zentrum für europäisches wirtschaftsrecht*, núm. 163, Bonn, 2008.
- LALAGUNA, E.; «La libertad contractual», *RDP*, 1972.
- LARGO GIL, R.; «La constitución de la sociedad anónima europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», *RdS*, núm. 18, 2002-1.
- MENEZES CORDEIRO, A.; *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005. *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2001.

- OLIVENCIA RUIZ, M.; «Rasgos definatorios del tipo de sociedad de responsabilidad limitada», en AA.VV.; *Nuevo régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Fundación El Monte, Sevilla, 28 y 29 de enero de 1998.
- PAULEAU, C.; *El régimen jurídico de las «Joint Ventures»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- PAZ-ARES, C.; «Por un Derecho de sociedades reflexivo», *Expansión*, 25 de mayo de 2002.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.; «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, 2007.
- RUIZ PERIS, J.I.; «Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo», *RDM*, núm. 226, Madrid, 1997.
- SAINTOURENS, B.; «Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie», *Rev. Soc.*, núm. 3, juillet/septembre 2008.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J.; *En el proemio al libro Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2005.