

b 19459385

l 21618288

CB 000210517

BID. T 6861

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont"



Libertad Contractual y Flexibilidad Tipológica en el Moderno
Derecho Europeo de Sociedades: Especial Referencia a la
Sociedad por Acciones Simplificada Francesa.

TESIS DOCTORAL

Presentada por:
Linda Navarro Matamoros

Dirigida por:
Dr. D. José Miguel Embid Irujo

Valencia, abril de 2009.

UMI Number: U607551

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607551

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

ÍNDICE:

PRIMERA PARTE PERSPECTIVAS E INTENTOS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN EUROPA.

CAPÍTULO I TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.

I.- INTRODUCCIÓN.....	12
1.- Consideraciones generales.....	12
2.- La Unión Europea como escenario privilegiado de los procesos de flexibilización societaria: la jurisprudencia del Tribunal europeo sobre libertad de establecimiento.....	19
II.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LIBERTAD CONTRACTUAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DE SOCIEDADES.....	29
III.- ESTADO ACTUAL EN EUROPA: PREDOMINIO DE UNA TENDENCIA A LA FLEXIBILIDAD EN EL DERECHO DE SOCIEDADES.....	37
1.- Figuras aparecidas en el marco de la Unión Europea.....	39
A) La Sociedad Anónima Europea.....	40
a) Aproximación a la figura.....	40
b) Normativa base aplicable.....	43
c) Perspectivas y experiencia de la Sociedad Anónima Europea.....	47
B) La sociedad privada europea.....	53
a) Aproximación a la figura y propuestas de adopción.....	53
b) Perspectivas y viabilidad efectiva.....	57

2.- El Derecho societario alemán. La pequeña sociedad por acciones alemana.....	58
3.- El Derecho inglés. La <i>Limited Company</i>	62
4.- Breve referencia al Derecho societario de Estados Unidos.....	69
5.- El Derecho italiano. La sociedad de responsabilidad limitada tras la reforma del Derecho societario italiano.....	79
6.- El Derecho francés. La <i>société par actions simplifiée</i>	82
7.- Nuevas propuestas de flexibilización. El Derecho luxemburgués.....	85
IV.- APUNTES SOBRE LA TIPOLOGÍA SOCIETARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	88
1.- Nueva tipificación en Derecho español. La Sociedad Limitada Nueva Empresa.....	91
2.- Figuras consolidadas en el ordenamiento español. Apuntes generales sobre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.....	94
3.- Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles.....	100

DEUXIÈME PARTIE
LE DROIT DES SOCIÉTÉS FRANÇAIS. ANALYSE DE LA SOCIÉTÉ PAR
ACTIONS SIMPLIFIÉE COMME MODÈLE DE FLEXIBILISATION
TYPOLOGIQUE.

CHAPITRE 2
LE DROIT DES SOCIÉTÉS FRANÇAIS.

I. INTRODUCTION. APPROCHE AU PANORAMA SOCIÉTAIRE FRANÇAIS.....	106
--	-----

II.- RÉGIME GÉNÉRAL DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES FRANÇAISES.....	120
1.- Règlements du Droit sociétaire français.....	120
A) Règlements antérieurs à 1966.....	120
B) La réforme de 1966.....	121
C) Les textes postérieurs.....	123
D) L'influence du droit européen des sociétés.....	127
2.- Singularité et tendances actuelles du Droit des sociétés français...138	
A) Flexibilisation du droit des sociétés français.....	139
B) Extension du droit des sociétés.....	140
3.- Caractères fondamentaux des sociétés commerciales françaises....142	
A) Pluralité d'associés.....	143
B) Apports sociaux.....	144
C) La participation aux résultats.....	145
a) La participation dans les bénéfices.....	146
b) Contribution aux pertes.....	147
c) Interdiction des clauses léonines.....	148
D) <i>L'affectio societatis</i>	150
4.- Le contrat de société.....	151
A) Conditions de fond.....	151
B) Les conditions de forme.....	154
C) Les sanctions.....	159
5.- La personnalité morale des sociétés.....	161
III.- LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX.....	163
1.- Introduction. Les différents types de sociétés.....	163
2.- Origine et chronologie de ces textes normatifs.....	167
3.- Particularités propres des sociétés de capital.....	169
A) Les sociétés par actions.....	171
a) La société anonyme.....	172
a') Introduction. Approche à la figure.....	172
b') La constitution de la société anonyme.....	173
a'') Conditions de fond.....	174

b'') Conditions de forme.....	177
c') La gestion de la société anonyme.....	181
d') L'organisation des sociétés anonymes.....	185
b) La société en commandite par actions.....	186
a') Présentation de la société.....	186
b') Constitution.....	187
c') Fonctionnement.....	188
B) La société à responsabilité limitée.....	189
a) Introduction.....	189
b) Avantages et inconvénients de la société de responsabilité limitée.....	191
a') Avantages de la SARL.....	191
b') Inconvénients de la SARL.....	192
c) Constitution de la société à responsabilité limitée.....	193
a') Conditions de fond.....	194
b') Conditions de forme.....	196
d) Fonctionnement de la société à responsabilité limitée.....	197
e) Régime fiscal.....	198

CAPÍTULO III LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

I.- APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA COMO ESTRUCTURA MÁS FLEXIBLE DEL DERECHO DE SOCIEDADES FRANCÉS.....	199
---	-----

1.- Orígenes de la sociedad por acciones simplificada.....	199
2.- Evolución reciente del régimen jurídico de la sociedad por acciones simplificada.....	205
3.- Razones del creciente interés despertado por esta figura en detrimento de otras formas societarias.....	207
4.- Ventajas e inconvenientes de la sociedad por acciones simplificada.....	210
A) Ventajas.....	210

B) Inconvenientes.....	211
------------------------	-----

II.- ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.....212

1.- Constitución de la sociedad por acciones simplificada.....	213
A) Condiciones de constitución de una SAS.....	214
a) Socios.....	214
b) Capital social.....	217
a') Montante del capital.....	217
b') Suscripción del capital.....	218
c) Aportaciones.....	218
d) Acciones.....	220
e) Prohibición de apelación pública al ahorro.....	220
f) Denominación social.....	221
g) Duración.....	222
e) Domicilio social.....	222
B) Estatutos.....	224
C) Formalidades relativas a la publicidad.....	228
D) Obligación de registrar el contrato de sociedad desde el punto de vista fiscal.....	232
2.- Funcionamiento y gestión de la SAS.....	233
A) Administración.....	233
a) Órganos de dirección.....	235
a') Dirección única.....	235
b') Órgano colegiado.....	235
b) Acceso a dichas funciones.....	236
c) Designación.....	238
d) Remuneración.....	239
e) Duración de las funciones.....	242
f) Responsabilidad.....	243
B) Las decisiones colectivas.....	244
C) Los controles de dirección de la SAS.....	247
3.- Acciones y accionistas de la Sociedad Anónima Simplificada.....	248
A) Los derechos de los accionistas.....	249
a) Derecho de intervención en la vida social.....	249
a') El derecho de información de los socios.....	250
b') Derecho de voto.....	250
c') Derecho de participación en las decisiones colectivas.....	251

d') Derecho de ejercer las acciones judiciales pertinentes..	252
b) Los derechos económicos.....	253
B) El control de las acciones como límite a la libertad de los socios.....	254
a) El control de la participación en la sociedad: las cláusulas de exclusión.....	256
b) La cesión de las acciones.....	256
a') La cláusula de intransmisibilidad.....	257
b') Las cláusulas de consentimiento de los socios para la cesión de las acciones.....	258
c') Otras cláusulas estatutarias.....	259
4.- Modificaciones estructurales y extinción de la sociedad.....	261
A) Transformación.....	262
a) Condiciones de la transformación.....	263
b) Modalidades de la transformación.....	265
c) Efectos de la transformación.....	265
B) Fusión y escisión.....	267
a) Tipología de las operaciones de fusión y escisión.....	267
a') La fusión.....	267
b') La escisión.....	268
b) Régimen jurídico de la fusión y de la escisión.....	268
a') Preparación.....	268
b') Realización.....	270
c) Consecuencias de la fusión y de la escisión.....	272
C) Disolución.....	274
a) Causas legales.....	274
b) Disposiciones convencionales.....	275
a') Acción de disolución por justa causa.....	275
b') Decisión de disolución anticipada.....	276
c') Cláusulas estatutarias.....	277
c) Efectos de la disolución.....	278
D) Liquidación.....	281
a) Generalidades.....	281
b) Publicidad.....	282
c) El liquidador.....	282
d) Desarrollo de las operaciones de liquidación.....	284
e) Reparto del beneficio resultante.....	285
f) Finalización de la liquidación.....	285
g) Exclusión del Registro mercantil y de sociedades.....	286
h) Efectos de la liquidación.....	286

**III.- FORMAS PARTICULARES DE SOCIEDAD ANÓNIMA
SIMPLIFICADA.....287**

1.- La sociedad anónima simplificada unipersonal (SASU).....287

- A) Características esenciales.....288
- B) Particularidades relativas a su funcionamiento.....289
- C) Disolución de la SASU.....290

2.- La sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada
(SELAS).....291

- A) Aproximación a la figura.....291
- B) Adquisición de personalidad jurídica.....293
- C) Denominación y domicilio de la sociedad.....294
- D) Presidencia de la SELAS.....294
- E) La SELAS como soporte de la SPFPL.....295

TERCERA PARTE

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

CAPÍTULO IV

**ANÁLISIS PRELIMINAR DE LOS CAUCES DE APLICACIÓN EN
DERECHO ESPAÑOL.**

I.- INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES.....296

II.- CAUCES DE APLICACIÓN POSIBLES EN BASE A LAS
PECULIARIDADES DE NUESTRO ORDENAMIENTO.....305

1.- Aproximación al panorama existente.....305

2.- Posibles vías de aplicación.....307

- A) Modificación legislativa.....307
- B) Por vía estatutaria.....312

C) A través de los pactos parasociales.....320

III.- PLANTEAMIENTO DE LA FORMA SOCIETARIA
MÁS ADECUADA EN BASE A LOS TIPOS EXISTENTES EN DERECHO
ESPAÑOL.....328

1.- Análisis comparado general de la SA y de la SRL españolas con la
SAS francesa.....328

2.- Comparación de la SAS con la SLNE, como modelo de nueva
implantación.....336

IV.- CONCLUSIÓN GENERAL A LA LUZ DEL PANORAMA
EXISTENTE EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL.....348

CAPÍTULO V

VIABILIDAD EN LA APLICACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, DE ALGUNAS DE LAS VENTAJAS QUE OFRECE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA FRANCESA.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO COMPARADO....352

1.- El marco tipológico de referencia en el Derecho español
(remisión).....352

2.- La SAS como alternativa al marco normativo general y su evolución
reciente a una mayor flexibilidad.....355

II.- PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE DETERMINADOS
ASPECTOS EN BASE A UNA COMPARACIÓN DEL DERECHO FRANCÉS Y
EL ESPAÑOL.....357

1.- Presentación.....357

2.- La constitución de la sociedad.....	360
A) Requisitos constitutivos.....	362
B) Escritura de constitución y estatutos sociales.....	365
C) Nulidad de la sociedad.....	372
3.- La organización de la sociedad.....	374
A) Adopción de acuerdos.....	375
B) La dirección de la sociedad.....	381
C) Los derechos conferidos por las acciones o las participaciones como manifestación de la libertad de los socios y el control de las acciones y participaciones como límite a la libertad de los mismos.....	386
a) Los derechos de los socios.....	386
b) El control de las acciones y de las participaciones.....	391
4.- Modificaciones estatutarias, estructurales y extinción de la sociedad.....	394
A) Las modificaciones estatutarias.....	395
B) Las modificaciones estructurales.....	399
a) Presentación del tema.....	399
b) La transformación.....	402
c) La fusión y la escisión.....	405
C) La extinción de la sociedad.....	410
a) La disolución.....	410
b) La liquidación.....	412
CONCLUSIONES.....	416
ANEXO.....	427
BIBLIOGRAFÍA.....	439

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil
AGTT	Acuerdo general sobre tarifas aduaneras
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Artículo
AUM (D)	Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)
BALO	Bulletin des annonces légales obligatoires
BODACC	Boletín oficial de anuncios civiles y comerciales
BOE	Boletín Oficial del Estado
Bull. Joly	Bulletin mensuel d'information des sociétés (Joly)
Cass.	Casación (Tribunal Supremo)
C. assur.	Code des assurances
C.C.	Código civil (español)
CCIP	Cámara de comercio e industria de Paris
C. civ.	Código civil (francés)
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CFE	Centro de formalidades de empresas
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGE	Compagnie Générale d' Electricité
CGI	Código general de impuestos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGCT	Code général des collectivités territoriales
cit.	obra citada (español)
Civ. 1	Prèmiere chambre civile de la Cour de cassation
C. com.	Código de comercio (francés)
C. mon	Código monetario y financiero
CMF	Conseil des marchés financiers
CNPF	Caisse nacional des prestations familiares
COB	Comisión des opérations de bourse
Cod. de com.	Código de comercio (español)
coord.	coordinador
CP	Código penal
CT	Código de trabajo
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
dir.	Director
DOCE	Diario oficial de la Comunidad Europea
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit des sociétés (Bulletin du juris-classeur des sociétés)
ECFR	European Company and Financial Law Review
ERPL	European Review of Private Law
EURL	Empresa unifamiliar de responsabilidad limitada
EUSRL	Empresa unifamiliar deportiva de responsabilidad limitada
GIE	Grupo de interés económico
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
INPI	Institut National de la Propriété Industrielle
INSEE	Institut National de la Statistique et des Études Économiques

J. Cl. Sociétés	Jurisclasseurs des sociétés
JCP	Semaine juridique, édition générale
JCP E.	Semaine juridique, édition entreprise
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
LECRIM	Ley de enjuiciamiento criminal
LSA	Ley de sociedades anónimas
LSRL	Ley de sociedades de responsabilidad limitada
MINEFI	Ministerio de economía, finanzas e industria
NUE	Noticias de la Unión Europea
OMC	Organización mundial del comercio
op. cit	opus citatum / opere citato (obra citada – francés)
p.	página / páginas (francés)
pág. / págs.	página / páginas (español)
RCDI	Revista crítica de Derecho inmobiliario
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RDAl / IBLJ	Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Rivista di Diritto Societario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDP	Revista de Derecho Privado
R.D.Patr.	Revista de Derecho Patrimonial
RDUE	Revue du droit de l'Union Européenne
RIDC	Revue internationale de Droit comparé
RJN	Revista Jurídica del Notariado
Rev.Lamy.dr.aff.	Revue Lamy de Droit des affaires
Rev. Soc.	Revue des sociétés
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RS	Rivista delle Società
RTD	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RVEH	Revista Valenciana de Economía y Hacienda
SA	Sociedad anónima
SAS	Sociedad anónima simplificada
SASU	Sociedad por acciones simplificada unifamiliar
SC	Sociedad colectiva
SCA	Sociedad comanditaria por acciones
SCS	Sociedad comanditaria simple
SEL	Sociedad de ejercicio liberal
SELAS	Sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada
SLNE	Sociedad limitada nueva empresa
SRL	Sociedad de responsabilidad limitada
s.	siguientes (francés)
ss.	siguientes (español)
TVA	taxe sur la valeur ajoutée
URSSAF	Unión de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations Familiales
v.	voire (véase)

PRIMERA PARTE

PERSPECTIVAS E INTENTOS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN EUROPA.

CAPÍTULO I

TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.

I.- INTRODUCCIÓN.

1.- 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 mundo¹. Este

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*, nº 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.

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 nacionales², también tiene su reflejo en el ámbito societario³. No obstante y a

² Definición extraída del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 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 en base a 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., nº 2, 1999, págs. 21 y ss.; así como, 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, 5ª ed., Madrid, 2001, págs. 54 y ss.

pesar del reto que ha supuesto a nivel internacional, la globalización no siempre produce consecuencias positivas. Los efectos negativos que derivan de este proceso son fundamentalmente dos: el riesgo del desgobierno, por superación de las nuevas formas de control; y, el riesgo social y desarrollo asimétrico de la propia 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

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, nº 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, nº 2, junio 2005.

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 año 2002, el conocido informe

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. 1243 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, n^o 252, 2006, pág. 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.

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

¹⁰ Dicho informe, comentado por Sánchez Calero, F.J.; “Publicación del informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa”, puede encontrarse en RDBB, nº 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, nº 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, nº 26, 2006, págs. 157 y ss; Recalde Castells, A.; “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de buen gobierno”, RVEH, nº 7, 1/2003, 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, nº 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. 3003 y 3004.

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 de

¹² Véase al respecto, Almela Díez, B.; “El nuevo Derecho de sociedades y el Buen Gobierno en la Unión Europea”, Partida doble, nº 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, nº 13, I/ 2005, pág. 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, nº 18, marzo – abril 2008.

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.

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 Barres 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.; Arroyo Amayuelas, E. y Vaquer Aloy, A.; "Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo", *La Ley*, nº 5482, 14-02-2002, págs. 1 y ss; Vaquer Aloy, A.; "La vocación europea de Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo", *La Ley*, nº 4, 2002, págs. 1603 y ss; Martín Casals, M.; "Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil", II Congreso de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada, 14,15 y 16 de noviembre de 2002, págs. 1 y ss.; Maside Miranda, J.E.; "El futuro Código civil europeo de contratos", RCDI, año nº 80, nº 684, julio-agosto 2004, págs. 1769 y ss.; Díez-Picazo, L.; "Reforma de los Códigos y Derecho europeo", *El Dret Civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. Àrea de Dret civil, Universitat de Girona (coord.)*, 26 y 27 de septiembre de 2002, Gerona, págs. 99 y ss.; Martínez Sanz, F.; "Los principios de derecho contractual europeo (Comisión Lando) en el marco de la armonización del Derecho de contratos", *El Dret Civil català en el context europeu..., cit.*, págs. 83 y ss.; Sánchez Lorenzo, S.; "Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea", *El Dret Civil català en el context europeu..., cit.*, págs. 47 y ss.

2.- La Unión Europea como escenario privilegiado de los procesos de flexibilización societaria: la jurisprudencia del Tribunal europeo sobre libertad de establecimiento.

Paralelamente a este proceso, y en un ámbito donde la progresiva pérdida de referencia estatal es la clave del sistema, es interesante encontrar instrumentos adecuados que permitan a las sociedades su adaptación a un marco económico transnacional. En este sentido, por ejemplo, la transferencia internacional de la sede social representa un gran avance como mecanismo de flexibilización, dado que la finalidad de la misma no es otra que la de favorecer el desplazamiento o la movilidad internacional de la sociedad, en función de las concretas estrategias comerciales o necesidades del mercado. Con ello trata de evitarse que las sociedades de capital que se benefician de la responsabilidad limitada de sus socios, no sean estructuras rígidas e inadaptadas enraizadas en un ordenamiento jurídico¹⁶, con el único límite de que dicha flexibilización no ampare situaciones donde se lesionen los legítimos derechos de personas vinculadas a la sociedad. No obstante, y al igual que apuntábamos al inicio de

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, D.O.C.E., C 295 de 25 de julio de 1994, págs. 518 y 519. En el mismo sentido cabe mencionar la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM, 2001, 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187 COS) de noviembre de 2001; así como, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro (2005/2022 (INI)).

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

¹⁸ En este sentido, Sancho Villa, D.; "La transferencia internacional de la sede...", *cit.*, págs. 3 y 4.

nuestra exposición con respecto a la globalización, este mecanismo también se manifiesta de manera desigual según los países, aún más teniendo en cuenta que son dos los modelos de nacionalidad diseñados por los distintos legisladores en función de sus intereses de política legislativa¹⁹. Por un lado, encontramos el modelo de sede real instituido en países como Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Luxemburgo o Portugal; y por otro, el de sede estatutaria vigente en países como Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, los Países Bajos, Suiza o el Principado de Liechtenstein, entre otros. España opta por el primero de los modelos basado en el sistema de constitución, como es sabido mucho más protector que el segundo²⁰. A este respecto ya encontramos una clara tendencia por decantarse por los países en los que sobre la base del segundo de los sistemas que apuntábamos con anterioridad, imponen menos formalidades de constitución, nos referimos en este sentido a Estados como el de Delaware²¹ o el de New Jersey por lo que respecta a Estados Unidos, o Reino Unido y Países Bajos²² en nuestro ámbito comunitario. De ahí se constata una clara preferencia por la flexibilidad²³, aquéllos países que menores rigideces

¹⁹ Menjuq, M.; "La notion de siège social: une unité introuvable en Droit international et en Droit Communautaire" en Béguin, J.; *Droit et actualité...*, cit., pág. 501.

²⁰ En este entorno globalizado en el que cada Estado tiene la potestad para aprobar los límites que estime oportunos a la actividad de las sociedades extranjeras, y especialmente de las sociedades ficticias (uno de los problemas fundamentales que puede plantear la libertad de establecimiento), España ha optado sobre la base de los artículos 5.2 de la LSA, y 6.2 de la LSRL, por imponer que las sociedades extranjeras que tengan su principal establecimiento o explotación en España, sitúen su domicilio en el territorio español y, consecuentemente, se constituyan según la Ley española.

²¹ *Delaware Laws*, march 1995 edition, CSC networks, U.S.A., 1995, págs., 311 y ss.

²² En este sentido, Esteban de la Rosa, F.; "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 7, 2004, págs. 370 y 371.

²³ Bebchuk, L.A.; "The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law", *Columbia Law Review*, nº 89, 1989, págs. 1395 y ss.

imponen son los que mayor éxito adquieren en la práctica. A pesar de la gran ventaja que supone el reconocimiento de dicha libertad de establecimiento²⁴ a nivel internacional, no hay que olvidar que la colisión de diversos ordenamientos puede dar lugar a controversias. Por ello quizás la mejor solución hubiese sido la previa armonización de legislaciones. No obstante y a pesar de los múltiples intentos, dada la crisis sufrida a lo largo de los años por el proceso armonizador, la doctrina mercantilista amparada por varias decisiones jurisprudenciales de gran trascendencia (nos referimos como es sabido a las Sentencias “Centros”, “Überseering” e “Inspire Art”²⁵), comenzó a considerar que una mayor competencia entre los ordenamientos nacionales, y una mayor desregulación, podrían conducir, a unos resultados más eficientes.

Este planteamiento encontró su más clara traducción en la Sentencia “Centros”²⁶ que supuso una verdadera revolución en el ámbito comunitario²⁷.

²⁴ Aunque el contenido de dicha libertad se ha ido ampliando progresivamente con el paso de los años, la misma fue reconocida formalmente por el artículo 52 TCEE del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 en su versión original, y posteriormente por el Tratado de Ámsterdam en su artículo 43 TCE.

²⁵ Menezes Cordeiro, A.; *Direito Europeu...*, cit., págs. 56 y 57. Por lo que respecta a “Centros” y “Überseering” véase también, Unzicker, F.; *Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering- Entscheidung des EuGH*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2004, págs. 91 y ss.

²⁶ Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C- 212/97: “Centros Ltd. C. Erhvervs –og Selskabstyrelsen”. Los hechos que dieron lugar a dicha Sentencia fueron los siguientes: Un matrimonio nacional y residente en Dinamarca decide realizar actividades empresariales en su país operando como una *private limited company* de Derecho inglés. Según los propios interesados y tal como reconocieron en el procedimiento, la razón de decantarse por esta opción era la de evitar la aplicación de la normas sobre capital mínimo del Derecho danés. La legislación inglesa al respecto resulta mucho más atractiva, dado que somete a las SRL a exigencias muy reducidas con respecto a su constitución, sobre todo por lo que respecta a la cuantía y desembolso de capital mínimo. Por ello, y pese a que tanto la dirección efectiva de la

Considerada como una de las decisiones más célebres en la jurisprudencia del TJCE y comparada por su gran trascendencia a la que dio lugar el asunto "Cassis" respecto a la libre circulación de mercancías, la misma sentó nuevas bases en el ámbito de la libertad de establecimiento. No obstante, no hay que olvidar que ésta no fue sin embargo la primera vez que el TJCE tuvo que valorar la compatibilidad de medidas nacionales de Derecho internacional con el TCE, sino que la pionera al respecto fue la Sentencia dictada en el asunto

sociedad como sus actividades principales se localizaban en Dinamarca, los socios prefirieron operar bajo una SRL de Derecho inglés con domicilio social en Inglaterra. Los problemas surgieron al solicitar la inscripción de una sucursal de dicha sociedad en Dinamarca, sucursal que de hecho iba a ser la sede principal. Las autoridades danesas denegaron la solicitud de inscripción principalmente en base al siguiente argumento: la sociedad interesada tenía su centro de actividades en Dinamarca y no realizaba ninguna actividad económica en Reino Unido, de ahí que su única intención al constituirse como sociedad de Derecho inglés era eludir las normas danesas relativas a SRL. Planteada esta cuestión ante el TJCE éste rechazó la negativa a dicha inscripción por parte de las autoridades danesas (aún cuando lo que se pretendiese fuera proteger un interés general), así como que se tratase de un comportamiento abusivo de los interesados. A este respecto véase, Esteban de la Rosa, F.; "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea...", *cit.*, pág. 369 y ss.; Garcimartín Alférez, F.J.; "La Sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", Revista electrónica de estudios internacionales, www.reei.org, nº 1, 2000, págs. 1 a 23; así como, del mismo autor, "La Sentencia Centros el *status quaestionis* un año después", NUE, nº 195, 2001, págs. 79 a 96; Lobato García-Miján, M.; "La influencia del Derecho comunitario en la configuración del moderno Derecho de sociedades. Apuntes sobre el concepto de causa a propósito de la STJCE Centros"; en AA. VV.; *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*; Mc Graw Hill, vol. I, Madrid, 2002, págs. 328 a 330.

” En este sentido, Esteban de la Rosa, F.; "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea...", *cit.*, pág. 373, define la decisión dictada en el asunto "Centros" como "terremoto".

“Daily Mail”²⁸. Otras Sentencias seguirían el relevo de las ahora apuntadas, en este sentido es necesario hacer también alusión a las Sentencias “Überseering” e “Inspire Art” a las que aludíamos con anterioridad. “Überseering”²⁹ analizó la

²⁸ Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto C- 81/87: “The Queen c. H.M. treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC”. *Grosso modo*, los hechos que dieron lugar a dicha Sentencia fueron los siguientes: La sociedad “Daily Mail”, sociedad de inversión en acciones que había conseguido una revalorización importante de su cartera de valores, pretendía, a través de un cambio de sede de dirección efectiva de la sociedad, dejar de tributar en el Reino Unido por las plusvalías que se generarían por la venta de acciones. La legislación del Reino Unido condicionaba dicho traslado, a la obtención de una autorización por la autoridad fiscal. El Tribunal basó su decisión en la falta de armonización comunitaria. En este sentido el TJCE indicó que: “el Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales relativas al vínculo de conexión exigido a sus sociedades, así como a la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de una sociedad, constituida conforme a la legislación nacional, de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que sin embargo no han llegado a término...”

²⁹ Sentencia del TJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C- 208/00: “Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GMBH (NCC)”. Los hechos que dieron lugar a dicha Sentencia son los siguientes: Una compañía holandesa, Übersering BV, adquirió en octubre de 1990 un terreno situado en Dusseldorf (Alemania) para utilizarlo con fines empresariales. Dos años después, dicha compañía encargó a una sociedad alemana, NCC GMBH, las obras de reparación de un garaje y un motel construidos sobre dicho terreno. Aunque las obras se llevaron a cabo, Übersering alegó la existencia de vicios en la ejecución de las reparaciones de pintura. Hasta aquí no se presenta ningún problema, la cuestión se complica cuando en el transcurso de las discusiones relativas a la correcta o incorrecta ejecución de las obras, dos alemanes residentes en Dusseldorf adquieren todas las participaciones de Übersering. A partir de ese momento la empresa, aunque continuó siendo holandesa, dejó de localizar su administración en Holanda y pasó a localizarla en Alemania. Tras exigir infructuosamente que se subsanaran los defectos de la obra, Übersering presentó una demanda contra NCC ante los Tribunales alemanes, que fue inadmitido tanto en primera instancia como en apelación, alegando que la transmisión de las participaciones sociales supuso un traslado

compatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento de una consecuencia producida por el sistema de sede real. La situación resultante aunque por vías diferentes (recordemos que en el asunto "Centros" la situación se pretendió *ab initio*, y en *Überseering* se produce tras la transmisión de las participaciones sociales), es muy parecida. Por lo que respecta a "Inspire Art"³⁰ se centró en el tratamiento que merecen las sociedades ficticias en la Unión Europea.

del domicilio social efectivo de Holanda a Alemania, por lo cual la sociedad holandesa carecía de capacidad jurídica y por ello de capacidad para ser parte en el proceso. Véase a este respecto, Esteban de la Rosa, F.; "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea...", *cit.*, pág. 374; así como, Garcimartín Alférez, F.J.; "La Sentencia del TJCE *Überseering*: se podrá decir más alto, pero no más claro", www.uam.es/centros/derecho/privado/mercantil/investigación/fga%20%20Nota%20uberseering.pdf.

³⁰ Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C- 167/01: "Inspire Art Ltd.". El 28 de julio de 2000, la sociedad Inspire Art se constituyó como una SRL inglesa (en concreto como private company limited by shares), con domicilio social en Folkestone (Reino Unido), siendo su objeto social la venta de objetos de arte. La sociedad que comenzó su actividad el 17 de agosto de ese mismo año a través de su sucursal en Ámsterdam, fue inscrita en el Registro Mercantil de esa ciudad sin mencionar que se trataba de una sociedad formalmente extranjera. La Cámara de Comercio de los Países Bajos solicitó meses después, en concreto el 30 de octubre, que se completase la inscripción en el Registro Mercantil, dado que la misma era obligatoria pues Inspire Art ejercía sus actividades exclusivamente en los Países Bajos. El Tribunal declaró que Inspire Art era una sociedad extranjera y planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE. Véase en este sentido, Esteban de la Rosa, F.; "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea...", *cit.*, págs. 375 y ss.; así como, Vaquero López, C.; "Comentario a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C- 167/01, Inspire Art Ltd.", *RdS*, nº 22, 2004, págs. 283 y ss.

Fue no obstante “Centros”, la que dio pie a comenzar a hablar de la existencia de cierta “competencia entre ordenamientos” en la Unión Europea³¹.

Esta idea surge a raíz de un posible planteamiento de sustitución del proceso de armonización legislativa del Derecho de sociedades, por un proceso de armonización indirecta y de competencia entre ordenamientos que conduzca a una “equiparación de los sistemas por abajo”. Este planteamiento, supondría la aplicación de las soluciones más flexibles o menos rigurosas, lo que se ha venido a llamar una suerte de “*race to the bottom*”³². Este concepto, acuñado por el juez del Tribunal Supremo de Justicia estadounidense Louis Brandeis³³ en el caso “*Ligget Co. V. Lee*”³⁴ que data de 1933³⁵, puede definirse como un

³¹ En este sentido, Esteban de la Rosa, F.; “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea...”, *cit.*, pág. 374.

³² A este respecto se pronuncia, Esteban de la Rosa, F.; “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea...”, *cit.*, pág. 388. Dicho término puede traducirse como una “carrera hacia el fondo”, en este sentido, Easterbrook, F.H. y Fischel, D.R.; *La estructura económica del Derecho de las sociedades de capital*, Fundación cultural del notariado, Madrid, 2002, pág. 262.

³³ No fue el único término que acuñó Brandeis. En 1932 también se le atribuye el término “*laboratoires of democracy*” (“laboratorios de la democracia”), *New State Ice Company v. Liebman* (285 U.S. 262, 311).

³⁴ US Supreme Court Justice Louis Brandeis, case *Ligget Co. v. Lee* (288 U.S. 517, 558-559).

³⁵ A pesar de que el término acuñado en 1933, se atribuye tal como apuntábamos con anterioridad a Brandeis, no fue hasta 1974 cuando adoptó la dimensión que hoy conocemos a partir de un artículo de William Cary, y su desarrollo e investigación posterior por profesores como Lucian Bebchuk, de la Harvard Law School. Véase al respecto, Cary, W.L.; “*Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*”, *The Yale Law Journal*, marzo 1974, vol. 83, nº 4, págs. 663 a 705. Del mismo modo, Bebchuk, L.A. “*Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*”, *Harvard Law Review*, mayo 1992, vol. 105, nº 7, págs. 1435-1510; Bebchuk, L.A. y Ferrell, A.; “*Federalism and Corporate Law: The Race to Protect Managers from Takeovers*”, *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, nº 5, págs. 1168-

fenómeno teórico que ocurre cuando la competencia entre naciones o Estados, conduce al desmontaje progresivo de sus normas reguladoras. Este fenómeno³⁶ contrario a la armonización³⁷, además de entrañar el peligro de una desregulación excesiva, conlleva el problema de tener que determinar los presupuestos para que pueda tener lugar dicha competencia entre ordenamientos, y definir el mínimo que cada Estado miembro está dispuesto a asumir en esa carrera hacia la desregulación³⁸.

1199; Bebchuk, L.A.; Cohen, A.; Ferrell, A.; "Does the Evidence Favor State Competition in Corporate Law?", *California Law Review*, diciembre 2002, vol. 90, nº 6, págs. 1775-1821. También a este respecto véase, Revesz, R.L.; "Rehabilitating interstate competition: Rethinking the race to the bottom rationale for federal environmental regulation", *New York University Law Review*, 1992, nº 67, págs. 1210 y ss.

³⁶ El ejemplo más significativo del "race to the bottom" lo encontramos en el Estado de Delaware en Estados Unidos. Véase al respecto, *Delaware...*, *cit.*, págs. 311 y ss.

³⁷ En este sentido, Sánchez Lorenzo, S.A.; *Derecho privado...*, *cit.*, pág. 159 *in fine*.

³⁸ Junto a este debate que propugna en Estados Unidos las ventajas del "race to the bottom" encontramos uno paralelo que se decanta por el llamado "race to the top". Mientras en el primero podríamos hablar de una competitividad "a la baja" o "al inferior", éste último se decanta por una competencia "a la cima". Esta teoría es la seguida por autores como Ralph Winter, Roberta Romano, Frank Easterbrook y Daniel Fischel. En concreto Ralph Winter ha considerado que la "tesis de la llamada carrera hacia el fondo es una tontería". "El éxito alcanzado por Delaware procede de haber proporcionado a los inversores un conjunto de normas jurídicas que actúan conjuntamente en beneficio de los administradores y de los inversores", en este sentido véase, Winter Jr, R.K.; "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", *Journal of Legal Studies*, nº 6, 1977, pág. 251; Cary, W.L.; "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware", *Yale Law Journal*, nº 83, 1974, pág. 251; así como, Easterbrook, F.H. y Fischel, D.R.; *La estructura económica del Derecho...*, *cit.*, pág. 262 y 263.

Aunque este proceso de armonización y reforma constante se ha visto cuajado de múltiples vicisitudes y controversias³⁹, 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 propuestas⁴⁰ que permitan todavía más flexibilizar el marco en el que se desenvuelve el Derecho societario, para que éste sea capaz de adaptarse a las necesidades siempre cambiantes, de la práctica societaria⁴¹.

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 societaria⁴², se pueden plantear como

³⁹ Véase en este sentido, Gondra, J.M.; *Derecho mercantil*, tomo I, vol 1º, Servicio publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pág. 181.

⁴⁰ 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.

⁴¹ En este sentido se pronuncia Fernández de la Gándara, L.; *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Portico, 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".

⁴² 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

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

Bajo nuestro punto de vista, ésta última resulta sin duda una perspectiva de gran interés, de ahí que gran parte de nuestro trabajo se 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 figura⁴³, 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 similares⁴⁴ o, cuando menos, de apreciar la viabilidad en las sociedades mercantiles de capital sometidas al mismo, de algunas de las cláusulas o instituciones más características del régimen jurídico de la SAS. Es por ello, por lo que necesitamos conocer la experiencia de un modelo consolidado y eficaz como lo ha sido el del ordenamiento francés.

profesor Paz-Ares expone literalmente que: “..... más bien creo que lo que hace falta es justamente lo contrario: flexibilizar el Derecho de sociedades, simplificarlo, desformalizarlo. Frente a un Derecho de sociedades mecánico, abogo por un Derecho de sociedades reflexivo”.

⁴³ Véase al respecto la segunda parte íntegra de la presente Tesis Doctoral.

⁴⁴ Todas estas consideraciones serán analizadas en la tercera y última parte de la presente Tesis Doctoral.

II.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LIBERTAD CONTRACTUAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO DE SOCIEDADES.

Uno de los principales problemas con el que contamos *a priori* al abordar el fin perseguido por el presente trabajo, lo encontramos en la determinación del marco en el que puede desenvolverse la autonomía de la voluntad en nuestro Derecho societario. Bajo la premisa de que nuestro objetivo se centra en estudiar si existe y, en su caso, con qué alcance, algún cauce de aplicación de las características de la SAS francesa a nuestro ordenamiento, el primer punto a tener en cuenta es, pues, el que ahora nos ocupa. No obstante, el presente epígrafe no pretende un estudio exhaustivo de esta cuestión, sino que de un modo genérico nuestro fin se centra en determinar *grosso modo* su ámbito de aplicación.

Como premisa, nos parece interesante contextualizar los dos términos a los que responde el presente epígrafe. Por un lado, hay que tener en cuenta que la autonomía de la voluntad implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas. Por otro, al hablar de libertad contractual nos referimos a la abstracta posibilidad que posee el individuo, de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de ideas libres debería hacer el mundo más dinámico,

más abierto a las innovaciones. Significa por tanto, el paso a una forma superior de sociedad⁴⁵.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento, el principio de libertad de pactos no sólo se reconoce de forma expresa en el artículo 12.3 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (en adelante L.S.R.L) y en el artículo 10 de la Ley de sociedades anónimas (L.S.A), sino también en el artículo 1.255 del Código Civil (C.C.)⁴⁶. A este respecto y al enfrentarnos sin entrar en detalles a dicha cuestión, afloran inmediatamente interrogantes como; ¿cuáles son los límites a dicha libertad?, ¿sería inscribible todo lo pactado sobre la base de preceptos como los anteriormente apuntados?, ¿cómo hacer uso de nuestro derecho sin contravenir las exigencias legales?... En este sentido y antes de entrar a analizar las particularidades propias del caso que nos ocupa, nos parece interesante acotar el análisis previo de algunas ideas con respecto a la determinación de dicha libertad.

Si atendemos a los diversos preceptos legales que reconocen de forma expresa algún atisbo de flexibilidad, reparamos de inmediato en que ninguno de ellos, como parece lógico, reconoce una libertad unilateral y absoluta sin

⁴⁵ Estos conceptos han sido extraídos de, Díez – Picazo, L.; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, vol. I, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2007, págs. 143 y 148.

⁴⁶ A este respecto, Díez – Picazo, L.; *Fundamentos del Derecho civil...*, cit., pág. 155, establece que: el principio de libertad de pactos se encuentra regulado en el artículo 1.255 del C.C. según el cual “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente”. Lo que debe entenderse referido tanto a la elección de los tipos contractuales como a la libertad de dotar a los tipos legalmente reconocidos de un contenido distinto al establecido por la Ley.

límite alguno⁴⁷. En este sentido, si atendemos a artículos como el 175.2 del RRM, éste con la afirmación de “inscribibles”⁴⁸ limita la voluntad de los socios a la hora de inscribir determinados pactos o cláusulas en los estatutos de una SRL, dándonos clara cuenta de que no todo lo pactado, aún siendo válido, es inscribible. Además este mismo precepto *in fine*, establece de forma expresa como límites, la Ley y los principios configuradores del tipo social.

De igual modo, si atendemos a los artículos que por antonomasia parecen reconocer esa libertad de pactos tanto en la LSRL, como en la LSA (nos referimos, como es sabido, a los artículos 12.3⁴⁹ y 10⁵⁰ respectivamente), de nuevo aparece esa misma restricción⁵¹, señalada en el supuesto anterior⁵².

⁴⁷ En este sentido, Alterini, A. y López Cabana, R.M.; *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1989, pág. 16; y, Martín-Ballester y Costea, L.; *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, Madrid, 1963, pág. 35, al hablar de la autonomía de la voluntad establecen que “más que un problema de libertad, es un problema de sus límites. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y lo será mañana, un problema de medida”.

⁴⁸ Al respecto, Lucena González, P.A., en “Apuntes sobre la autonomía de la voluntad en la SRL”. *Jornadas de Derecho de Sociedades*. Málaga, 14,15 y 16 de mayo de 1997. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada, 1998, pág. 58.

⁴⁹ Resulta de gran interés el comentario que del mismo llevan a cabo, Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R. en “Escritura de constitución”, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997, págs. 126 a 136.

⁵⁰ Véase al respecto, Miquel Rodríguez, J.; “Autonomía de la voluntad”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 135 a 139; Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas (comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1990, pág. 12; Peñas Moyano, B.; “Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límites de los estatutos de la sociedad anónima española en al jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los

Si además ampliamos nuestro radio de análisis y fuera de la disciplina mercantil acotamos lo dispuesto al respecto por el C.C. (como es también sabido, en el artículo 1.255 y tal como apuntábamos al inicio de nuestra exposición), volvemos a encontrar nuevamente ése límite de carácter negativo⁵³, dado que el mismo reconoce ese poder de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes incorporar, siempre y cuando “no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”⁵⁴.

registros y del Notariado”, RdS, nº 21, 2003, págs. 254 y 255; Duque Domínguez, J.F.; “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas” en Alonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.F.; Esteban Velasco, G; García Villaverde, R.; Sánchez Calero, F.; (coord.), *Derecho de sociedades anónimas, I La fundación*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 53 y 66; González-Meneses Robles, M.; “Inscripción de las escrituras de constitución de sociedades en la nueva reglamentación” en Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, tomo II, Madrid, 1991, págs. 54 a 56.

⁵¹ Massaguer Fuentes, J.; “La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada”, RGD, nº 603, 1994, pág. 12968, alude a dichos artículos al analizar los límites de la autonomía privada en la configuración del régimen de la SRL. Del mismo modo, Embid Irujo, J.M.; “Autonomía de la voluntad...”, *cit.*, pág. 1636.

⁵² No obstante si comparamos lo dispuesto por el antiguo art. 7.10 de la LSRL, resulta curioso apreciar que frente a la afirmación “...que no se opongan a las Leyes...” de la presente Ley, el antiguo precepto establecía “...que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley...”. Frente al acotamiento llevado a cabo por la antigua Ley, la presente amplía su radio de acción seguramente en aras de ampliar de igual modo la seguridad jurídica.

⁵³ En este sentido, Vázquez de Castro, E.; *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 56, 82 y ss., y 100; Lalaguna, E.; “La libertad contractual”, RDP, 1972, pág. 872; Alfaro Águila-Real, J.; “Autonomía privada y derechos fundamentales”, ADC, T. XLVI, Fascículo I, enero-marzo 1993, págs. 75, 94 y 99; Sánchez Calero, F.J.; *Europa y los nuevos límites...*, *cit.* pág. 20. Del mismo modo, Díez - Picazo, L.; *Fundamentos del Derecho...*, *cit.*, págs. 155 y 156.

⁵⁴ Véase en este sentido, Díez - Picazo, L.; *Fundamentos del Derecho...*, *cit.*, pág. 155.

De este modo, constatamos que la voluntad de los socios a la hora de adoptar cualquier pacto social se ve condicionada, en todo caso y como no podría ser menos, a las previsiones legales⁵⁵. Incluso podemos afirmar que las exigencias legales impuestas, más que menoscabar la autonomía de la voluntad lo que hacen es protegerla⁵⁶.

La autonomía de la voluntad se ve, pues, limitada fundamentalmente por los principios configuradores del tipo societario, aunque también ésta se ve mermada, por la necesaria sumisión a las normas que constantemente emanan de la Unión Europea, de obligado cumplimiento para los Estados miembros. No obstante, de un tiempo a esta parte, las tendencias desreguladoras del Derecho societario europeo⁵⁷, tienden a favorecer un mayor relieve de la autonomía de la voluntad. Ello se traduce en la sustitución de las normas imperativas por reglas de carácter dispositivo, aunque fundamentalmente esta propuesta se predica en la mayoría de los casos por lo que respecta al régimen de la sociedad anónima⁵⁸.

⁵⁵ Véase al respecto, Tena Arregui, R.; *Organización de la empresa familiar: perspectivas, estática y dinámica*, El notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad, Colegio notarial de Madrid, Madrid, 2005, pág. 30.

⁵⁶ En este sentido se pronuncia bajo nuestro punto de vista de forma muy acertada, Vázquez de Castro, E.; *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites...*, *cit.*, pág. 44.

⁵⁷ En este sentido, Esteban Velasco, G.; "La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial", RVEH, nº8, II/2003, pág. 214.

⁵⁸ Véase al respecto, Embid Irujo, J.M.; "Autonomía de la voluntad...", *cit.*, págs. 1637 a 1640; "Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en al Unión Europea" en Roque Vítolo, D. y Embid Irujo, J.M. (dir.); *El Derecho de sociedades...*, *cit.*, pág. 17 *in fine*.

Uno de los debates fundamentales a llevar a cabo en el tercer capítulo del presente trabajo, y que ahora apuntamos someramente, consiste en determinar si sobre la base de nuestras previsiones legales y de las características fundamentales de nuestras principales figuras societarias, sería más adecuado que la viabilidad, en su caso, de las características típicas de la SAS se situaran en el marco de la SA, como hace el ordenamiento francés, o si, por el contrario, la forma más adecuada sería la de SRL. No obstante, nos parece interesante destacar la idea generalizada de que la autonomía de la voluntad constituye en nuestro ordenamiento, la regla general (no la excepción) de las SRL⁵⁹, frente a las SA⁶⁰. Esto es así, en principio, desde la entrada en vigor de la LSA de 1989⁶¹. A partir de esa fecha se constata que creció espectacularmente

⁵⁹ En este sentido se pronuncia a nuestro modo de ver de forma muy acertada, Lucena González, P.A., en "Apuntes sobre la autonomía...", *cit.*, pág. 59. En este mismo sentido, Massaguer Fuentes, J.; "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico...", *cit.*, pág. 12960 *in fine*.

⁶⁰ Véase en este sentido el interesante análisis que al respecto lleva a cabo, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. en "Origen y evolución histórica de la sociedad de responsabilidad limitada", *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.); Rodríguez Martínez, J.D.; y Barba de Vega, J., Aranzadi, Navarra, 1998, págs. 56 y ss.

⁶¹ Cosa que no ocurría con la Ley de 1951, véanse en este sentido, Garrigues, J.; "Exposición de motivos" e "Introducción", en Garrigues, J. y Uria, R.; *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, págs. 11 y ss, y 60 y ss.; Rubio, J.; *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, págs. 13 y ss, y 22 y ss.; Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades anónimas*, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, mayo 1952, págs. 21 y 22. La realidad mostraba una forma social predominante, la SA, con independencia de la entidad de la empresa. A su lado, la SRL aparecía como una forma claramente infrautilizada. Las razones de este fenómeno eran varias: falta de exigencia de un capital mínimo para constituir una SA; prestigio sociológico de esta forma social frente a la SRL; y sobre todo, la propia brevedad e insuficiencia del texto regulador de esta sociedad (LSRL de 1953), generador, en consecuencia, de una notable inseguridad jurídica.

el número de SRL de nueva creación, en detrimento de las anónimas. De hecho, puede estimarse que más de un 95% de las sociedades de capital que se constituyen actualmente en España lo hacen, como es sabido, bajo la forma de la limitada⁶².

Todo esto no hace más que corroborar una cosa: que la significación práctica y el éxito de cualquier figura societaria 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 las restantes figuras que coexistan con la misma en el panorama societario⁶³; así ocurrió en su día con la SRL en España y viene ocurriendo en Francia desde la aparición de la controvertida SAS.

No obstante, y aunque abordando la cuestión aún desde la efímera perspectiva que, como acabamos de exponer, nos aporta flexibilizar el marco jurídico de cualquier figura societaria, podemos constatar las evidentes ventajas que supone, no hay que olvidar la sumisión a un marco normativo indisponible. Pero, ¿por qué no admitir, la inclusión de determinadas cláusulas favorables a los socios, siempre que no contravengan o restrinjan las normas?

⁶² 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, 29ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 302 y 303. También pueden resultar de interés, las precisiones llevadas a cabo por Arroyo Martínez, I. y Embid Irujo, J.M. en el prólogo de *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 16 *in fine* y 17.

⁶³ Al respecto, Espina, D. en *La autonomía privada de las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, examina la posibilidad de incluir todos los pactos y condiciones que se juzgue conveniente en la escritura constitutiva de las sociedades anónimas y limitadas.

Si en el ordenamiento francés la clave se encontró fundamentalmente en los estatutos⁶⁴ de la SAS, cabe, sin duda, plantearse la misma opción desde la perspectiva de la libertad contractual reconocida en nuestro ordenamiento.

A la hora de abordar la posible introducción de una figura de características similares en nuestro ordenamiento, hay que tener en cuenta unas consideraciones preliminares. Como primera premisa debe considerarse, el principio de *numerus clausus* de formas mercantiles que rige nuestro Derecho societario⁶⁵, de ahí que en el párrafo anterior no hayamos hablado de creación de nuevas figuras, sino de adecuación a las ya existentes, dado que tal como está configurado nuestro actual sistema societario esto sería una utopía. Este principio que por lo general sienta las bases del problema de los límites de la libertad contractual, supone que queda reservada al legislador la facultad de invención de nuevas figuras; ello implica la imposibilidad de que los particulares puedan crear figuras desconocidas para nuestro Derecho. De este modo la única posibilidad es elegir el modelo de operación que mejor convenga a sus necesidades, pero no introducir nuevos esquemas de disciplina.

Bajo estas premisas y sobre la base de nuestro ordenamiento, podríamos optar por tres vías distintas a la hora de considerar la posible adopción de una nueva forma societaria. Por un lado cabría una **modificación**

⁶⁴ Por lo que respecta a los límites de la libertad estatutaria en nuestro ordenamiento, cuestión que será analizada en la tercera parte del presente trabajo, véase, Duque Domínguez, J.F.; "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria...", *cit.*, págs. 39 y ss.

⁶⁵ Véanse, Fernández de la Gándara, L.; *La atipicidad en Derecho...*, *cit.*, pág. 78; así como, Gondra Romero, J.M.; "La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades", en Menéndez Méndez, A.; *¿Sociedad anónima o sociedad de ...*", *cit.*, pág. 53; Perdices Huetos, A.B.; *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 25.

legislativa, que aunque posible, resultaría sin duda la más complicada. En segundo lugar podríamos abordar, sobre la base de la experiencia seguida por el ordenamiento francés la adopción **por vía estatutaria**. Y, en tercera y última instancia, debemos también considerar la posibilidad de acudir a los **pactos parasociales**⁶⁶.

Nuestra pretensión es dar respuesta a todos estos interrogantes en la tercera parte del presente trabajo; no obstante, nos parece interesante acotar antes las diversas experiencias prácticas surgidas al respecto en el ámbito de la Unión Europea, como marco institucional y normativo de la posible evolución de nuestro ordenamiento.

III.- EL PROBLEMA EN LA ACTUALIDAD: PREDOMINIO DE UNA TENDENCIA A LA FLEXIBILIDAD EN EL DERECHO DE SOCIEDADES.

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.

⁶⁶ Volveremos sobre este punto en otros apartados de la presente tesis, concretamente en la tercera parte.

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 EE.UU, y en concreto a determinadas figuras, siendo conscientes de que no son las únicas existentes⁶⁷ y de que no todas han experimentado la acogida que se esperaba de ellas. Buena prueba de ello es la SAS, a la que no haremos más que una somera alusión en el presente epígrafe, dado que será analizada detalladamente a lo largo de la segunda parte del presente trabajo, 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 un claro ejemplo de éste intento

⁶⁷ 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, nº 226, Madrid, 1997, págs. 1803 a 1838, si que alude a éste 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.

de flexibilización al que aludíamos anteriormente⁶⁸. 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 sociedad anónima europea, gozan de una larga tradición, otras, como la sociedad privada europea o la sociedad cooperativa europea⁶⁹, con menor trayectoria, también se han convertido en figuras de especial consideración. No obstante, y dado que ésta última se extralimitaría de los límites marcados en nuestro estudio, únicamente analizaremos la sociedad anónima europea y la sociedad privada europea, que son las que nos interesan a efectos del mismo.

⁶⁸ En este sentido también se pronuncia, De Kluiver, H.J.; "Toward a simpler and more flexible...", *cit.*, págs. 50 y 51.

⁶⁹ Véase al respecto, Alfonso Sánchez, R. (dir.); *La sociedad cooperativa europea*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

A) La Sociedad Anónima Europea.

a) Aproximación a la figura.

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 ello⁷⁰; designada como *Societas Europaea* o con las siglas latinas SE⁷¹, este proyecto de sociedad ve la luz⁷² tras

⁷⁰ Véase, Ansón Peironcely, R. y, Gutiérrez Dorronsoro, C.; *La sociedad anónima europea. Análisis del reglamento (CE) nº 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 Cordova Claros, I; "El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea", *Diario La Ley*, nº 5465, año XXIII, 22 enero 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), nº 29, septiembre-diciembre 2001, págs. 65 y ss.

⁷¹ A este respecto véase, Largo Gil, R.; "La constitución de la sociedad anónima europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)", *RdS*, nº 18, 2002-1, pág. 99 y ss; Teichman, C.; "La *societas europaea* (SE) entre el Derecho nacional y el europeo", *NUE.*, nº 252, 2006, págs. 111 y ss.

⁷² 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, págs. 1163 y ss.) propuso elaborar un régimen jurídico propio para la SE. Esta propuesta de Sanders (sobre la que ya se

casi cincuenta años de estudios y negociaciones⁷³, en el Consejo europeo de

había apuntado algo en el Consejo de Europa en el año 1957), fue destacada nuevamente en el 57º 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, nº 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. 4287; 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.; García Riestra, M.; "La sociedad anónima europea", Serie de documentos de trabajo del Instituto de estudios europeos, nº 4, Madrid, julio 2002, págs. 7 a 16; Teichman, C.; "La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional...", cit., pág. 111.

⁷³ 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 *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Boquera Matarredona, J. (dir.); 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

Niza⁷⁴ 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 éstas, nuevas posibilidades de realizar operaciones transfronterizas⁷⁵ con mayor simplicidad⁷⁶, 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 éstos debían ser traspuestos y completados por medios técnicos propios de cada Estado miembro. De este modo, en junio del año 2004 apenas una decena de los

Carvalho, 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.

⁷⁴ Véanse a este respecto las interesantes consideraciones del profesor Esteban Velasco, G.; "El compromiso de Niza: Por fin la sociedad europea", *RdS*, nº 16, 2002, págs. 141 y ss. ; en concreto resultan de gran interés las consideraciones en torno a la polémica elección del tipo, pág. 147.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Simplicidad, no obstante, que puede ser cuestionada a la luz de su regulación, que analizaremos seguidamente.

veinticinco países que conforman la Unión Europea⁷⁷ 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 noviembre⁷⁸; y en Francia a través de los arts. 11 a 14 de la Ley de 26 de julio de 2005 para la confianza y modernización de la economía⁷⁹, y por un Decreto del Consejo de Estado, de reciente aparición, concretamente nos referimos al Decreto nº 2006-448 de 14 de abril de 2006 relativo a la SE⁸⁰, que precisa el estatuto de este tipo de sociedad y establece su régimen jurídico⁸¹.

b) Normativa base aplicable.

Como ya apuntábamos con anterioridad, tras una larga gestación en el transcurso de la cual la implicación de los trabajadores en los órganos de gestión dividió a los distintos Estados miembros⁸², la SE fue regulada a nivel

⁷⁷ En concreto sólo once: Alemania que fue en origen uno de los más reticentes, Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Reino Unido, Hungría, Eslovaquia, Malta, Islandia y Suecia.

⁷⁸ Publicada en el BOE el 15 de noviembre de 2005.

⁷⁹ La llamada Ley Bretón.

⁸⁰ J.O. nº 91 de 16 de abril de 2006, pág. 5780.

⁸¹ 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.

⁸² Véase en este sentido, 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, nº 125, Lamy, Paris, abril 2004, pág. 50; Bouloukos, M.; "Le régime juridique de la société européenne (SE): vers une société européenne « à la carte »?", The legal status of the european company (SE): towards a european company « à la carte », RDAI / IBLJ, nº 4, 2004, pág. 490; García Coso, E.; "La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de

comunitario por el Reglamento nº 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001⁸³ relativo al estatuto de la SE, y por la Directiva nº 2001/86/CE del Consejo de la misma fecha⁸⁴, completando dicho estatuto por lo que respecta a la implicación de los trabajadores⁸⁵. Las disposiciones de la Directiva forman un complemento indisoluble del Reglamento, por lo que deberán aplicarse de manera conjunta.

Tanto el Reglamento comunitario como la Directiva abordan aspectos relevantes, relativos al Derecho de sociedades y al Derecho del trabajo, pero dejan fuera de su regulación otras tantas cuestiones de igual importancia tales como la fiscalidad⁸⁶, la competencia, la propiedad intelectual o la insolvencia. Estas lagunas habrán de ser cubiertas por las disposiciones de Derecho nacional y comunitario y por los estatutos.

domicilio y problemas de conflicto de Leyes”, NUE, nº 229, 2004, pág. 39 y ss; Manteca Valdelante, V.; “Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, NUE, nº 251, 2005, págs. 71 y ss; Hernando Cebriá, L.; “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”; RCDI, nº 692, 2005, pág. 1818 .

⁸³ JOCE nº L 294, 10 de noviembre de 2001, pág. 1 y ss.

⁸⁴ JOCE nº L 294, 10 de noviembre de 2001, pág. 22 y ss.

⁸⁵ Véase al respecto, Esteban Velasco, G.; “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, en AA. VV.; *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 1677 y ss.

⁸⁶ Parot, J.C.; “La société européenne-Aspects de droit fiscal”, Dr. et patrimoine, nº 125, Lamy, Paris, abril 2004, pág. 93 y ss; García Prats, F.A.; “La residencia fiscal y la imposición sobre la renta de la Sociedad Anónima Europea en España” en *La Sociedad Anónima Europea...cit.*, págs. 451 y ss; López Rodríguez, J. y Herrera Molina, P.M.; “Régimen fiscal de la Sociedad Europea” en *La Sociedad Anónima Europea...*, cit., págs. 1112 a 1186; Lambrecht, P.; “La société européenne: aspects de Droit financier” y “La fiscalité de la société européenne” en Malherbe, J. (coord.); *La société... cit.*, págs. 167 y ss.

No obstante en este sentido, el art. 9 es la clave de la lectura del sistema⁸⁷, ya que dispone de forma expresa que la SE está regida tanto por las disposiciones del Reglamento, como por otras ajenas al mismo. Por lo que respecta a las primeras, estas son en todo caso imperativas, aunque resulten contrarias al Derecho nacional aplicable a la SA; además, en el caso hipotético de que el mismo reenvíe a la libertad estatutaria, los estatutos podrán derogar expresamente reglas aplicables a la Sociedad Anónima (SA), fijadas por el Derecho nacional. Por lo que respecta a las normas ajenas al Reglamento, éste permite a los Estados miembros legislar sobre reglas aplicables a la SE constituidas en sus respectivos territorios. Además, numerosos aspectos no cubiertos por el Derecho nacional aplicable ni por el Reglamento encuentran solución en las disposiciones aplicables a las SA del país en cuestión, tanto por lo que respecta a su constitución, como a su funcionamiento. En lo relativo a su constitución, el art. 2 del Reglamento prevé cuatro formas de constitución de una SE⁸⁸: la fusión, la constitución de una SE *holding*, la constitución de una SE filial y la transformación de una SA en SE, comunes a todos los Estados miembros. ⁸⁹. No obstante, el art. 15 del Reglamento remite al Derecho nacional

⁸⁷ En este sentido, Viciano Pastor, J.; "La Sociedad Anónima Europea...", cit, pág. 39, considera que aparentemente el sistema de fuentes de la SAE puede encontrarse en este artículo. En este mismo sentido, Velasco Esteban, G.; "La Sociedad Europea: un instrumento jurídico...", cit., págs. 222 y ss; Garcimartín Alférez, F.J.; "El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura", GJ, nº 217, enero-febrero 2002, págs. 11 y ss.; Coipel, M.; "La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne", en Malherbe, J. (coord.); *La société européenne*, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2005, págs. 19 a 23.

⁸⁸ Duque Domínguez, J.; "Procedimientos para constituir una SE", en *La Sociedad Anónima Europea...*, cit., págs. 279, 280 y 289 a 293. Menjucq, M.; *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2001, págs. 130 a 133.

⁸⁹ Estos cuatro modos de constitución son comunes para todos los países que conforman la Unión Europea. En este sentido véase por lo que respecta al ordenamiento español, Ferrando Villalba, M^a.L.; "Sujetos que pueden participar en la constitución de la

al establecer que “bajo reserva de las disposiciones del Reglamento en cuestión, la constitución de una SE se rige por la Ley aplicable a las SA del Estado donde la SE fije su domicilio social”. Este artículo encuentra además equivalencia por lo que respecta al funcionamiento de la SE, en el art. 10 del mismo que dispone, de igual forma, que bajo reserva de las disposiciones de dicho Reglamento, “una SE será tratada en cada Estado miembro como una SA constituida según el Derecho del Estado miembro en el cual la SE tenga su domicilio social”⁹⁰; de ahí su nombre de Sociedad Anónima Europea⁹¹.

En ausencia de precisión al respecto por parte de las fuentes anteriormente citadas, los estatutos pueden fijar determinadas reglas relativas a las SE, que en ningún caso deberán entrar en conflicto con las disposiciones relativas a las SA del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social.

Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, en Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea...cit.*, pág. 57. Por lo que respecta a la constitución por fusión véase, Fajardo García, I.G.; “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, en Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea... cit.*, págs. 139 a 192. Por lo que respecta a la constitución por creación de *holding* o constitución de una SE filial véase, Embid Irujo, J.M.; “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de *holding* y por fundación de filial común”, en Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea... cit.*, págs. 193 a 223. Por último y por lo que respecta a la transformación véase, Boquera Matarredona, J., “La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa”, en Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea... cit.*, pág. 230.

⁹⁰ Por ejemplo, una SE implantada en Francia, los Países Bajos y Bélgica que tenga su domicilio en París, deberá aplicar el Derecho de sociedades anónimas francés.

⁹¹ Pérez Escolar, R.; *La sociedad anónima... cit.*, pág. 86.

c) Perspectivas y experiencia de la Sociedad Anónima Europea.

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 tarea⁹².

Si el primer proyecto de SE tenía la ambición de organizar todo el entramado relativo a esta innovadora figura en sus 300 artículos, la versión definitiva vigente contiene tan sólo 70⁹³, lo que supone una sensible reducción de las aspiraciones iniciales, así como un más amplio campo de juego para la autonomía de la voluntad. Existen de igual forma reglas y límites, pero hay menor reglamentación y mayor flexibilidad (a pesar de que no pueda considerarse ésta última como nota característica del tipo). Esta concepción⁹⁴, aunque parezca mucho más adecuada, presenta no obstante el inconveniente de cómo encuadrar en el ámbito de la Unión Europea ese marco de libertad, que si bien para determinados países podría resultar de fácil resolución a la luz de su reglamentación, para otros podría suponer un obstáculo insalvable.

⁹² En este sentido, Lutter, M.; "Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del Derecho de sociedades", NUE, nº 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.

⁹³ Esteban Velasco, G.; "La sociedad europea: un instrumento...", *cit.*, pág. 223.

⁹⁴ Más cercana al sistema americano, proclive a someter más decisiones a la voluntad contractual.

Es más, a pesar de que tanto España como Francia⁹⁵ 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 Bretón⁹⁶, no ha sido inscrita una sola SE en Francia, y a excepción de SCOR y de Suez⁹⁷ pocas sociedades francesas han anunciado su voluntad de adoptar esta nueva forma social⁹⁸. En España⁹⁹ la situación es similar y tampoco se conoce a día de hoy ningún proyecto de constitución bajo forma de SE.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Menjucq, M.; "La société européenne, (Règlement CE n° 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., n° 86, Paris, octobre 2005, pág. 5. Blanc, G. ; "La société européenne : la pluralité des rattachements en question (à propos du Règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001) ", Le Dalloz, n° 12, 2002, págs. 1052 y ss ; "La société européenne : enfin l'aboutissement !", Le Dalloz, n° 13, 2001, págs. 1085 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, n° 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, n° 28, enero de 2006, págs 34 y 35.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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

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 2008¹⁰⁰. 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 sociedad anónima europea denominada “*Huber Group Holding*”. Aunque según los argumentos esgrimidos por el representante de la sociedad española, ésta mediante el recurso interpuesto, no solicitaba una inscripción de la constitución de dicha SE, sino únicamente la publicación del hecho que habían sido cumplidos los requisitos exigidos en los artículos 32 y 33 del Reglamento 2157/2001, para tener la posibilidad de constituir la SE según el Reglamento

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.

⁹⁹ 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, nº 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), nº 29, septiembre-diciembre 2001, págs. 65 y ss.; Sanchez Calero, F. J.; “Notas sobre la introducción en España de la sociedad europea”, *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 33, 2003, págs. 178 y ss.; y del mismo autor, “Sobre la sociedad europea domiciliada en España”, RDBB, año nº 25, nº 101, 2006, págs. 225 a 229.

¹⁰⁰ 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.

alemán aplicable. Sí es cierto con todo, y así lo hace saber la DGRN, que entre las condiciones para la válida constitución de una SE que recoge el Reglamento, se exige la efectiva constitución de la sociedad con arreglo al ordenamiento jurídico de su sede social, inscripción que en este supuesto no se llevó a cabo. No obstante, el representante de la sociedad española arguyó en su defensa, que la falta de inscripción de la SE en el Registro Mercantil alemán correspondiente no se llevó a cabo, por falta de publicación por parte de la sociedad promotora en España. 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 artículo 33.3 del Reglamento, al que aludíamos con anterioridad). 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 LSA, como en nuestro RRM. A este respecto se sostenían dos teorías contrapuestas que defendían por un lado, que entre las condiciones para la constitución de una sociedad está la acreditación de la inscripción de la SE holding en su correspondiente Registro de Sociedades, como medio de prueba de su efectiva constitución con arreglo al ordenamiento jurídico de su sede social; y por otro, que bastaba el otorgamiento de la escritura correspondiente y el acuerdo de aportar a la SE las acciones o participaciones de las sociedades promotoras.

La reciente Resolución de la DGRN, que se ha pronunciado a favor de la segunda de las teorías, sostiene al respecto que la publicación ha de ser

previa a la culminación del proceso de constitución de la SE holding. La DGRN entiende que no se puede exigir que dicha publicación en España quede condicionada a la efectiva inscripción de la SE *holding* en el Registro de Sociedades de su sede social¹⁰¹.

La aparición de Resoluciones como la que ahora nos ocupa hace vislumbrar un atisbo de luz para esta figura que necesita de contribuciones como ésta 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 tardía¹⁰² transposición de la regulación comunitaria al respecto.

Recordemos en este sentido que aunque la entrada en vigor de la Ley 19/2005¹⁰³ se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, hubo que

¹⁰¹ Tejero Sarrión, E.V.; "La constitución de la Sociedad Anónima Europea *holding* con sede en el exterior", *Expansión*, 13 de marzo de 2008.

¹⁰² Recordemos que dicha transposición, tal como apuntábamos en el epígrafe anterior (véase al respecto III 1 A a), debería haberse llevado a cabo antes del 8 de octubre de 2004. No obstante, en fecha relativamente reciente, todavía continuaba pendiente en ordenamientos como el de Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Eslovenia y Liechtenstein.

¹⁰³ 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.

esperar a 2006 para que viera la luz la Ley 31/2006 de 18 de octubre¹⁰⁴ sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas¹⁰⁵. No obstante, de lo que no cabe duda alguna es de que el primer obstáculo con que se encuentra esta figura es su propia regulación¹⁰⁶, 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 fáciles¹⁰⁷, debemos esperar que las ventajas ofrecidas por la SE motiven a los Estados miembros a organizar y coordinar e incluso modificar su 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. Quizá de este modo la SE pueda llegar a integrarse plenamente en la corriente de flexibilización societaria característica de nuestro tiempo.

¹⁰⁴ BOE de 19 de octubre de 2006.

¹⁰⁵ Alcalá Díaz, M.A.; "Ley 31/2006 de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas", RdS, nº 27, 2006, págs. 641 y 642.

¹⁰⁶ Menjuçq, M.; *Droit international...*, cit., pág. 137; Fernández de Cordova Claros, I; "El futuro del Derecho de sociedades en Europa...", cit., pág. 25.

¹⁰⁷ 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. 1383 y ss., lo demuestran.

B) La sociedad privada europea.

a) Aproximación a la figura y propuestas de adopción.

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 (en adelante PYME)¹⁰⁸.

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 integración idónea en éste ámbito¹⁰⁹), no hay que olvidar que las PYME son importantes creadoras de empleo y constituyen el motor de una gran parte de la economía¹¹⁰. A este respecto y tras la adopción de la llamada "Carta Europea

¹⁰⁸ 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, nº 163, Bonn, 2008.

¹⁰⁹ 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".

¹¹⁰ 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.

de la pequeña empresa”¹¹¹ 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 sociedad privada europea (en adelante 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 PYME a un estatuto de Derecho europeo” de 25 de abril de 2001¹¹². 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 establecían una serie de recomendaciones detalladas sobre el posible contenido del Estatuto de la SPE¹¹³. En concreto, son once las recomendaciones

¹¹¹ 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.

¹¹² (2002/C 125/19). D.O. nº C125 de 27 de mayo de 2002, págs. 100 a 104.

¹¹³ 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)).

dictadas, la primera de las cuales alude con carácter general al Derecho comunitario como base para la forma de la empresa. En este sentido, el Parlamento Europeo considera que el Estatuto de la SPE debería contener en la medida de lo posible, un mayor número de disposiciones de Derecho comunitario que de Derecho nacional, pudiendo llegar a prescindir si es posible de estas últimas. Frente a esta primera recomendación de carácter general las siguientes se refieren a aspectos más concretos de la SPE; en este sentido la segunda recomendación alude al capital social, que según el Parlamento europeo debería ascender a 10.000 €, y debería dividirse en participaciones con un valor nominal determinado, expresado en euros. La tercera de las recomendaciones alude a la organización que debería contar como mínimo con un gerente. La cuarta se refiere al contenido de la escritura que debería necesariamente contener los siguientes datos: la forma jurídica y la razón social de la sociedad; la duración de la misma, (cuando se constituya por un periodo limitado); su objeto; su sede; su capital social; los órganos que pueden representarla ante terceros y en los tribunales y la aportación que debe hacer cada socio por su participación en la sociedad. La quinta recomendación alude a la responsabilidad del gerente o los gerentes de la SPE, que deberían ser responsables frente a la sociedad, de forma individual o solidaria, y del incumplimiento de sus deberes o de la inobservancia del deber de diligencia, del mismo modo. Por lo que respecta a la sexta de las recomendaciones el Parlamento Europeo considera que como regla general, los órganos de la sociedad deben ser responsables solidariamente de los perjuicios causados por la SPE. La séptima, por su parte, alude al reparto de activos patrimoniales de la sociedad que salvo excepciones sólo deberá permitirse cuando el patrimonio sea superior al capital social original aportado por los socios. La octava recomendación alude de forma abstracta a una serie de anexos que según el Parlamento debería contener el Reglamento. Estos anexos se concretan en modelos de estatutos; formas jurídicas de sociedad a las que se equipare la SPE

en cada Estado miembro, para los ámbitos no regulados en el Reglamento; y, denominación de los órganos de la sociedad en todas las lenguas oficiales. La novena, relativa al cierre anual de cuentas remite a las disposiciones armonizadas en materia de rendición de cuentas. La décima alude a las posibilidades de modificación estructural de la SPE. En este sentido apunta a la posibilidad de fusionarse, trasladar su sede social, dividirse y cambiar de forma adoptando la de SE, cuando el Derecho comunitario armonizado lo permita. De no existir disposiciones de Derecho comunitario pertinentes, se deberían aplicar según el Parlamento, las de Derecho nacional de cada Estado miembro. Ya por último la décimoprimer y última recomendación alude como sistema de cierre a los supuestos de disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos en que pueda verse inmersa la SPE. A este respecto el Parlamento Europeo considera que en caso de incapacidad de pago o endeudamiento excesivo, los gerentes de la SPE deben de ser obligados a iniciar, sin demora culpable y a lo más tardar en un plazo de tres semanas, un procedimiento de insolvencia, que de incumplirse conllevaría una responsabilidad inmediata y solidaria, frente a los acreedores perjudicados por dicho incumplimiento.

Las recomendaciones del Parlamento Europeo intentan 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 ésta 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 logrado 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.

Hay que tener en cuenta que en la elaboración del proyecto de informe se presentaron tres propuestas de Estatuto de SPE¹¹⁴, 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.

b) Perspectivas y viabilidad efectiva.

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 2007¹¹⁵, hubo que esperar a 2008 para que ésta se hiciera efectiva. No obstante el encargado del Mercado Interior y Servicios, Charlie Mc Greevy,

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Kulms, R.; "Private Company...", *cit.*, págs. 3 y 26 a 28.

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 2008¹¹⁶ 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 estuto de la sociedad privada europea¹¹⁷, cuya entrada en vigor será aplicable a partir del 1 de julio de 2010¹¹⁸.

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

Junto con el intento francés, que analizaremos seguidamente¹¹⁹, 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*¹²⁰, de 2 de agosto de 1994.

¹¹⁶ Véase, Boletín de Información Comunitaria. Área: Mercado Interior y Servicios, de 5 de octubre de 2007.

¹¹⁷ Bruselas, 25 -06 – 2008. COM (2008) 369 final. 2008/0130 (CNS).

¹¹⁸ Véase al respecto art. 48 de la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la SPE.

¹¹⁹ Véase al respecto la segunda parte del presente trabajo dedicado al estudio pormenorizado de ésta figura.

¹²⁰ *Bundesgesetzblatt* (BGBl) nº 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, nº 4, 1995, págs. 354 a 355.

Frente a la imperatividad que emanaba de la *Aktiengesellschaft*¹²¹ (AG) en su texto de 1965, la *Deregulierung* de 1994 imprimió un tono de simplificación, con la introducción de la pequeña sociedad por acciones. No obstante, la doctrina en general¹²² 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, ésta 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 SRL¹²³, facilitando su transformación en pequeñas sociedades anónimas y aligerando las rigideces que imponía la figura de la clásica SA. En este sentido se procedió al reconocimiento legal de la junta universal y a la simplificación de trámites respecto a la convocatoria de la junta general, por medio del envío de cartas certificadas. Además, se admitió la posible fundación de una SA unipersonal, y la supresión del depósito del informe de fundación realizado por un experto

¹²¹ *Aktiengesellschaft*, es el término con el que se conoce a la SA alemana.

¹²² 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-Ostúa y Ripoll, R.; "La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas", CDC, nº 32, septiembre de 2000, pág. 38; Miquel Rodríguez, J.; "La reforma de la Ley alemana de sociedades anónimas (*Aktiengesellschaft-Gesetz*)", Revista Jurídica de Cataluña, nº 2, 1995, págs. 452 a 458; Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, cit., pág. 91.

¹²³ 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. 1808.

independiente de la Cámara de Comercio e Industria correspondiente al domicilio de la sociedad. Se planteó, de igual forma, la posibilidad de no documentar notarialmente los acuerdos rutinarios adoptados en la junta que no se refirieran a la modificación de los estatutos, al aumento y reducción de capital, a la disolución, fusión, escisión o transformación; asimismo, se produjo un importante fortalecimiento de la autonomía de la voluntad en lo relativo a la aplicación del excedente del ejercicio. No obstante, sin duda el aspecto de mayor relevancia en orden a imprimir la simplificación característica de esta forma social fue la liberación de las normas de cogestión de las SA de menos de quinientos trabajadores, para equipararlas a las SRL¹²⁴.

La aparición de esta figura en Alemania ha abierto, a pesar de su fracaso, un debate sobre la reclasificación de las sociedades capitalistas nacionales, concretada a día de hoy en tres figuras, la AG, la pequeña AG y la GmbH. Frente a esta diversidad, se está reflexionando sobre una posible reunificación del Derecho de sociedades de capital en torno a una forma única, la AG, que podría presentarse según tres modelos: la *private* AG, la *offene* AG, y la *große* AG, y que permitiría abarcar todos los tipos de sociedades de capital, desde la pequeña y flexible AG, hasta la AG reservada a las sociedades de grandes dimensiones¹²⁵.

No obstante, al proceso de permanente reforma y debate en el que se encuentra inmersa desde hace quince 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

¹²⁴ En este sentido véase, García Mandaloniz, M.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el diván...*, cit., pág. 140.

¹²⁵ Véase al respecto, Pauleau, C.; *El régimen jurídico de las joint ventures*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 439 a 451.

modernización del Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada y para la lucha contra los abusos" (MoMiG)¹²⁶, de 23 de octubre de 2008. Dicha reforma, de implicaciones mucho mayores que las anteriores, supone una profunda revisión y simplificación de ésta figura¹²⁷. 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", "Übersserring", "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 € si la sociedad se constituye con la

¹²⁶ La abreviatura "Mo" alude al término modernización. "Mi" significa "missbrauch", abuso.

¹²⁷ 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 nº 9, 1 september 2008, págs. 1063 a 1068; 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. 1069 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*, nº 10, 2009, págs. 399 a 403.

forma de "*Unternehmergeellschaft*"¹²⁸, que es una nueva modalidad de SRL. Por el contrario, la Ley no ha procedido a simplificar el régimen de transmisión de las participaciones sociales que tras la reforma mantiene el requisito de la formalización de la transmisión en escritura pública. Lo que si 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

¹²⁸ Schmidt, J.; "The new *Unternehmergeellschaft* (Entrepreneurial company) and the Limited – A comparison", en *Renovating the German private...*, cit. págs. 1093 y ss.

primer orden, no solo porque Inglaterra fue su cuna, sino porque todavía el Derecho inglés sigue siendo un modelo para muchos países¹²⁹. 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 que se permite de constituir una sociedad en Reino Unido en tan solo veinticuatro 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. 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 ordenamiento¹³⁰. 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

¹²⁹ 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. 1191 y ss., en el que lleva a cabo un análisis comparado del Derecho societario francés y el inglés.

¹³⁰ Ya veíamos un supuesto de este tipo al analizar el asunto suscitado por la Sentencia "Centros", en el epígrafe introductorio de esta primera parte.

consuetudinarias se consideran como fuentes primordiales del Derecho. De ahí, que esa mayor cabida a la flexibilidad no deba sorprender.

Como premisa, debemos apuntar que aunque para el Derecho inglés las principales formas de sociedad son dos: por un lado, las sociedades en nombre colectivo o asociaciones; y por otro, las corporaciones o sociedades por acciones, que se subdividen a su vez en *limited company*, *unlimited company* y *company limited by guarantee*¹³¹, hay dos clases principales de compañías: las públicas, que se reservan generalmente para las grandes empresas; y las privadas que se reservan para sociedades de menor entidad, con un número más limitado de socios¹³². No obstante, hay que remarcar que en el Reino Unido son tres los tipos de sociedades predominantes¹³³: la *Public Limited Company* (conocida como PLC), es comparable (si bien con diferencias importantes) a una sociedad que utiliza ahorro público y cuyo régimen se acerca al de la SA existente en España, Francia, Luxemburgo, Bélgica y Suiza; la *Limited Liability Partnership* (LLP)¹³⁴; y,

¹³¹ Pennington, R.R.; *Company...*, cit., págs. 776 a 778, por lo que respecta a la *company limited by guarantee*; y 778 a 781 a la *unlimited company*; Mayson, S.W.; French, D. y Ryan, C. L.; *Company Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2005, págs. 50 y ss; Mc Geachie, J.; "England. Private Limited Companies" en *Corporate Business Formes in Europe...*, cit., pág. 62; Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, cit., pág. 128.

¹³² En este sentido, Pennington, R.R.; *Company Law*, Butterworths, London, 1990, pág. 3 y 751; Dine, J.; *Company Law*, Great Britain, 2005, pág. 12; Davies, P.L.; *Gower's principles of modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, págs. 12 y 13; Meinhardt, P. y Davis, N.; *Company Law in Great Britain*, Cogger, Great Britain, 1982, pág. 24; Dignam, A. y Lowry, J.; *Company...*, cit., págs. 62 a 64; Guadarrama López, M. E.; "SA cerrada y SA abierta o bursátil. Caracterización y problemática general", Tesis Doctoral dirigida por Girón Tena, J., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, págs. 15 y 144.

¹³³ Hannigan, B.; *Company Law*, Lexis Nexos Butterworths, Great Britain, 2003, págs. 3 a 32.; Tunc, A.; *Le Droit anglais des sociétés anonymes*, Dalloz, Paris, 1987, págs. 37 y ss.

¹³⁴ Kulms, R.; *Private Company...*, cit., págs. 13 y 14.

la *Private Limited Company*¹³⁵ (conocida como LTD o *Limited Company*) que es parecida a una sociedad de responsabilidad limitada. En concreto es ésta última la que nos interesa a efectos de nuestro estudio¹³⁶.

Todas ellas se constituyen según las llamadas *Companies Act* (Leyes de Compañías). La *Companies Act* de 1985, modificada en 1989 para permitir una total armonización comunitaria, y más recientemente en 2006¹³⁷, rige el

¹³⁵ Kulms, R.; *Private Company...*, cit., págs. 9 a 12; Pennington, R.R.; *Company...*, cit., págs. 751 y ss.

¹³⁶ Las características principales de una sociedad limitada (*Limited*) inglesa son: Su denominación social (nombre de sociedad o razón social) debe ser aceptada por el registro inglés de sociedades. Esta aceptación sirve de protección del nombre que en su caso se le da a la empresa en cuestión. La sede debe situarse en Gran Bretaña pero las asambleas pueden celebrarse donde se desee. El objeto social no es limitativo y autoriza al ejercicio de todas las actividades legales, esto resulta ser una ventaja innegable sobre las demás legislaciones. Ninguna exigencia de capital mínimo, quedando éste suscrito y liberado a voluntad de los asociados. La responsabilidad de los miembros de la empresa se limita al importe suscrito de las acciones liberadas y al importe del capital suscrito sin liberar todavía. En los estatutos no se fija ninguna duración. Un asociado es suficiente para formar la sociedad. El anonimato puede quedar garantizado gracias a la figura del director asignado. Un director representa la sociedad. En la práctica, existen al menos dos, si bien de cara al registro o a las autoridades, no se hace ninguna distinción entre los títulos de los directores: El "director ejecutivo" activo (el que ejecuta la actividad empresarial diaria) y el "director no ejecutivo" comparable al administrador de una sociedad. El *secretary* es el representante administrativo que gestiona las relaciones con las autoridades legales, concretamente velando por el buen funcionamiento de la sociedad. Es indispensable tener un asistente que conozca bien la legislación británica. El auditor o interventor de cuentas no es necesario más que cuando se sobrepase el límite de ingresos de nueve millones de euros. En el Reino Unido, el auditor es designado por los directores por periodos anuales.

¹³⁷ La *Companies Act* de 2006 (8 de noviembre de 2006), con 1300 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

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 reglamentados y no sometidos 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 éste en un serio competidor con otros sistemas europeos. No obstante, no son éstas 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; éste último resulta además especialmente favorable y atractivo en Reino Unido. Del mismo modo, la situación de Londres, primer centro financiero de la UE, favorece una gestión internacional acrecentada por regímenes sociales modulables y poco costosos.

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 ésta 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.

En general, podemos destacar que esta sencillez de funcionamiento del sistema jurídico redundará 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 británico¹³⁸. 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.

Además, debemos tener en cuenta que la evolución del Derecho societario inglés en esta última década y concretamente la revisión lanzada por el departamento de Comercio e Industria en el año 1998 que prosiguió en 1999 con la publicación en el mes de febrero del documento de consulta titulado "*Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework*", y más recientemente con la *Companies Act* de 2006¹³⁹, abogan expresamente por

¹³⁸ 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 del 2005.

¹³⁹ Algunos de los cambios que propone dicho texto se refieren a cuestiones relativas a los administradores, a la responsabilidad de los auditores y al capital. Por lo que respecta a los

una mayor flexibilidad. Esa flexibilidad se propugna concretamente en dos de los asuntos sometidos a discusión en el documento al que anteriormente aludíamos. Por un lado, al pronunciarse sobre las necesidades de las pequeñas sociedades cerradas, se plantea la posibilidad de concederles mayor libertad a la hora de adaptar sus estatutos a sus propias necesidades y, por otro, al referirse a la constitución de las sociedades, el documento pone de relieve la necesidad de simplificar el proceso de constitución de las sociedades¹⁴⁰. De este modo el

administradores, sus deberes se regularán separadamente a través de un nuevo Código (*Statutory Code*). Esta decisión se tomó tras la realización de una serie de encuestas que demostraron en la práctica, que muchos administradores desconocían esos deberes. De este modo la nueva regulación introduce entre otros, un procedimiento mediante el cual se permite a los socios ratificar la conducta de un administrador aunque sea contraria a sus deberes. Además, se introduce un nuevo deber de los administradores de no aprobar las cuentas a menos que estén plenamente convencidos de que dan una visión real y fiel del valor de los activos, deudas, posición financiera y pérdidas y ganancias de la compañía. Por otro lado y en relación con la responsabilidad de los auditores, las compañías podrán acordar un tope máximo a la responsabilidad del auditor derivada del informe de auditoría para el ejercicio especificado en el contrato, que no podrá extenderse más allá de un año. Por lo que respecta al capital, las compañías no cotizadas podrán con carácter general prestar asistencia financiera para la adquisición de sus propias acciones. Asimismo, una compañía no cotizada podrá reducir su capital sin necesidad de autorización mediante una declaración de solvencia emitida por los administradores. Véase en este sentido, "Cambios en el Derecho societario inglés", *Gaceta de los Negocios*, 6 de noviembre de 2006.

¹⁴⁰ Sobre la evolución experimentada en el Derecho inglés en esta última década véase, Villiers, Ch.; "Evolución del Derecho de sociedades en el Reino Unido año 1997", *RdS*, nº 10, 1998, págs. 509 a 513; "Derecho de sociedades en el Reino Unido durante el año 1999", *RdS*, nº 14, 2000, págs. 656 y ss. (en especial y por lo que se refiere al tema que nos ocupa pág. 656 y 657); "Revisión del Derecho de sociedades en el Reino Unido durante los años 2003-2004", *RdS*, nº 25, 2005, págs. 519 y ss.

Derecho inglés hace patente su preocupación por adaptar su Derecho societario nacional a las necesidades que reclama la práctica societaria actual¹⁴¹.

4.- Breve referencia al Derecho societario de 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 EE.UU. 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 dispositivo¹⁴². 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 inglés¹⁴³. Ambos se caracterizan porque, frente a un

¹⁴¹ Hertig, G. y Mc Cahery, J.A.; "Optional rather than Mandatory EU Company Law: framework and specific proposals", ECFR, 4 / 2006, págs. 342 y ss. Companies Act 2006, "A summary of what it means for private companies", Department trade and Industry, february 2007, págs. 1 y ss.

¹⁴² 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.

¹⁴³ 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...".

sistema latino o continental marcado por la influencia de los ordenamientos, frances, alemán e italiano, éstos, 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 Derecho¹⁴⁴. 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 autorregulación¹⁴⁵.

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 sociedades¹⁴⁶; 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

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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. 1395 y ss.; Pelegrí y Girón, J.; "Una aproximación al Derecho de sociedades de Estados Unidos", CDC, nº 6, 1989, págs. 178 a 180.

¹⁴⁶ 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.

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 relaciones internas de la sociedad tales como, derechos de los accionistas, poderes y deberes de los administradores. 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 Delaware¹⁴⁷ 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 % del total de sus ingresos¹⁴⁸, de ahí que sea también uno de los mayores centros bancarios de EE.UU. 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.

¹⁴⁷ Cary, W.L.; "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware...", cit., págs. 663 y ss; *Delaware...*, cit., págs. 311 y ss.

¹⁴⁸ 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 Fischel, D.R.; *La estructura económica del Derecho...*, cit., pág. 262 y 263.

No obstante, como premisa es oportuno referirse a los “tipos” o formas jurídicas de sociedades que pueden considerarse preferidas en EE.UU. Estas formas se concretan en los siguientes modelos¹⁴⁹: como *Corporation* o sociedad por acciones, que se subdivide a su vez en sociedades abiertas o cotizadas, y sociedades cerradas (*close corporations*) que no cotizan. No obstante, también podrán operar bajo esta forma societaria las llamadas *professional corporations*, dirigidas a que profesionales liberales del mismo sector se agrupen con un fin común y cuya característica básica es la responsabilidad ilimitada de sus accionistas.

Junto a estas figuras societarias el Derecho americano reconoce las llamadas *partnership*¹⁵⁰. Aunque la traducción de este término corresponda al de sociedad, estas figuras parecen más bien asemejarse con el contrato de sociedad que regula el C.C.¹⁵¹, o en todo caso con las sociedades personalistas del Cod. de com. Dentro de este tipo societario encontramos dos posibles variantes: la *general partnership*, en la que todos los socios tienen una responsabilidad ilimitada y que vendrían a corresponderse con las sociedades colectivas del Derecho español; y la *limited partnership*, en la que existe la posibilidad de que junto con los socios colectivos que tienen una responsabilidad ilimitada, aparezcan otros socios que limitan su responsabilidad al valor de sus aportaciones, que se correspondería con nuestra sociedad comanditaria.

Además de las figuras apuntadas anteriormente que parecen guardar cierta similitud con figuras existentes en nuestro ordenamiento, el Derecho

¹⁴⁹ En este sentido, Pelegrí y Girón, J.; “Una aproximación al Derecho de sociedades...”, cit., págs. 180 a 182.

¹⁵⁰ Eisenberg, M.A.; *Corporations and other business organizations. Cases and materials*, Foundation Press, New York, 2005, págs. 31 y ss., y 466 y ss.

¹⁵¹ Alemán Laín, P.; *Función del valor nominal*, cit., pág. 58.

americano acuña una nueva institución que poco a poco se ha ido imponiendo en nuestra literatura societaria, nos referimos en este sentido a las llamadas *joint ventures*¹⁵². Aunque de difícil traducción, el equivalente en nuestro ordenamiento podría encontrarse, si bien con dudas, en figuras como los contratos de cuentas en participación, o las uniones temporales de empresas. La *joint venture* que responde a un tipo de sociedad personalista o *partnership*, que se caracteriza por la responsabilidad ilimitada de las personas que la integran, se crea para una actividad concreta con duración limitada. Ello las diferencia de las tradicionales *corporations*, que analizábamos con anterioridad, que suelen nacer con vocación indefinida.

Del mismo modo, el Derecho americano reconoce también la posibilidad de constituirse bajo la forma de la llamada *sole proprietorship*, que es una de las formas más usuales en EE.UU. Esta figura que coincide con la noción de empresario individual reconocida por nuestro Derecho, no es más que un nombre comercial bajo el que opera una persona concreta, sometida a una responsabilidad ilimitada en sus actuaciones.

Y, ya por último, el ordenamiento americano reconoce las llamadas *branch* y *subsidiary*, que responden correlativamente a nuestras delegaciones y filiales de sociedades.

De todas estas figuras societarias sin duda la que nos resulta de mayor interés no sólo 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

¹⁵² Véase en este sentido, Pauleau, C.; *El régimen jurídico...*, cit., págs. 439 a 451; Harrigan, K.R.; *Managing for Joint Venture success*, Lexington Books, United States, 1986, págs. 15 y ss.

sociedad por acciones¹⁵³. 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 Derecho Norteamericano a raíz de las últimas revisiones legislativas llegando incluso a prescindirse de ellos. A éste respecto, uno de los hechos de mayor trascendencia, fue la admisión de acciones sin valor nominal¹⁵⁴.

Del mismo modo, y tal como apuntábamos con anterioridad, algunos Estados regularon en su día la figura de las llamadas *close corporations*¹⁵⁵, 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

¹⁵³ A este respecto, Soderquist, L.D.; Smiddy, 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.

¹⁵⁴ Alemán Laín, P.; *Función del valor nominal...*, cit., pág. 31.

¹⁵⁵ Alemán Laín, P.; *Función del valor nomina...l*, 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.

consiguiente falta de determinación de su capital social, a los que aludíamos con anterioridad.

El modelo de SA tipificado en EE.UU. 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 sólo 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*¹⁵⁶ como, los *by-laws*. Los *articles of incorporations* no son más que el conjunto de actos encaminados a la fundación de la *corporation*, que culminan con el depósito del documento constitutivo en el registro de la oficina pública del estado designada al efecto¹⁵⁷. Los *by-laws*, que parecen identificarse con nuestros estatutos pero que en la práctica distan bastante de ellos, pueden considerarse como un reglamento de régimen interno que incluye cláusulas relativas a la estructura y funcionamiento de la sociedad y de sus órganos. Éste reglamento de régimen interno, que no se incluye dentro de los *articles* ni se inscribe en ninguna oficina pública, puede aprobarse y modificarse por el propio órgano de administración sin necesidad de intervención de la junta. Por ello, mientras que en los *articles* suelen incluirse por regla general todas aquellas cuestiones a las que por su importancia o carácter inusual se quiere dar un carácter público y, de éste modo, dificultar su posible modificación, en los *by-laws* se incluyen

¹⁵⁶ No obstante, y aunque con carácter general éste 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*.

¹⁵⁷ Esta oficina será generalmente la del Secretario de Estado.

normalmente aspectos relacionados con el funcionamiento ordinario de la sociedad¹⁵⁸.

Además, bajo las premisas que también apuntábamos previamente, la constitución de una SA en Estados como el de Delaware conlleva el reconocimiento de una parcela de flexibilidad aún más amplia, que se extiende a áreas tan importantes como la titularidad, la administración y el funcionamiento y, que permite a la sociedad adaptarse de la mejor manera posible a las necesidades comerciales de las partes¹⁵⁹. De este modo la creación de una SA en Delaware es un proceso relativamente simple, que incluye únicamente la formalización de esos dos documentos esenciales a los que aludíamos con anterioridad, el certificado de constitución y los estatutos.

Frente al amplio panorama expuesto con anterioridad, hay que tener en cuenta que entre 1988 y 1993 los Tribunales americanos reconocieron una nueva forma de sociedad, la *Limited Liability Company* (en adelante LLC)¹⁶⁰ 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

¹⁵⁸ En este sentido véanse las interesantes consideraciones que al respecto del singular papel de la autonomía privada lleva a cabo, Guerra Martín, G.; *El gobierno de las sociedades...*, cit., págs. 73 y ss.

¹⁵⁹ Symonds Jr., R.L., y O'Toole, M.J.; "*Delaware: La puerta de ingreso preferida al mercado Estadounidense*", Corporation Service Company, <https://www.incspot.com>, págs. 6 y ss.

¹⁶⁰ 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*, 3ª ed., Washington, mayo 2007, págs. 17 y 18, 25 y 59 y ss.

como de una serie de beneficios fiscales, entre los cuales destaca la exclusión de la doble imposición del impuesto sobre la renta¹⁶¹. A grandes rasgos, cabe señalar que su estructura se estipula en sus estatutos de organización. Existe además, el llamado acuerdo de operaciones (*operations agreement*), que no es más que un contrato firmado por los socios de la LLC que establece con detalle el funcionamiento de la sociedad, así como sus respectivos derechos y obligaciones. Los socios de una LLC pueden gestionar la sociedad por ellos mismos o pueden, de acuerdo con el *operations agreement*, delegar sus poderes de dirección a uno o más miembros, llamados socios directores. Además con carácter general, y a no ser que se disponga otra cosa en los estatutos de organización, la gestión de las LLC está limitada a sus socios, quienes la gestionarán y la dirigirán de acuerdo con la Ley de LLC de cada Estado de constitución. Esa misma Ley también establece que cada socio podrá obligar a la sociedad en sus operaciones comerciales diarias. Además, como la sociedad no será gestionada por socios futuros, se evita que socios adicionales de la sociedad tengan los poderes de dirección y control de los miembros iniciales que automáticamente están investidos de estos poderes por la normativa reguladora de la LLC. Todas estas cuestiones se hacen todavía más patentes si la sociedad decide constituirse en el Estado de Delaware, cuya política, como apuntábamos con anterioridad, es aplicar al máximo el principio de libertad de contratación y exigibilidad de los acuerdos de constitución. Dicho principio se manifestará de manera muy especial en lo relativo a su administración; de este modo, las partes podrán elegir la forma de administración que les resulte más conveniente. No obstante, esta flexibilidad, que no sólo se predica de sus fases de creación y funcionamiento, sino de las diversas maneras de reorganizar la

¹⁶¹ Estas ventajosas exenciones fiscales fueron acordadas por la Hacienda americana, el *Internal Revenue Service* (IRC) 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*".

sociedad a lo largo de su existencia, implica que las partes pueden ajustar la sociedad a sus concretas necesidades comerciales, de modo que pueden regular casi todos los aspectos de la relación que los vincule¹⁶².

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 sólo 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 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.

¹⁶² Véase al respecto, Symonds Jr., R.L., y O'Toole, M.J.; *"Delaware: La puerta de ingreso preferida..."*, cit., págs.10 y ss.

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

Al igual que el ordenamiento inglés, 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 Europea¹⁶³, 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 estatutaria¹⁶⁴. Aunque la aprobación de dicho proyecto se presumía durante el año 2002, hubo

¹⁶³ Véase en este sentido, Benedettelli, M.; "L'autonomia negoziale fra lex contractus, lex societatis, e lex mercatus nel mercato comunitario delle regole", RDS, nº 2/2007, págs. 39 a 43.

¹⁶⁴ Montalenti, P.; "La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales", RdS, nº 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 S.R.L." en Bauco C. (coord.); *La nuova S.P.A. e la nuova S.R.L. 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.

que esperar al 10 de enero de 2003 para que el mismo fuese efectivo¹⁶⁵. De igual modo, los principios generales fijados en materia de sociedades de capital por el art. 2 de la Ley italiana de sociedades (*Legge* 366/2001 de 3 de octubre¹⁶⁶)¹⁶⁷, 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 financieros¹⁶⁸. 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 limitada¹⁶⁹. 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 exclusión¹⁷⁰ y en la posibilidad de derogar, por decisión de los socios o de la administración, el

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ Gazzetta Ufficiale nº 234 de 8 de octubre de 2001.

¹⁶⁷ Véase al respecto, Abriani-Marco Maltoni, A.; "Elasticità organizzativa e reparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata", RDS, nº 2/2007, pág. 29; AA. VV., *Diritto...*, cit., pág 8.

¹⁶⁸ Montalenti, P.; "La reforma del derecho societario...", cit., pág. 38.

¹⁶⁹ Stella Richter Jr., M.; *Trasferimento del controllo e rapporti tra soci*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, págs. 312 y ss.

¹⁷⁰ AA. VV.; *Diritto...*, cit., pág 292 y ss.

modelo colegial propio de la SA¹⁷¹, que hacen caer muchas barreras a las que se sometía con anterioridad la clásica SRL italiana¹⁷².

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 SRL¹⁷³. 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. En este punto

¹⁷¹ AA. VV., *Diritto...*, cit., pág 305 a 309.

¹⁷² 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.

¹⁷³ AA. VV., *Diritto...*, cit., págs. 273 y 274.

cabe subrayar que aunque indudablemente dicha reforma ha supuesto un gran avance en materia societaria para el Derecho italiano, no hay que olvidar la imposición de ciertos límites y cautelas a la hora de su aplicación, (sin duda exigibles, pero en ocasiones excesivos), lo que puede ser motivo de controversias.

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 (en adelante 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 nuestro 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 éste 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 éste 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, ni tampoco introducir juicios de valor sobre su aplicabilidad a nuestro Derecho, dado que tanto el segundo como el quinto capítulos del presente estudio, se dedicarán íntegramente a este fin. Por ello, 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”¹⁷⁴, 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 1999¹⁷⁵ la Ley nº 99-587 sobre la innovación y la investigación cambió radicalmente las bases de ordenación de la Sociedad por acciones simplificada¹⁷⁶. Casi diez 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 jurídico¹⁷⁷.

La SAS constituye por lo expuesto la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés¹⁷⁸. 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

¹⁷⁴ Périn, P. L., *La société par actions simplifiée*, Joly Editions, Paris, 2008, pág. 5.

¹⁷⁵ Le Cannu, P.; “La SAS pour tous”, Bull. Joly, 1999, pág. 841 y ss.

¹⁷⁶ Véase Salgado Salgado, M^a. B.; “La société par actions simplifiée : la estructura más flexible del derecho de sociedades francés”, RDM, nº 241, julio-septiembre 2001, págs. 1515 a 1538; Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, cit., págs. 106 y ss.

¹⁷⁷ Véase, Saintourens, B.; “Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie”, Rev.Soc., nº 3, juillet/septembre 2008, págs. 483. El profesor Saintourens apunta que se ha pasado de una sociedad por acciones simplificada, a una sociedad por acciones muy simplificada.

¹⁷⁸ 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.

diferente de las clásicas sociedades por acciones¹⁷⁹. La Ley nº 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.

Tema de gran utilidad entre juristas, abogados y magistrados franceses como lo demuestran las numerosas publicaciones y actos celebrados tomando como base esta cuestión¹⁸⁰, 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 estructura¹⁸¹.

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

¹⁷⁹ Berlioz, G.; "SAS la Révolution sociétaire", *Marchés et technique financières-haute finance (MTF)*, nº 59, mars 1994, pág. 50.

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ Pailhuseau, 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.

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 mercantiles¹⁸². 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 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 disolución¹⁸³. De igual modo, el proyecto propone ciertas estipulaciones particulares en las disposiciones transitorias por lo que respecta a su entrada en vigor, así como una conclusión en la que habilita al gran Duque de Luxemburgo como último exponente para proceder por vía de Reglamento a la codificación. También propone la reagrupación en un único Código de sociedades de las disposiciones del C.C. 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

¹⁸² Este proyecto se conoce como "*le Projet*".

¹⁸³ Thieltgen, N. y Bena, M.; "Projet de modernisation du Droit des sociétés luxembourgeois", DroitBelge.Net, actualités, 12 décembre 2007.

las que introduce, que, tal como apuntábamos con anterioridad, tiene que ver con la constitución y la nulidad de las sociedades. En este apartado, y tras plantear la inserción de un nuevo apartado 3º en el artículo 1855 del C.C. 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 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 francés¹⁸⁴.

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

¹⁸⁴ Entre otros, estos argumentos son los que hemos esgrimido desde el inicio de nuestra investigación sobre este tema, (iniciada antes de esta propuesta de proyecto luxemburgués) así como de nuestra exposición en la presente tesis, para fundamentar la conveniencia de adoptar de igual modo una figura de características similares en nuestro ordenamiento. En este sentido, Navarro Matamoros, L., "Libertad contractual y Derecho de sociedades: el caso de la sociedad por acciones simplificada del Derecho francés", trabajo de investigación leído en el Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont" de la Facultad de Derecho de Valencia (Universidad de Valencia), el día 29 de junio de 2006, así como, Navarro Matamoros, L., "El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar" (Comentario a la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado), RdM, nº 264 – 265, abril-septiembre 2007, págs. 616 a 618, en su apartado de consideraciones finales; e "Intentos de flexibilización en el moderno Derecho societario europeo", Ceflegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº 82, noviembre 2007, págs. 21 y ss. De igual modo, epígrafes I *in fine*, II y III- 5 de la primera parte del la presente tesis.

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 acciones¹⁸⁵.

Si la propuesta analizada prosperara, supondría sin duda un gran avance para el Derecho luxemburgués, pues éste 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.

IV.- APUNTES SOBRE LA TIPOLOGÍA SOCIETARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Por lo que respecta al ordenamiento español, es sobradamente conocido que con el ingreso en la Unión Europea, la necesidad de adaptar nuestro Derecho a las Directivas emanadas por la Unión, se vio cubierta a través de un proceso de necesaria reforma legislativa que culminó con la Ley de 22 de diciembre de 1989 de SA, y la de 23 de marzo de 1995 de Sociedades de

¹⁸⁵ Thieltgen, N. y Bena, M.; "Projet de modernisation...", *cit.*

Responsabilidad Limitada (SRL), sin perjuicio de otras reformas legislativas complementarias (Cod. de com, RRM, etc.)¹⁸⁶. Buena prueba de esta constante necesidad de adaptación la encontramos en la reciente implantación de la Sociedad Anónima Europea, que analizábamos con anterioridad¹⁸⁷. No obstante, y fuera de esos intentos de armonización, no podemos señalar al ordenamiento español como especialmente innovador en materia societaria, dado que fuera de la "Propuesta de Código de sociedades mercantiles" gestada en el mes de noviembre de 2002, y la elaboración y posterior regulación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (en adelante SLNE), no conocemos otras manifestaciones relevantes en el tema que nos ocupa¹⁸⁸. Teniendo en cuenta que no aludiremos a la tipificación parcial de la sociedad cotizada¹⁸⁹ introducida tras

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ Véase al respecto, el epígrafe III 1 de la presente parte, en su apartado A) a), en el que se analiza la transposición del Reglamento y Directiva comunitarios a nuestro ordenamiento.

¹⁸⁸ En este sentido, Embid Irujo, J.M.; "La Sociedad Limitada Nueva Empresa en el marco del Derecho español de sociedades", *Revista jurídica del notariado*, nº 46, abril-junio, 2003, págs. 108 y 109; y, Embid Irujo, J.M.; "Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa", *RVEH*, nº10, I/2004, págs. 188 y 189.

¹⁸⁹ 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", 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", AA.VV. *Régimen jurídico español...*, cit., págs. 49 a 52 y 64 y ss.; García de Enterría, J.;

la reforma de la Ley 26/2003 de 17 de julio, que con el fin de reforzar la transparencia¹⁹⁰ de las sociedades anónimas cotizadas modificó, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (introduciendo un nuevo título X relativo a las sociedades cotizadas), y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas al que aludíamos con anterioridad¹⁹¹, dado que no se inserta en el marco de la flexibilidad que interesa a efectos de este trabajo.

“El reglamento del Consejo”, 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 Proyecto de Ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”, RdS, nº 20, 2003, págs. 31 y ss.; Alonso Ledesma, C.; “La reforma de la sociedad cotizada”, en Alonso Ureba-Martinez Simancas (directores), *El Derecho del mercado financiero*, vol. V, Editorial Sopec, Madrid, 1999, págs. 3269-3347; 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.;

¹⁹⁰ 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, nº 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 nº 22, nº 89, 2003, págs. 419 a 422.

¹⁹¹ 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.

1.- Nueva tipificación en Derecho español. La Sociedad Limitada Nueva Empresa.

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 todos los ordenamientos en los que centrábamos nuestro estudio en el epígrafe anterior, encontramos una similitud en que todos ellos responden o bien a la nueva creación de especialidades simplificadas de tipos sociales consolidados, o bien a la simplificación de los ya existentes; pero también encontramos entre ellas una divergencia que se hace aún más patente al enfrentarnos al análisis de la nueva sociedad española.

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

La SLNE¹⁹², que fue objeto de regulación en la Ley 7/ 2003¹⁹³, de 1 de abril¹⁹⁴, constituye, según se deduce de su exposición de motivos, una singular

¹⁹² Hierro Anibarro, S.; lleva a cabo un detenido análisis de esta figura en "La Sociedad Limitada Nueva Empresa", en *Tratado de Derecho Mercantil*, Olivencia, M.; Fernández-Novoa, C.; y Jiménez de Parga, R. (dir.), tomo XI, vol. 4º, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 22 y ss.; Valpuesta Gastaminza, E.Mª.; *La sociedad nueva empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 13 y ss.

¹⁹³ Esta Ley, modifica como es bien sabido, la Ley 2/ 1995, de 23 de marzo de SRL.

¹⁹⁴ BOE de 2 de abril de 2003.

figura societaria enmarcada en la Ley de SRL, caracterizada por su específico tratamiento, y por su especial incidencia tanto en diversos ámbitos normativos¹⁹⁵, como, en el marco de la fe pública registral y notarial¹⁹⁶. No obstante, dicha figura no puede considerarse un nuevo tipo social, sino más bien, y sobre la base de lo dispuesto por el art. 130 de la LSRL¹⁹⁷, una subespecie de una figura ya conocida¹⁹⁸. La forma de SLNE, que se concibe como un instrumento jurídico al servicio de las PYMES¹⁹⁹, sólo puede alcanzarse por vía de elección voluntaria, a través de su correspondiente proceso fundacional, dado que, únicamente, se permite la transformación de SLNE en SRL, pero no a la inversa.

La SLNE se ve sometida, pues, tanto a las disposiciones relativas a la SRL, como a las propias que para la misma se establecen, a pesar de los relevantes desajustes que se constatan entre la SRL y la SLNE, no sólo en materia de órganos sociales, sino también por lo que respecta a su transformación, a la que aludíamos someramente con anterioridad. No

¹⁹⁵ Como el tributario o el administrativo.

¹⁹⁶ En este sentido, Embid Irujo, J.M.; *La "Sociedad Limitada Nueva Empresa"...*, cit., págs. 108 y 109.

¹⁹⁷ Véase Cuñat Edo, V.; "Disposiciones generales", en *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Boquera Matarredona, J. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 35 a 37.

¹⁹⁸ Véase Embid Irujo, J.M.; "Consideraciones generales sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa", en *La Sociedad Limitada*, cit..., págs. 19 y ss; y, así como, "Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa", RVEH, nº 10, 2004, pág.190. Del mismo modo, Juan Mateu, F.; "The private company in Spain – some recent developments -", ECFR, 1/2004, págs. 62 y 63.

¹⁹⁹ Véase en este sentido, Embid Irujo, J.M.; "La Sociedad Limitada Nueva Empresa...", cit., pág. 117.

obstante, en punto a su constitución²⁰⁰ no se alteran las reglas generales que rigen en sede de limitadas, en orden al número mínimo de fundadores, que se concreta de acuerdo con lo dispuesto por el art. 133.1º de la LSRL en uno o varios sujetos que tengan, eso si, la condición de persona física. En lo que se refiere al número máximo de socios, se fija en principio un límite de cinco, lo cual lleva a pensar en una forma jurídica concebida para empresas de reducidas dimensiones, en la que se pretende que primen las relaciones personales entre los socios. No obstante, el automatismo procedimental, la imperatividad de sus normas²⁰¹ y la restricción a la autonomía de la voluntad²⁰², distan de convertirla en una figura en la que prime la simplificación pretendida en un principio, y pueden suponer en gran medida la clave de su fracaso²⁰³. Además, y a pesar de que parecía constatarse que la regulación de la SLNE podía suponer un paso decisivo para regular las relaciones de la empresa familiar²⁰⁴, el poco éxito (por no decir casi nulo) alcanzado por la SLNE en la práctica societaria, radica en esa falta de simplificación a la que aludíamos con anterioridad, que más que flexibilizar ha endurecido las exigencias societarias²⁰⁵.

²⁰⁰ Véase en este sentido, Marín Calero, C.; "Requisitos constitutivos", en *La Sociedad Limitada, cit...*, págs. 79 y ss.

²⁰¹ En este sentido, Torre de Silva y López de Letona, J; "La sociedad limitada nueva empresa: una reflexión crítica", RdS, nº 22, 2004, pág. 160 *in fine*.

²⁰² A estas características entre otras alude, Embid Irujo, J.M.; "La Sociedad Limitada Nueva Empresa...", *cit.*, pág. 139.

²⁰³ En este sentido, Embid Irujo, J.M.; "A vueltas con el perfil tipológico...", *cit.*, pág. 19.

²⁰⁴ Reyes López, M^a. J., "Economía de matrimonio y empresa familiar", AA.VV., Reyes López, M^a. J. (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 104; y en el mismo sentido, Cano Zamorano, L., "Incidencia de la LSLNE en la situación de la empresa familiar", Reyes López, M^a. J.(cord.) , *La empresa familiar...*, *cit.* pág. 33 y ss.

²⁰⁵ En este sentido, García Mandaloniz, M., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el diván: el diagnóstico...*, *cit.*, págs. 139 a 141; Pauleau, C.; *El régimen jurídico...*, *cit.*, págs. 439 y ss;

2.- Figuras consolidadas en el ordenamiento español. Apuntes generales sobre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.

El siguiente epígrafe no pretende dar a conocer una visión exhaustiva de las características propias de cada tipo societario, cuestión que se obvia por ser bien conocida, dado que, además, excedería del objeto del presente trabajo. Por ello, nos limitaremos a exponer de forma breve las particularidades que permiten diferenciar a una y otra figura sobre la base del marco en el que les permite desenvolverse la autonomía de la voluntad.

Tanto la SA como la SRL han experimentado modificaciones sustanciales en su régimen jurídico en los últimos años (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas²⁰⁶; Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada), la última de las cuáles ha tenido lugar a raíz de la aprobación de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la SE domiciliada en España²⁰⁷. Dichos textos legales revisten importancia por diversas razones. De una parte, por lo que suponen de mejora técnica en el

Embid Irujo, J.M.; "A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada", RDS, nº 2/2007, pág. 19.

²⁰⁶ Resultan de interés las consideraciones que al respecto de dicha reforma, hace el profesor Vicent Chuliá, F.; "Problemas candentes de la Sociedad anónima", RGD, 1993, págs. 11915 *in fine* y 11916. El profesor Vicent Chuliá tacha dicha reforma de fragmentaria e irreflexiva en algunos casos, dejando importantes lagunas de regulación.

²⁰⁷ Véase al respecto el interesante estudio llevado a cabo por, 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...*, cit., págs. 209 y ss.

respectivo régimen jurídico de las figuras societarias. De otra, por cuanto que con ellos se habría conseguido, al parecer, una más adecuada reordenación de formas societarias y tipos "reales".

Hasta la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, y pese a la voluntad legislativa de reservar la forma de la SA como cauce para la gran empresa, destinando la SRL para aquellas iniciativas empresariales de pequeñas y medianas dimensiones (infinitamente más frecuentes en términos cuantitativos en el panorama español), 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 infrautilizada²⁰⁸. 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, debido a su aparición tardía y a la dimensión internacional alcanzada por la SA, frente a la

²⁰⁸ Véase a este respecto, Otero Lastres, J.M.; "La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada" en AA.VV. *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 22 y ss.; Rojo Fernández-Río, A.; "La sociedad anónima como problema" en AA.VV. *¿Sociedad anónima o ...*, cit., pág. 99; Embid Irujo, J.M.; "Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de sociedades español", en AA.VV. *¿Sociedad anónima o ...*, cit, pág. 113; 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. 53 y 54; Menéndez Menéndez, A.; "Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada", RJN, nº 1, enero-marzo, 1992, págs. 118-120; Polo Sánchez, E.; "La reforma y adaptación de la ley de Sociedades Anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea" en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1991, págs. 779 y 780; Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema...*, cit., pág. 151.

nacional de la SRL²⁰⁹; 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. De esta forma, si se toma el período comprendido entre 1975 y 1985, se aprecia cómo del total de sociedades de capitales constituidas en esos años, un 75% eran SA, y tan sólo el 25% restante, SRL. La reforma de 1989 supuso, en este sentido, una inversión radical en la tendencia.

La causa es difícil de establecer con absoluta seguridad. Sea por la exigencia que a partir de aquí se establece de contar con un capital mínimo de 60.101,21 € (10.000.000 de las antiguas pesetas), frente a los 3.005,06 € (500.000 pesetas) de la SRL, sea por el mayor rigor y complejidad introducidos en la regulación de la anónima, sea por la imposición de rígidas exigencias de verificación de las aportaciones no dinerarias a cargo de expertos independientes ausentes en la limitada; sea, en fin, por el deseo de escapar de los considerables costes que conlleva la anónima en relación con el notable abaratamiento que experimenta la limitada. Obedezca ello al motivo que sea, lo cierto es que tras la entrada en vigor de la LSA de 1989 ha crecido espectacularmente el número de SRL de nueva creación, en detrimento de las anónimas. De hecho, puede estimarse que más de un 90% de las sociedades de capital que se constituyen actualmente en España lo hacen bajo la forma de la limitada.

²⁰⁹ En este sentido, Embid Irujo, J.M.; "A vueltas con el perfil tipológico...", *cit.*, pág.

Como es bien sabido, tanto la SA como la SRL²¹⁰ son sociedades mercantiles calificadas como capitalistas, que limitan la responsabilidad de sus socios por deudas sociales al capital aportado. Mientras la SA está concebida para un tipo de sociedad abierta, que por su tamaño financia su capital de riesgo en el mercado y cuyas partes sociales que reciben el nombre de acciones exigen un elevado grado de liquidez, y sus socios en ocasiones cambiantes, no suelen por lo general intervenir en la gestión directa de la sociedad; la SRL se concibe para la organización de un tipo de sociedad cerrada²¹¹, que no recurre al ahorro público en el mercado para financiar su capital, sino que lo hace exclusivamente a expensas de sus socios, los cuales intervienen de una forma más directa en la vida de la sociedad²¹².

²¹⁰ Aunque se escapa del objeto de nuestro estudio, por lo que no entramos a debatir esta cuestión con detalle, resultan de gran interés tanto los orígenes históricos de la SA como los de la SRL, que parecen remontarse según las diversas teorías, al siglo XVIII (o incluso antes), con las Compañías de Indias y los antiguos bancos italianos del renacimiento (en el caso de la SA) y con la revolución industrial inglesa (por lo que respecta a la SRL). Ahí se constata la gran flexibilidad con que se concibió en origen el régimen de la SA, y como el paso de esa flexibilidad a una regulación mucho más rigurosa fue en detrimento del gran éxito alcanzado por la SA en origen, para dejar paso a la SRL. De ahí se constata que el éxito de la misma radicara en la mayor o menor flexibilidad que revistiera su regulación, argumento que nos servirá de base en nuestro análisis. En este sentido véanse, *Las diferencias entre S.L. y S.A.*, Equipo jurídico DVE, Editorial de Vecchi, Barcelona, 1991, págs. 15 a 18; así como, Hierro Aníbarro, S.; *El origen de la sociedad anónima en España*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 41 y 42, 50 y ss, 72 y ss; Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 5 a 7, y 30 a 32, habla de "origen negocial", como elemento definidor de la sociedad.

²¹¹ Alfaro Águila-Real, J.; "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, 308, 4/2005, Barcelona, octubre 2005, págs. 6 y 7.

²¹² Massaguer Fuentes, J.; "La autonomía privada y la configuración...", *cit.*, págs. 12962 y 12963; Rojo, A.; "La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnica legislativas" en Bonardell, R., Mejías, J., Nieto, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 35 y ss; De la Cámara Álvarez, M.; "Analogías y diferencias fundamentales entre la sociedad anónima y la sociedad de

A pesar de estos rasgos generales que permiten identificarlas, entre ambas sociedades existe un gran paralelismo²¹³, hasta el punto de contar con una estructura básica común²¹⁴. De este modo, la propia LSRL remite en muchos aspectos como por ejemplo cuentas anuales, transformación, fusión, escisión, etc..., a las normas propias de las SA²¹⁵. No obstante, si tuviésemos que apuntar a una nota diferenciadora de la SRL con respecto a la SA, sería sin duda la de la

responsabilidad limitada”, *Anales de la academia matritense del notariado*, tomo 36, Madrid, 1997, págs. 457 y ss.

²¹³ Girón Tena, J.; *Derecho de...*, *cit.*, pág. 75 *in fine*. El profesor Girón dice que al respecto que “la SRL se nos ofrece con las mismas características que la SA” y que aunque esta solución no ha sido la misma en otros Derechos, en el español, “ambos tipos han sido tratados de manera semejante”.

²¹⁴ Embid Irujo, J.M.; “A vueltas con el perfil tipológico...”, *cit.*, pág. 21, habla de un sistema de gobierno y gestión calcados. Un sistema de dos órganos, con junta general de socios, de un lado, y órgano de gestión y representación de otro, cada uno dotado de sus respectivas competencias. En concreto y respecto a las competencias de la junta general y de los administradores de la SRL resulta de interés, Cuenca García, A. y Ferrando Villalba, L.; “Las competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada” en Embid Irujo, J.M. (coord.), *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades mercantiles de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 168 y ss. No obstante, y pese a dicho paralelismo, no hay que olvidar el predominio de la junta general en la SA, convirtiéndose en un órgano prácticamente soberano, frente al llamado “gobierno de los socios” de la SRL. En este sentido, García Vidal, A.; “La intervención de la junta general en la gestión de la sociedad como especificidad tipológica de la SRL” en *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 161 y ss.

²¹⁵ En este sentido resulta de interés el análisis de Herrero, I.; *Similitudes y diferencias entre las sociedades anónima y limitada a la luz de la nueva legislación*, Bufete Ignacio Herrero, Madrid, 1991, págs. 11 y ss.

flexibilidad encerrada en un marco imperativo de mínimos²¹⁶. Hay que tener en cuenta que la propia LSRL en el apartado II, inciso 3º de su exposición de motivos, ya apunta el carácter marcadamente flexible de su régimen jurídico. Es más, establece expresamente que el fin del mismo es que “la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias”²¹⁷. De igual modo establece también una expresa derogación de normas supletorias, por parte de oportunas previsiones estatutarias, así como la posibilidad de acentuar el grado de personalización a través de estas mismas previsiones.

Sin duda, lo expuesto no obsta para que se incumplan las específicas previsiones legales impuestas por la Ley o que se lesionen derechos de terceros, pero siempre que se respeten dichas premisas y de acuerdo con el expreso reconocimiento que la propia Ley hace, los socios que decidan constituirse bajo la forma de SRL dispondrán de una cierta parcela de libertad para configurar sus previsiones estatutarias de una forma más personalizada.

Todo esto no hace más que corroborar una cosa: que la significación práctica y el éxito de la limitada se hallan en buena medida en función directa, no tanto de su propio texto regulador, cuanto de la mayor o menor flexibilidad que revista el derecho regulador de la anónima²¹⁸. Allá donde la anónima se

²¹⁶ Massaguer Fuentes, J.; “La autonomía privada y la configuración...”, *cit.*, págs. 12966 y 12967.

²¹⁷ Bolas Alfonso, J.; “La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada”, RDP, 1996, pág. 114.

²¹⁸ En este sentido, Otero Lastres, J.M.; “La reforma de la legislación sobre sociedades...”, *cit.*, pág. 26; también Espina, D.; *La autonomía privada de las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, examina la posibilidad de incluir todos los pactos y condiciones que se juzgue conveniente en la escritura constitutiva de las sociedades anónimas y limitadas.

configura con la suficiente flexibilidad (como era el caso de la LSA de 1951)²¹⁹, la limitada tiende a devenir una figura residual; cuando, por contra, el régimen de la anónima endurece sus exigencias, para reservarse sólo para la gran empresa (caso de la LSA de 1989), la limitada se expande, recuperando su carácter flexible y polivalente²²⁰.

3.- Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles.

La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles no debe entenderse como una iniciativa aislada, sino que supone la culminación de un largo proceso de desarrollo legislativo iniciado hacia el año 1970. Sin duda dicha propuesta supuso un ambicioso reto²²¹, que pretendía en un total de 667 artículos dar respuesta a las necesidades de la creación de nuevas sociedades, así como incrementar la seguridad, la transparencia, la confianza y la protección de los intereses de los inversores. El objetivo de dicho Anteproyecto era el de recopilar y actualizar toda la legislación en materia societaria, habida cuenta de la falta de homogeneidad característica de los materiales que integran nuestro Derecho de sociedades²²². Aunque dicha propuesta no fue aprobada hasta el 16

²¹⁹ Véanse al respecto, Garrigues, J.; "Introducción", en Garrigues, J. y Uria, R.; *Comentario a la Ley...*, cit., págs. 11 y 12; Rubio, J.; *Curso de Derecho de...*, cit., pág. 11; Girón Tena, J.; pág. 14.

²²⁰ J.M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz; *Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital*, RdS, nº 7, 1996, pág. 13.

²²¹ El por entonces Ministro de Justicia D. Ángel Acebes (que como recordaremos fue sustituido por D. José María Michavila en julio de 2002, pasando a ocupar la cartera de Interior), declaraba que se trataba de un proyecto "muy ambicioso". Véase, periódico ABC, 8-7-2002.

²²² Fernández de la Gándara, L.; *La atipicidad en Derecho...*, cit., pág. 10. A este respecto también resultan de interés las consideraciones de Flores Doña, M.S., Fradejas Rueda, O.M., y García Villaverde, R; "Diez años de constitución, diez años de reformas del Derecho mercantil

de mayo de 2002, y no vería la luz hasta meses después en noviembre de ese mismo año, la misma fue objeto de un largo proceso.

Mediante Resolución de 25 de febrero de 1994, el Ministerio de Justicia liderado por el entonces Ministro D. Juan Alberto Belloch, encargó la elaboración de un Anteproyecto de Ley General de Sociedades mercantiles, a un grupo de expertos integrado por los profesores Fernando Sánchez Calero, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano y Ángel Rojo Fernández-Río. Para su aprobación por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, dicho Anteproyecto debía redactarse siguiendo una serie de premisas que se concretaban en tres propuestas: la elaboración de una parte general del Derecho societario aplicable a todos los tipos societarios, el mantenimiento tanto de los tipos sociales existentes, como del régimen jurídico vigente para las SA y las SRL (salvo que dicho régimen fuera susceptible de ser objeto de generalización en determinados aspectos concretos).

A *posteriori* y con el consentimiento de la Sección dicho Anteproyecto adoptó la denominación de "Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles"²²³, y se amplió el radio de actuación incluyendo dos nuevas propuestas: la elaboración de un régimen jurídico especial sustantivo para las SA cotizadas, así como, la elaboración de un régimen jurídico propio para los grupos o uniones de sociedades en general.

Dicho Anteproyecto constaba en su versión definitiva, de VIII Libros. El primero relativo a disposiciones generales; el II de los tipos sociales, recogía la

español", CDC, nº 6, 1989, 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.

²²³ Recalde Castells, A.; "Los administradores de las sociedades anónimas...", *cit.*, pág. 61.

sociedad colectiva, la comanditaria simple y por acciones, la SA, y la SRL; el III de las sociedades cotizadas; el IV de las cuentas anuales; el V de la transformación, traslado, fusión y escisión; el VI de la disolución y liquidación; el VII de las uniones de sociedades, grupos, agrupaciones de interés económico y uniones temporales de sociedades; y el VIII y último, de la sociedad anónima domiciliada en España²²⁴.

En la elaboración de dicho Anteproyecto se distinguen tres fases diferenciadas: la primera de ellas finalizó el 30 de mayo de 2000 y durante la misma, se redactaron el Libro I, a excepción de las cuestiones relativas a nulidad de sociedades inscritas, cuotas, acciones y participaciones sociales y el régimen de la sociedad unipersonal; el Libro III; el V; el VI, y el título I del Libro VII. En la segunda fase, que concluyó el 31 de octubre de 2001, se redactó íntegramente el Libro II. Dicho Libro se dedicó casi por completo a la revisión del régimen jurídico vigente de las SA y de las SRL y a la elaboración del régimen de las sociedades colectiva y comanditaria. También en esta fase se procedió a la revisión de las cuestiones relativas a las cuentas anuales, integradas en el Libro IV, así como de las cuentas consolidadas en el capítulo V del título I del Libro VII. La tercera fase, mucho más breve que las anteriores, tuvo como finalidad incluir la normativa relativa a la SE²²⁵.

²²⁴ Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, Comisión General de codificación. Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 29 y ss. De la Cámara Álvarez, M.; "Comentarios al anteproyecto de Código de sociedades mercantiles" en Delgado de Miguel, J.F.; *Instituciones de Derecho privado*, vol. VI, tomo 2, Civitas, Madrid, 2001, págs. 17 y ss.; Tapia Hermida, A.J.; "Propuesta de Código de sociedades mercantiles", RDBB, nº 89, 2003, págs. 413 y 414.

²²⁵ Esta última fase contó con la colaboración del profesor Gaudencio Esteban Velasco.

A pesar de que se trata de un proyecto sin duda muy acertado el mismo fue objeto de múltiples críticas. Las principales, tuvieron que ver con el exceso de intervencionismo que, en opinión de muchas empresas y algunos expertos, contenía el texto que, finalmente, quedó al margen de cualquier tramitación parlamentaria. El propio profesor Cándido Paz-Ares, perteneciente a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, lo calificaba como un “modelo equivocado”²²⁶. Dicha propuesta se tachó de “excesivamente impositiva y hasta cierto punto intervencionista”.

Durante el año 2005²²⁷, el Ministerio de Justicia, dirigido por el entonces Ministro D. Juan Fernando López Aguilar, se propuso la tarea de desempolvar el proyecto y encargar a la Sección Mercantil de la Comisión de Codificación, presidida por el profesor Aurelio Menéndez, que analizara el anterior texto y que trabajara en la elaboración de un nuevo cuerpo normativo. Dicho texto debía incluir las modificaciones legislativas generadas en los últimos años. Fuentes del Ministerio de Justicia explicaron, en su día, que lo que se buscaba era una codificación al estilo francés. Es decir, un sólo Código con distintos libros que incluyeran las leyes ya existentes, especialmente teniendo en cuenta las modernizaciones de las leyes más importantes.

La ponencia encargada de elaborar dicha propuesta estuvo compuesta, al igual que la propuesta inicial por los profesores Fernando Sánchez Calero, Alberto Bercovitz y Ángel Rojo, a los que se le han sumado en esta segunda fase

²²⁶ Paz-Ares, C.; “Anteproyecto de Código de sociedades es un modelo equivocado”, EFE, Madrid, 9 de diciembre de 2002.

²²⁷ Corella, A.; “Justicia reactiva la redacción del Código de sociedades mercantiles”, Cinco Días, Madrid, 5 de diciembre de 2005. Rojí, J.M.; “Conveniencia de un Código de sociedades”, Expansión, 22 de mayo de 2007.

de revisión y actualización del texto, los profesores Gaudencio Esteban, Emilio Beltrán, Jesús Quijano y Mercedes Végez.

El profesor Aurelio Menéndez aseguraba en 2005 que el grupo de expertos estaba analizando los 173 primeros artículos del Código, que son los relativos a aspectos como el contrato de sociedad mercantil, su constitución e inscripción, su denominación y domicilio, las cuotas y participaciones sociales, los acuerdos, el estatuto de los administradores y el consejo de administración, la separación y exclusión de socios y las sociedades unipersonales. A pesar de ello, y aunque la previsión es que ese trabajo estuviese finalizado a principios del año siguiente (a pesar de contar con la ardua tarea de revisar todavía 500 artículos más las disposiciones adicionales y finales), lo bien cierto es que el mismo, dos años después, todavía no ha visto la luz y tampoco se prevé que lo haga en breve. No obstante, y teniendo en cuenta el gran esfuerzo realizado por la Comisión de codificación y por los ponentes designados a tal efecto, hay que lamentar la “hibernación” de dicho proyecto. Sobre todo, a la vista de las múltiples ventajas que podría suponer en nuestro ordenamiento, empezando por la reunificación de la gran amalgama de normas de Derecho societario, dispersas en las distintas leyes vigentes en la materia²²⁸. Lo único que sería recomendable es que en aras de configurar un régimen jurídico lo más adecuado posible para adaptarse a la práctica societaria, el mismo se dotara de la suficiente flexibilidad, abandonando esa tendencia intervencionista e impositiva de la que se tachó al primer Anteproyecto. No obstante, es cierto que el Anteproyecto se sitúa, en apariencia, al margen de las tendencias

²²⁸ En este sentido resultan de interés las consideraciones llevadas a cabo por, Pascua Mateo, F.; *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Civitas, Navarra, 2006, págs. 45 y ss., al referirse a las principales deficiencias de la legislación actual que el autor resume en: un exceso de regulación, la mutabilidad del Derecho y un proceso de elaboración de normas mejorable.

flexibilizadoras observadas en el Derecho europeo, asumiendo con notables dosis de continuidad el *statu quo* tradicional en nuestro Derecho de sociedades.

Queda por ver la evolución de este importante material prelegislativo en términos generales y en el marco concreto del objeto de esta tesis.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DES SOCIÉTÉS FRANÇAIS. ANALYSE DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE COMME MODÈLE DE FLEXIBILISATION TYPOLOGIQUE.

CHAPITRE 2

LE DROIT DES SOCIÉTÉS FRANÇAIS.

I. INTRODUCTION. APPROCHE AU PANORAMA SOCIÉTAIRE FRANÇAIS.

L'analyse de la société par actions simplifiée, doit être, selon notre point de vue, précédée d'une étude des particularités propres du droit des sociétés français, afin de comprendre les grandes lignes de son contenu.

A ce sujet, il faut tenir en compte à priori, que le droit des sociétés français, suivant les lignes générales du droit commercial français, est un droit décodifié²²⁹. Cette expression doit être entendue dans un sens strict, non simplement formel. De plus, il faut tenir compte que de même, dans beaucoup d'autres pays, la France ne compte pas avec un Code de commerce qui regroupe toute sa régulation, ce qui le pousse à se régir par des lois disperses et

²²⁹ Dans ce sens, Jeantin, M.; *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, Paris, 1994, p. 9, selon Oppetit, B.; *La décodification du Droit commercial français*, Mélanges Rodière, Dalloz, Paris, 1981. Voir également, Ripert, G. et Roblot, R.; *Traité de Droit Commercial*, L.G.D.J., 15^e éd. De Germain, M.; Paris, 1993, p. 22 et s.

nombreuses sources de différente nature²³⁰. Elles peuvent être organisées en deux grands groupes: les sources internes ou nationales et les externes ou communautaires.

Les sources internes sont fondamentalement presidées par les dispositions du Code Civil (C. civ.) et par celles du nouveau Code de commerce (C. com.)²³¹. D'une part le C. civ. dans les articles (arts.) 1832 à 1844-17 contient les dispositions générales applicables à toutes les sociétés civiles et commerciales, telles que la définition, les apports, l'objet, le domicile, la durée, les conditions de nullité, la dissolution... D'autre part, le C. com. intégrant la loi fondamentale du 24 juillet 1966, (modifiée par la Loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques), l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique et la loi du 13 juin 1989 sur les groupements européens d'intérêt économique, ainsi que certains articles du décret du 23 mars 1967, (décret d'application de la loi de 1966, relatif à la publicité des comptes des sociétés commerciales), consacre intégralement son livre II aux sociétés commerciales. Cette régulation est complétée par un grand nombre de normes relatives au droit sociétaire dispersées dans divers corps normatifs²³². De plus, à ce sujet, l'influence aussi bien de la doctrine, que de la

²³⁰ Voir à ce sujet, Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial*, tome I, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1962, p. 9 et s.; Hamel, J.; Lagarde, G et Jauffret, A.; *Droit commercial. Introduction règles communes à toutes les personnes du droit commercial, les commerçants individus*, 2^e éd, tome I, Dalloz, Paris, 1980, p. 54 et s.; Gaston Lagarde, M.; *Cours de Droit commercial*, licence 3^e année, Les cours de Droit, Paris, 1961-1962, p., 28 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G.; *Traité de Droit commercial*, tome I, Dalloz, Paris, 1954, p. 39 et s.; Weill, A et Terré A.; *Droit civil. Introduction générale*, Dalloz, Paris, 1979, p. 88 et s.

²³¹ Ordonnance du 18 septembre 2000.

²³² Comme nous verons dans le paragraphe II 1 C). A ce sujet, Mercadal, B et Macqueron, P.; *Le Droit des affaires en France*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2005, p. 21 et s.; Jauffret, A. et Mestre, J.; *Droit Commercial*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 10 et s.; Bauvert, P. et Siret, N.;

jurisprudence est importante. La doctrine résulte très utile car les interprétations, critiques ou recommandations de beaucoup d'auteurs, peuvent inspirer le législateur ou aider les juges au moment de rendre une décision. En ce qui concerne la jurisprudence, elle entre en jeu face à l'imprécision de certains textes législatifs ou réglementaires qui laissent une grande marge d'action aux tribunaux.

En ce qui concerne les sources externes, il faut tenir en compte qu'elles sont essentiellement communautaires (sous la forme de Traité, Directive ou Règlement²³³). Certaines présentent un caractère international.

La définition de société au droit français, se contient dans les dispositions de l'article 1832 du C.civ.²³⁴ Aux termes de cette disposition:

"La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter..."

Cependant, de forme exceptionnelle et seulement dans les cas prévus par la loi, une société française pourra être instituée par l'acte de volonté d'une

Droit des sociétés et autres groupements, Eska, Paris, 2004, p. 36 et 37, analysent les principales sources du droit.

²³³ L'analyse de cette question sera abordée avec plus de détail par la suite dans le paragraphe II 1 D).

²³⁴ Dans ce sens, Paillusseau, J.; "La logique organisationnelle dans le Droit. L'exemple du Droit des sociétés" dans Béguin, J.; *Droit et actualité...*, op. cit., pag. 574; Jauffret, A. et Mestre, J.; *Droit Commercial...*, op.cit., pag. 163; Le Cannu, P.; *Droit des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2003, pag. 77; Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome III, Raison sociale –valeurs mobilières (régime fiscal)*, Jurisprudence Général Dalloz, Paris, 1970, n° 18.

seule personne²³⁵. Actuellement on peut créer de cette façon, l'entreprise unipersonnelle de responsabilité limitée (EURL), la société d'exercice libéral (SEL), la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) et l'entreprise unipersonnelle sportive de responsabilité limitée (EUSRL).

Cet ensemble de personnes morales citées ci-dessus, peut se regrouper en deux catégories selon le caractère lucratif (comme dans le cas des sociétés), ou non lucratif (comme les associations). La finalité lucrative a évolué notamment au cours des années. Au début du XX siècle, celle-ci se basait dans la recherche et postérieure distribution de bénéfices. Cependant, la loi ne précisait pas clairement la notion de bénéfice. C'est ainsi que la jurisprudence a apporté une définition de ce concept dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 11 mars 1914. Elle définit ainsi le bénéfice "un gain pécuniaire ou un gain matériel qui s'ajouterait à la fortune des associés"²³⁶.

Les développements théoriques précédents, nous permettent de déduire les traits d'une société de droit français, et les critères qu'elle doit remplir:

²³⁵ Aux termes de la loi du 11 juillet 1985.

²³⁶ La cour établit sur la base de l'arrêt de 11 mars 1914 relative à la Caisse rurale de la commune de Manigod vus les articles 1832 du C.civ. et 1^{er} de la loi de 1 juillet 1901 que "la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter". De plus, aussi bien l'article 1, comme le 1832 del C.civ. établissaient que, "une association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices". En vue que le terme "bénéfice" a le même sens dans les deux textes légaux, la Cour a décidé de lui donner la définition précitée.

- un contrat synallagmatique, à titre onéreux, commutatif et translatif de propriété²³⁷, doit exister, et
- la réunion des éléments spécifiques au contrat de société, déterminés par le précité article 1832 du C.civ., doivent être réunis.

Les sociétés peuvent acquérir des formes et des dimensions variées. De même qu'en droit espagnol, le Droit des sociétés français est applicable aussi bien aux sociétés civiles, que aux commerciales²³⁸. C'est pour cela qu'il existe deux types de sociétés différentes, avec des régulations bien précises.

L'article 1845 du C.civ. dispose qu' "ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet". Aux termes de cette disposition légale, la société civile s'avère le principe, et la société commerciale l'exception à celui-ci. Ces sociétés peuvent uniquement effectuer des opérations à caractère civil (tels que l'agriculture, l'immobilier, l'enseignement, les activités libérales...).

De plus, prenant en considération les dispositions de l'article 1875 du C.civ., les associés sont responsables personnellement et indéfiniment des dettes sociales, proportionnellement à leurs apports.

²³⁷ Ripert, G. et Boulanger, J. ; *Traité de Droit civil. D'après le Traité de Planiol*, tome II, L.G.D.J., 1957, p. 31 à 35.

²³⁸ À ce sujet résultent d'intérêt les précisions sur la distinction entre sociétés commerciales et civiles de, Mercadal, B. et Macqueron, P.; *Le Droit des affaires...*, *op.cit.*, p. 243-245 et 445-462. Au sujet de la distinction entre sociétés civiles et commerciales, Ripert, G et Roblot, R; *Traité de Droit Commercial...*, *op. cit.*, p. 580-583; Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op. cit.*, p. 36 et 37; Gibirila, D.; *Droit des sociétés*, Ellipses, Paris, 2004, p. 21 et s.; Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 2 à 4 et 279 ; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op. cit.*, p. 289 et s., 73 et s. ; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op. cit.*, p. 521 et suiv. ; Weill, A et Terré A. ; *Droit civil...*, *op.cit.*, p. 69 et s.

En revanche, on peut considérer une société comme commerciale²³⁹, aussi bien parce que son objet c'est l'accomplissement d'actes de commerce, ou parce qu'elle a une forme qui lui attribue le caractère commercial. Dans tous les cas, "sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simples, les sociétés à responsabilité limitée, et les sociétés par actions"²⁴⁰.

Les sociétés commerciales sont régies par le livre II du C. com. (art. L 210-1 à L 252-13)²⁴¹. Ce nouveau C. com. issu de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre de l'an 2000, intégra dans son livre II, sous le titre "Des sociétés commerciales et des groupes d'intérêt économique", la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupes d'intérêt économique et la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 sur les groupes européens d'intérêt économique²⁴². Celui-ci consacre aux sociétés en nom collectif (SC), dans lesquelles les associés ont tous la qualité de commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, l'art. L 221-1 et s. du C. com. Les sociétés en commandite simple (SCS) qui

²³⁹ Voir à ce sujet, Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 108 et 109, 134 et s., et 155 et s. ; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op. cit.*, p. 90 et s., de la même façon il résulte d'intérêt les considérations au sujet de l'acte de commerce en droit comparé et international, surtout la référence au droit espagnol des pages 226 et 227.

²⁴⁰ Tout ceci a été codifié par l'article 1^{er} de la loi n° 66-537, du 24 juillet 1966, et l'article L. 210-1 de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000. Dans ce sens, Jauffret, A. et Mestre, J.; *Droit Commercial...*, *op. cit.*, p. 164 et 165; Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 41.

²⁴¹ Avec la nouvelle numérotation adoptée par le C. com. le premier chiffre représente le livre dans lequel se situe la disposition, le deuxième le titre et le troisième le chapitre.

²⁴² L'ordonnance du 18 septembre de l'an 2000 relative à la partie législative du Code fût ratifiée par la loi n° 2003-7 du 3 janvier de l'an 2003 (art. 50).

regroupent un ou plusieurs associés commandités qui ont le statut d'associés en nom collectif, et un ou plusieurs associés commanditaires, non commerçants, qui répondent des dettes sociales seulement en fonction du montant de leurs apports, sont régies par les dispositions de l'art. L 222-1 et s. du C. com. La SARL tout comme en droit espagnol, peut être constituée entre plusieurs associés ou par un seul (en droit français cette situation est possible sous la forme de EURL, mentionnée précédemment), qui n'ont pas la qualité de commerçants et qui ne répondent des pertes que à la hauteur de leurs apports.

En fin le C. com. réglemente les sociétés par actions, dans lesquelles on peut trouver la société anonyme (SA), dans laquelle le capital social est divisé par actions, et qui est constituée par actionnaires non commerçants qui de même que dans la SARL, ne supportent que les dettes sociales qu'à la hauteur de leurs apports. Cette société est régie par les articles L 225-1 et s. du C. com.

En suite, le Code consacre les arts. L 226-1 et s. et 227-1 et s. du C. com. à la société en commandite par actions (SCA) dans laquelle le capital social est divisé en actions, et qui est constitué par un ou plusieurs associés commandités avec la considération de commerçants qui répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, et les associés commanditaires, qui ont la considération d'actionnaires et qui ne supportent que les dettes que par rapport à leurs apports. Enfin, la société par actions simplifiée (SAS), que comme la SA, peut être constituée par plusieurs associés, qui peuvent être des personnes physiques ou morales.

SCHÉMA COMPARATIF DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES FRANÇAISES.

	Capital minimum	Numéro d'associés	Responsabilité des associés	Nature des droits sociaux	Direction de la société	Commissaire aux comptes
Société en nom collectif	aucun	au moins 2 ayant la qualité de commerçants	indéfinie et solidaire	participations sociales	gérant associé ou pas	obligatoire si 2 des 3 seuils suivants dépassés: bilan > 1.555.000 € CA < 3.100.000 € nombre de salariés
Société en commandite simple	aucun	au moins 1 associé collectif et 1 commanditaire (seulement le collectif est commerçant)	commanditaire: limitée aux apports colectif: indéfinie et solidaire	participations sociales	gérant élu parmi les associés commandités ou en dehors d'eux. Jamais 1 commanditaire	= société en nom collectif
SARL	aucun	Au moins 2, et maximum 100 1 pour la EURL	limitée aux apports	participations sociales	gérant élu parmi les associés ou en dehors d'eux	= société en nom collectif nomination judiciaire sous la demande d'un associé représentant du 1/10 du capital social
SA	37.000 € sans appel public à l'épargne 225.000 € si appel public à l'épargne	au moins 7 actionnaires	limitée aux apports	actions, valeur nominative fixée librement par les statuts	avec conseil d'administration 3 à 18 gérants non administrateurs actionnaires; avec directoire (2 à 5 ou 7 membres actionnaires ou pas), ou 1 directeur général unique;	1 titulaire + 1 suppléant 2 titulaires + 2 suppléants pour sociétés qui établissent des comptes consolidés

					et avec conseil de surveillance (3 à 18 membres actionnaires)	
Société en Commandite par actions	Idem SA	au moins 1 associé commandité commerçant + au moins 3 commanditaires	collectif: indéfinie et solidaire commanditaire: limitée aux apports	Actions	gérant élu parmi les associés commandités ou en dehors d'eux, jamais 1 commanditaire Conseil de surveillance d'au moins 3 commanditaires	idem SA
SAS	37.000 € Jamais appel public à l'épargne.	1 ou plusieurs associés	limitée aux apports	actions valeur nominale fixée librement par les statuts	président, personne physique ou morale	Idem SA

De toutes les formes sociétaires reconnues par le droit français, sans aucun doute la plus utilisée c'est la SARL. En effet, actuellement, près du 91% des sociétés commerciales constituées le sont sous cette forme sociale. Le type de la SA est qualitativement inférieur à la SARL, à la vue du schéma synoptique précédent. Cependant, l'introduction au droit français de la SAS a augmenté considérablement le nombre de sociétés constituées sous cette forme sociale. Preuve de celà, dans la statistique ci-joint nous pouvons apprécier cette augmentation, après l'entrée en vigueur de la Loi du 3 janvier 1994 et la postérieure Loi du 12 juillet 1999 qui la réforme.

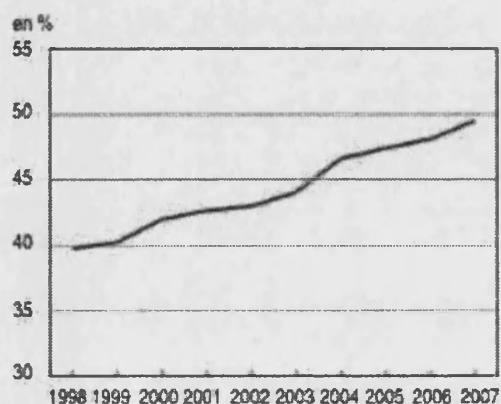
**NOMBRE DE SOCIÉTÉS INSCRITES AU GREFFE DU TRIBUNAL DE
COMMERCE DE PARIS ANTÉRIEURE ET POSTÉRIEUREMENT À
L'APPARITION DE LA SAS.**

	SARL	SA	SAS	SNC	SCS	SCA	GIE	Sociétés Civiles
1989	13.351	2.765	—	764	29	17	195	3.735
1995	14.021	2.015	399	472	20	12	111	3.156
1999	16.544	1.957	757	555	11	30	104	5.046
2000	17.031	2.201	1.684	596	346	31	100	4.902

Si nous considérons les statistiques publiées par l' INSEE²⁴³ on peut également aboutir à la même conclusion.

TYPE DE SOCIÉTÉ	NOMBRE CONSTITUÉ	POURCENTAGE
Sociétés civiles	1.111.649	45,67 %
SARL	984.625	40,42 %
SA	121.594	5,00 %
SAS	63.624	2,61 %
SNC	37.298	1,53 %
Sociétés non inscrites	82.611	3,40 %
Sociétés diverses	32.636	1,37 %
Total	2.434.037	100,00 %

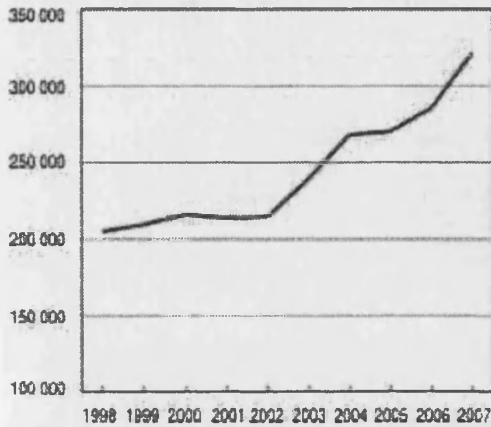
²⁴³ Institut National de la Statistique et des Études Économiques, qu'on analysera à postériori, dans l' paragraphe II 4 B) du présent travail.



Une nouvelle entreprise sur deux est une société.

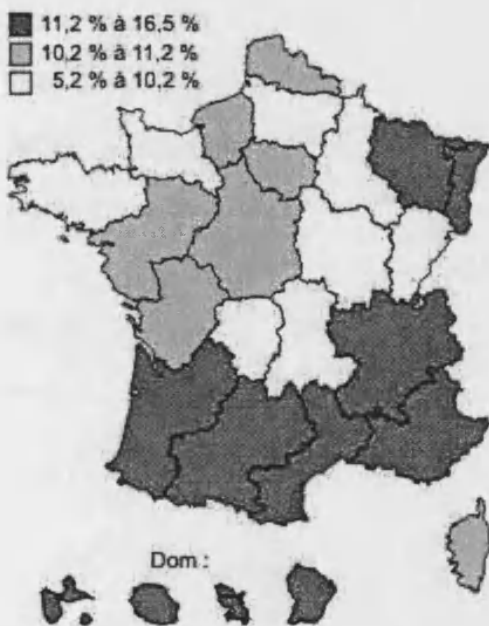
Le 50 % des nouvelles entreprises se créent sous la forme de sociétés. Cette proportion a augmenté de près de deux points par rapport à 2006 et de huit points depuis 2000.

Parmi ces sociétés créées en 2007, 91 % sont des SARL, contre 85 % en 2000. En 2007, 23 % des créations de SARL sont sous forme de SARL unipersonnelle et 1,2 % sous forme de société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL). Les avantages en termes de fiscalité et de protection de l'entrepreneur ont entraîné le développement de ces formes de sociétés. Elles sont nettement plus fréquentes qu'en 2000 où les SARL unipersonnelles ne représentaient que 11 % des SARL et les SELARL 0,4 %.



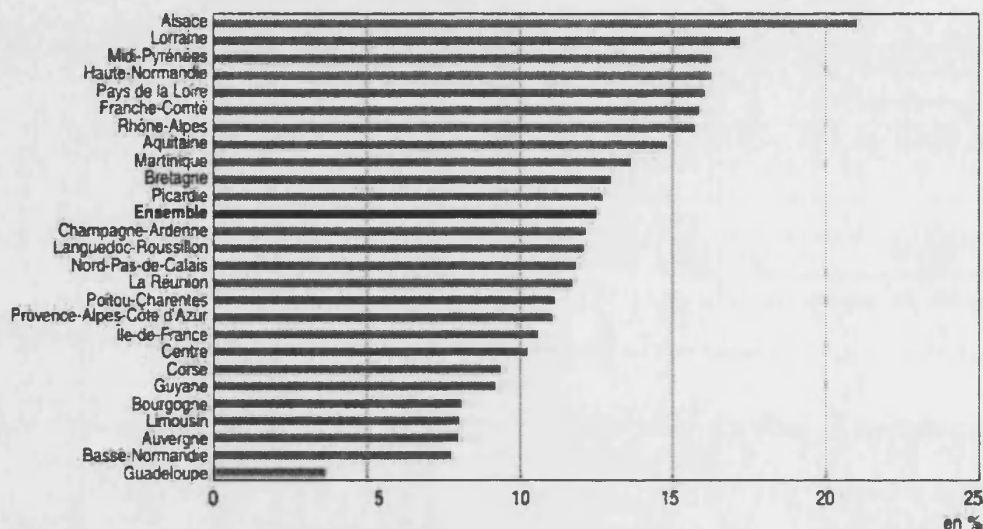
Nombre de créations d'entreprises par année

Cependant il faut signaler qu'en octobre 2008, le nombre de créations d'entreprises a baissé par rapport au mois d'octobre 2007 (-1,1% en données corrigées des variations saisonnières et du nombre de jours ouvrables). Le nombre cumulé de créations des mois d'août, septembre et octobre 2008 est en baisse (- 3,4 %) par rapport aux mêmes mois un an auparavant. Les secteurs qui contribuent le plus à cette baisse sont la construction, le commerce et l'immobilier.



Taux de création d'entreprises en 2007.

Évolution du nombre de créations d'entreprises entre 2006 et 2007 par région.



Pendant longtemps la différence entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales a constitué la *summa divisio*. Cependant, et très progressivement, la régulation des sociétés civiles s'est rapprochée considérablement de celle des sociétés commerciales.

Après la promulgation de la loi du 13 juillet 1967, les sociétés civiles ont été soumises, suite à une cessation des paiements, à un procès collectif tout comme les sociétés commerciales. La solution fût adoptée également par la loi du 25 janvier 1985, étant donné que le procédé d'incorporation et liquidation judiciaire s'applique à toute personne morale de droit privé²⁴⁴.

²⁴⁴ Art. L 620-2 C. com.

La loi du 4 janvier 1978 a modifié le titre IX du livre III del C.civ. relatif aux sociétés ainsi de nombreuses dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales sont également applicables aux sociétés civiles²⁴⁵.

La société civile est très similaire à la société commerciale en nom collectif. Toutefois, deux grandes différences peuvent être signalées. Premièrement, en matière de compétence judiciaire, les sociétés civiles sont soumises à la juridiction civile – tribunal de grande instance -, tandis que les sociétés commerciales relèvent du tribunal de commerce. Deuxièmement, leur comptabilité que l'on appelle "de caisse" et les sociétés commerciales sont soumises à une comptabilité classique - applicable à toute entreprise commerciale²⁴⁶ -.

Cependant, et de même que dans la législation espagnole, étant donné que l'organisation de la société commerciale est plus parfaite, historiquement il s'est produit une progressive ampliation des sociétés commerciales et une attraction du régime des sociétés civiles, vers les sociétés commerciales. Ce fait fût interprété faussement dans certains cas, en arrivant à considérer que le C. com. établissait un principe de commercialité par la forme, c'est à dire que toute société constituée dans l'une des quatre formes ou types commerciaux existants (trois sans la SARL)²⁴⁷, serait commerciale.

De toutes les sociétés commerciales que nous avons analysées dans leurs grands principes, notre étude sera fondée sur la société par actions

²⁴⁵ À ce sujet, il est d'un grand intérêt Foyer, J.; "La réforme du titre IX du livre III du Code Civil", Revue des sociétés (Rev. Soc.), 1978, p. 1.

²⁴⁶ Art. L 123-12 et s. du C. de com.

²⁴⁷ En droit espagnol, ainsi l'établissait la rédaction de l'art. 122 du C. com. de 1885, qui les définissait, jusqu'à sa modification par la loi 19/ 1989.

simplifiée (SAS). Cependant, avant d'approfondir l'étude de la SAS, il est important de connaître le régime juridique applicable aux sociétés en droit français. Dans ce sens, tout au long du paragraphe suivant nous analyserons les règles communes applicables à toutes les sociétés, pour, ensuite, nous centrer dans les sociétés de capital et ainsi pouvoir mieux comprendre le régime juridique applicable à la SAS.

II- RÉGIME GÉNÉRAL DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES FRANÇAISES.

1.- Règlementation du Droit sociétaire français.

A) Règlementation antérieure à 1966.

Le C.civ. de 1804 et le C. com. de 1807²⁴⁸ réglementaient de manière sommaire et imprécise le régime des sociétés. Tandis que le premier définissait le contrat de société et s'étendait essentiellement sur la société civile, le second

²⁴⁸ Le C. com. de 1807, l'un des cinq grands Codes napoléoniques [avec le C.civ., le Code pénal, et les Codes d'instruction civile et instruction criminelle (similaire a notre LEC et LECRIM)], fût mis en vigueur le 1er janvier 1808. Il était divisé en quatre livres et contenait à l'origine, 648 articles. À travers des années son contenu s'est vidé, puisque la majorité des lois postérieures n'y furent pas incorporées, et beaucoup de ses articles furent abrogés. La veille de sa dérogation, le C. com. contenait moins de 150 articles; puisque un numéro considérable de ses 648 articles initiaux, n'avait pas de répercussion pratique. Oppetit dans "Mélanges Rodière", p. 197, parle de la "survivance symbolique du Code de commerce"; Hamel, J.; Lagarde, G. et Jauffret, A. ; *Droit commercial...*, *op. cit.*, p. 41 et s. ; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op. cit.*, p. 15 à 18.

se contentait d'exposer quelques dispositions (arts. 18 à 64) précisant les différents types de sociétés. Les sociétés commerciales avec plus de répercussion pratique, étaient régies par des textes non codifiés, tels la loi de 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions, et la loi du 7 mars 1925 sur la SARL.

Sauf la loi de SARL, la majorité de ces textes ont eu une faible répercussion pratique et son échec fût évident, surtout après les nombreuses réformes réalisées de forme indiscriminée et sans aucun sens, suite à plusieurs scandales politico-financiers (décrets de 1935 à 1938). Pour ces raisons les difficultés d'interprétation se multipliaient, et une réforme importante se faisait sentir afin d'établir des bases claires et solides. Bien que un premier projet a vu le jour, la réforme tant espérée n'a eu lieu qu'en 1966.

B) La réforme de 1966.

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 réunit en 509 articles la réglementation de toutes les sociétés commerciales et abrogea une grande partie des textes antérieurs.

Le titre préliminaire (arts. 1 à 9), et suivi par le titre I (arts. 10 à 422) consacré à la constitution, le fonctionnement, la dissolution et la liquidation des sociétés commerciales. Le titre II (arts. 423 à 489) contient uniquement les dispositions pénales, et le titre III (arts. 490 à 509) a pour objet les dispositions diverses et transitoires, prévoyant l'harmonisation des statuts des sociétés constituées avant le 1^{er} avril 1967, date d'entrée en application de cette loi.

Cette loi fût intégrée dans le nouveau C. com. par l'ordonnance du 18 de septembre 2000, avec introduction de cette partie mentionnée ci-dessus.

De plus, la loi de 24 juillet 1966 intégrée uniquement par 15 articles, introduit quelques modifications mineures à divers articles du C.civ. et d'autres lois. Ces textes, à fin d'éviter les carences antérieures, sont méticuleux et précis, et laissent très peu de place à l'autonomie de la volonté²⁴⁹. Cependant, dans le fond les nouveautés sont rares, en assistant de cette manière à la consagrations législative des tendances antérieures. Dans ce sens, la sécurité des titres est renforcée, en réduisant considérablement les cas de nullité des sociétés, les clauses statutaires qui limitent les pouvoirs des dirigeants se déclarent inopposables aux titres. La protection des associés s'améliore avec le développement de leur information, avec l'instauration de nombreuses mesures en faveur des associés minoritaires et la protection de l'épargne. Ainsi, les cas d'incrimination pénale se multiplient et la sévérité des sanctions se renforce, bien que la mission préventive des textes ne doit pas être surestimée²⁵⁰. Ensuite, le texte introduit une nouvelle forme d'administration des SA d'inspiration allemande. Cette nouvelle structure dualiste avec un conseil de direction et un conseil de surveillance, n'est pas d'application obligatoire.

En dépit des nouveautés introduites, il résulte criticable que cette réforme n'ait pas abouti à une réforme intégrale de la structure de l'entreprise, compte tenu du manque de régulation à ce sujet, jusqu'à cette date.

²⁴⁹ À ce sujet il résulte de spécial intérêt l'oeuvre de Convert, L.; *L'impératif et le supplétif dans le Droit des sociétés. Étude de droit comparé (Angleterre, Espagne, France)*, L.G.D.J., Paris, 2003.

²⁵⁰ La loi du 24 juillet 1966 contient plus de deux-cents comportements pénalement sanctionnés.

C) Les textes postérieurs.

Ausi bien la loi de 24 juillet 1966, que le décret du 23 mars 1967 ont fait l'objet de multiples réformes, impossibles d'identifier dans leur totalité, étant donné la pluralité des lois par lesquelles elles ont été introduites. Bonne preuve de celà est une loi de finances ou un texte qui introduit diverses dispositions "d'ordre économique et financier" (loi 11 juillet 1985; loi 8 août 1994; loi 2 juillet 1998), ou "d'ordre économique et social" (loi 2 juillet 1986).

Parmi toutes ces lois, il est important de signaler la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 qui modifia integralément le titre IX du livre III du C.civ., consacré aux sociétés²⁵¹. Dans ce sens, on a modifié des articles tels que le 1832 au 1844-17, qui contiennent des dispositions générales applicables à toutes les sociétés sauf si "la loi dispose autre chose en raison de sa forme ou de son objet". Autrement dit, les sociétés commerciales ne sont pas soumises aux dispositions du C.civ., qu'en absence de textes propres, et en cas de contradiction entre un article du C.civ. et l'une des dispositions de la loi de 1966, il faudra se tenir aux termes de cette dernière.

Les sociétés civiles sont régies par les articles 1845 à 1870-1. Les sociétés en participation et les sociétés créées de fait, qui peuvent, selon leur objet, être civiles ou commerciales, sont soumises aux dispositions des articles 1871 à 1873.

De plus, il est important de souligner, d'autres textes d'une spéciale importance:

²⁵¹ Décret d'application n° 78-704 du 3 juillet 1978.

- L'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967, modifiée et intégrée dans le Cod monétaire et financier (art. L 621-1 S.) instituant la Commission des opérations de bourse (COB)²⁵². Cette commission joua un rôle considérable dans l'élaboration du droit applicable aux sociétés qui font appel public à l'épargne, ainsi qu'à leur surveillance et au fonctionnement dans les marchés des instruments financiers.

- L'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (art. L 251-1 ss. C. com.), qui instaure entre la société et l'association une nouvelle personne morale, le groupement d'intérêt économique.

- Le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et de sociétés²⁵³.

- L'article 94-II de la loi de finances du 30 décembre 1981 et le décret du 2 mai de 1983.

- La loi du 1 mars de 1984 sur la prévention de difficultés des entreprises (art. L 612-1 Cod. de com.). Abrogé par la loi du 26 juillet 2005, qu'entra en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

Parmi les réformes postérieures il faut signaler en 1985, la loi du 11 juillet sur entreprise unipersonnelle de responsabilité limitée (EURL) et la Loi du 14 décembre sur les valeurs mobilières; ainsi que la loi du 17 juin de 1987 sur l'épargne. De plus, en 1988 ont été approuvés les projets de loi sur le développement et la transmission d'entreprises qui contenait des nombreuses mesures d'allègement du droit des sociétés (loi du 5 janvier).

²⁵² Cependant celle-ci a été remplacée par la AMF, qui fusionne la citée Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF), sous le nom d'Autorité des marchés financiers (AMF)²⁵²

²⁵³ Avec ce Décret, il résulte de spécial intérêt l'arrêt interministériel du 24 septembre 1984, relatif au registre du commerce et de sociétés (publié au Journal officiel "Lois et Décrets" complémentaire du 29/09/1984 page 8906).

En 1989 a été approuvée la loi du 2 août relative à la sécurité et à la transparence du marché financier. Mais, sans doute, une des lois qui a eu la majeure importance est la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994²⁵⁴, étant donné que son approbation a supposé la création d'une nouvelle forme sociale, la SAS.

La loi Madelin du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle tend, à nouveau, à simplifier les formalités et la vie sociale des entreprises. En 1996, est adoptée l'importante loi du 2 juillet sur la modernisation des activités financières, avec la transposition de la directive du 10 mai 1993 sur les services d'inversion en valeur mobilière. Cette loi est le reflet d'une majeure influence du droit européen sur la législation des sociétés commerciales.

La Loi du 12 juillet 1999 suppose un tour radical dans le droit des sociétés français. Les dispositions consacrées à la SAS laissent une large marge à la liberté contractuelle et permettent la création de la SAS unipersonnelle (SASU).

Par ailleurs, la loi 16 décembre 1999 habilite le Gouvernement à procéder à travers une ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes²⁵⁵. C'est ainsi que l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative au

²⁵⁴ Sous le gouvernement de Balladur est adopté une nouvelle loi de privatisation, la loi du 19 juillet 1993. Le fort mouvement déchaîné en faveur de la contractualisation du droit des sociétés, se traduit par la création d'une nouvelle forme de société par actions, la SAS.

²⁵⁵ En 1989 est créé une Commission supérieure de codification chargée de préparer un certain nombre de codes en diverses matières, selon la méthode appelée "de droit constant", qui consiste en regrouper dans un certain domaine, les dispositions en vigueur qui ne peuvent être modifiées, pour assurer la hiérarchie des normes et la cohérence de la rédaction. La Cour

nouveau C. com. entra immédiatement en vigueur²⁵⁶. Elle abroge le C. com. de 1807 et crée un nouveau²⁵⁷, qui réunit en un seul texte (divisé en neuf livres)²⁵⁸, d'une part, les dispositions de l'ancien code encore en vigueur jusqu'au moment de son abrogation, et d'autre part, un grand nombre de lois jusqu'en ce moment dispersées²⁵⁹.

de cassation signale que "la abrogation d'une loi suivie de sa codification en droit constant, ne modifie ni le contenu de ses dispositions transférées, ni sa portée", (Civ. 1 Première chambre civile de la Cour de cassation, 27 février 2001). [V., la Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification de textes législatifs et réglementaires (JO du 5 juin 1996, pag. 8263)]. La Commission prépara un C. com. adopté par le Sénat en première lecture, au cours de l'année 1993, cependant, celui-ci ne fut pas soumis à l'Assemblée Nationale. À fin d'accélérer l'adoption de ces nouveaux Codes, la Loi du 16 décembre 1999, autorise le Gouvernement à agir par voie d'ordonnance.

²⁵⁶ Ordonnance n° 2000-912 relative à la partie législative du C. com. (JO du 21 septembre 2000, pag. 14783). Le texte de l'ordonnance est précédé d'un rapport du Président de la République exposant les règles et l'élection qui ont guidé les rédacteurs.

²⁵⁷ Le nouveau Code ne modifie pas essentiellement l'antérieur, il se contente de réunir les textes dispersés. En réalité, il retient le concept "commerce" dans une conception trop large, puisque les textes qu'il regroupe concernent aussi bien des opérations de négoce en général (opérations d'affaires, c'est à dire, opérations ou règles applicables aux entreprises en général), et l'activité commerciale dans le sens strict. Ainsi il réunit la loi sur les sociétés commerciales, l'ordonnance relative à la liberté des prix et la compétence et la loi sur la sauvegarde des entreprises en difficulté.

²⁵⁸ Livre I, relatif au commerce en general; livre II, des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique; livre III, de certaines formes de vente et de clauses d'exclusivité; livre IV, de la liberté de prix et de la concurrence; livre V, des effets de commerce et des garanties; livre VI, des difficultés des entreprises; livre VII, de l'organisation du commerce; livre VIII, de quelques professions réglementées et livre IX, dispositions relatives à outre-mer. Sur ses dernières voir, Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome III...*, *op. cit.*, n° 43.

²⁵⁹ La doctrine presque de forme unanime [voir au respect, Bureau et Molfessis, "Le nouveau Code de commerce, une mystification?", *Dalloz affaires, Cahier Droit des affaires*, 2001, 361; Lienhart et Rondey, "incidents juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau Code de commerce)", *Dalloz affaires, Cahier Droit des affaires*,

En même temps, le Code monétaire et financier, qui contient de nombreuses dispositions relatives au droit des sociétés, fût instauré par l'ordonnance du 14 décembre 2000. En outre, il résulte également d'intérêt la loi du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques (NRE), la loi de sécurité financière du 1 août 2003²⁶⁰, qui fusionne la déjà citée Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF), sous le nom de l'Autorité des marchés financiers (AMF)²⁶¹ et l'ordonnance 2004-604 du 24 juin²⁶², de réforme du régime de valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et l'extension à l'outre-mer²⁶³ des dispositions qui modifient la législation commerciale²⁶⁴.

D) L'influence du droit européen des sociétés.

La législation issue des Traités et de l'activité des organismes de l'Union, influence et intègre le droit interne de chacun des Etats membres, et ce

2000, 521; entre autres], montre des réserves sur le nouveau C. com. Selon eux, le code a une dimension démesurée et résulte critiquable (v. Blaise, J.B.; *Droit des affaires*, 3e. éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 26.

²⁶⁰ Paillusseau, J.; *"La logique organisationnelle dans le Droit..."*, op. cit., p. 593 et 594.

²⁶¹ L' AMF créée par la Loi 2003-706 de sécurité financière du 1 août 2003, a pour objet de renforcer l'efficacité et la viabilité du domaine financier français. Il s'agit d'un organisme public doté de personnalité morale, qui dispose d'autonomie financière et qu'a comme mission de veiller à la protection de n'importe quelle manifestation d'épargne publique, la protection des investisseurs et le bon fonctionnement des instruments du marché financier.

²⁶² JORF n° 147 du 26 juin 2004.

²⁶³ V., Lagarde, G.; *Répertoire des sociétés, tome III...*, op. cit., n° 43.

²⁶⁴ Conac, P.H.; "The new french preferred shares: moving towards a more liberal approach", ECFR 4/2005, p. 487 et s.

jusqu'au point que, par exemple le droit communautaire de la concurrence se superpose au Droit interne dans la matière et l'influence considérablement. Dans ce sens, il existe aujourd'hui une société européenne et une marque communautaire²⁶⁵. De plus, des nombreuses directives communautaires orientent le droit des sociétés, le droit boursier, le droit bancaire, d'assurances et de transports. Egalement, les directives sur la protection des consommateurs introduisent en droit interne les méthodes de vente et les prestations de services.

A ce propos, les Etats membres de l'Union européenne réalisent un important travail de coordination de leurs législations à travers l'adoption de directives qui ont impliqué, de même qu'au reste des Etats membres de nombreuses modifications de la législation française. Cependant, et malgré que la création d'une société européenne a été une tâche beaucoup plus laborieuse, le droit communautaire est en train de réaliser d'importantes contributions en matière de droit des sociétés, dont la finalité n'est autre que d'aboutir à la transparence des sociétés en matière comptable et financière et au renforcement de la mobilité des entreprises. Pour sa part, le Tribunal de Justice de la Communauté européenne contribue également progressivement à la création d'une jurisprudence européenne de sociétés.

²⁶⁵ Directive n° 89-104 du Conseil du 21 décembre 1988 (JOCE L. 40 du 11 février 1989), et surtout le Règlement n° 40-94 du Conseil du 20 décembre 1993 (JOCE L. 11 du 14 janvier 1994, modifié par le Règlement n° 3288-94 du Conseil du 22 décembre 1994 (JOCE L. 349 du 31 décembre 1994)].

A fin d'harmoniser les législations des Etats membres, le Conseil de la Communauté européenne adopta onze directives en matière de sociétés, parmi lesquelles, six ont conduit à la modification de la loi de 1966 ²⁶⁶:

- **Première directive** du 9 mars 1968 sur la publicité, la validité des contrats sociaux et cas de nullité²⁶⁷. Le droit français a transposé cette directive avec l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969, qui a impliqué une modification partielle de la loi 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Concrètement son article 1^{er} modifie les dispositions générales du chapitre préliminaire de la Loi 66-537 en ce qui concerne la publicité des opérations de la SARL et des sociétés par actions.

- **Seconde directive** du 13 décembre 1976 sur la constitution de la SA et le maintien de la intégralité de son capital et ses modifications²⁶⁸. La transposition au droit français s'est réalisée avec la loi du 30 décembre 1981. (Cette directive fût complétée par une autre, la n° 92/101 du 23 novembre 1992²⁶⁹). La loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 relative à l'harmonisation des législations nationales sur la constitution des sociétés et le maintien et les modifications de leur capital, à été, à son tour, modifiée dans ses art. 32 et 33 en ce qui concerne les dispositions relatives aux sociétés de capital variable par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 (art. 45), en ce qui concerne l'art. 32 et par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre (art. 3) en ce qui concerne ses arts. 33 y 34.

²⁶⁶ Sur l'application des directives dans les différents Etats membres, v. Communication de la Commission, 12^e rapport annuel, JOCE 254, du 28 septembre 1995; Rev. Soc. 1995, pag. 808.

²⁶⁷ JOCE n° L. 65 du 14 mars 1968.

²⁶⁸ JOCE n° L. 26 du 31 janvier 1977.

²⁶⁹ JOCE n° L. 347 du 28 novembre 1992.

- **Troisième directive** du 9 octobre 1978 sur la protection des actionnaires et des tiers motivée par les fusions de SA²⁷⁰. Les modifications imposées par cette directive ont été introduites par la loi n° 88-17 du 5 janvier relative aux fusions et scissions des sociétés commerciales. Cette loi a été modifiée ensuite par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000. Toutes les deux ont modifié également la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Cependant, en ce qui concerne les règles de fonctionnement des diverses sociétés commerciales, concrètement la fusion et la scission (titre I, chapitre 6^e, section 6^e, paragraphe 1^e, relatif aux dispositions générales), ne sont plus en vigueur depuis le 21 septembre 2000.

- **Quatrième directive** du 25 juillet 1978 sur la structure et le contenu des comptes annuels²⁷¹. L'harmonisation du droit français a eu lieu par la loi du 30 avril 1983 en ce qui concerne les obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés.

- **Sixième directive** du 17 décembre 1982 sur les scissions des SA²⁷². Sa transposition s'est réalisée par la déjà citée loi du 5 janvier 1988, et ses effets sont ceux signalés précédemment.

- **Septième directive** du 13 juin 1983 sur les conditions d'établissement des comptes consolidés²⁷³. Cette directive a été introduite en droit français par la loi du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques.

²⁷⁰ JOCE n° L. 295 du 20 octobre 1978.

²⁷¹ JOCE n° L. 222 du 14 août 1978.

²⁷² JOCE n° L. 378 du 31 décembre 1982.

²⁷³ JOCE n° L. 193 du 18 juillet 1983.

- **Huitième directive** de 10 avril 1984 sur les conditions qui doivent réunir les personnes qui exercent les fonctions de commissaire aux comptes²⁷⁴.
- **Onzième directive** du 21 décembre du 1989²⁷⁵, relative aux formalités de publicité à charge des sociétés d'un Etat membre qui ouvrent une succursale dans un autre Etat membre²⁷⁶.
- **Douzième directive** du 21 décembre 1989 relative à SARL unipersonnelle²⁷⁷.

Les neuf directives ci-dessus mentionnées, étaient accompagnées de deux autres, la dixième et la treizième, nous les analysons ensuite notamment par la controverse qu'elles ont suscitée.

En ce qui concerne la **dixième directive**²⁷⁸, elle fût présentée le 14 janvier 1985²⁷⁹. Le 14 décembre 1984, la Commission a adopté une proposition pour une dixième directive de droit de sociétés relative aux fusions

²⁷⁴ JOCE n° L. 126 du 12 mai 1984.

²⁷⁵ JOCE n° L. 395 du 30 décembre 1989.

²⁷⁶ À ce sujet il résulte d'un grand intérêt Baranger, G.; "La succursale en France des sociétés étrangères", Bull. Joly, 1992, p. 736.

²⁷⁷ JOCE n° L. 395 du 30 décembre 1989.

²⁷⁸ V. à ce sujet, Sánchez Calero, F.J.; "La propuesta de la Comisión de la CEE de décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al derecho español", N. UE., n° 55-56, 1989, p. 61 et s.; Martí Moya, V.; "Aproximación a la propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales", N.UE, n° 252, 2006, p. 87 et s.; Grimaldos García, M.I.; "La décima Directiva relativa a la fusión transfronteriza de sociedades de capital y el daño de la fusión" en Roque Vítolo, D. y Embid Irujo, J.M. (dir.); *El Derecho de sociedades...*, op. cit., p. 363 et s.

²⁷⁹ JOCE n° C. du 23 janvier 1985.

transfrontalières des entreprises. Plusieurs commissions du Parlement européen ont examiné la proposition, entre elles la Commission d'affaires juridiques, qui adopta son rapport le 21 octobre 1987. Cependant, le Parlement n'a pas émis son rapport par crainte que les entreprises utilisent les fusions transfrontalières pour éluder ses obligations, en vertu de la normative de quelques Etats membres relative à la participation des travailleurs. Cet impasse a marqué le devenir de la proposition pour le statut de la société anonyme européenne qui a duré plus de quinze ans.

En 2001, dans un élan pour retirer tout un ensemble de propositions en suspens pendant des années, ou tombées en désuétude, la Commission a retiré cette première proposition de la dixième directive avec l'intention de présenter une nouvelle proposition basée dans l'évolution plus récente du droit communautaire.

Dans sa version initiale, celle-ci soulignait la permission des fusions entre SA d'Etats membres différents, bien que, les législations de certains d'eux exclurent ou ne prévirent pas les fusions transfrontalières, et même, que d'autres la soumettent à des conditions restrictives. Dans ce sens, des pays comme l'Allemagne, les Pays Bas, la Suède, l'Irlande, la Grèce, la Finlande, le Danemark et l'Autriche, interdisent les fusions transfrontalières. L'ensemble de projets européens sur la fusion se fondent dans la double nécessité d'un cadre juridique commun et dans l'harmonisation fiscale des différents Etats membres. À ce sujet, la réforme allemande de 2001 sur la distribution et exonération de plus-values prévue par divers pays comme l'Allemagne, le Luxembourg, l'Italie..., situait la France face à un déficit important en termes d'attractivité fiscale.

Parallèlement aux mesures d'harmonisation fiscale, en novembre 2003 se prévoit un projet qui naît en 2005 avec la Directive 2005/56/CE du Parlement

européen et du Conseil du 26 octobre de la même année²⁸⁰, sur les fusions transfrontalières de sociétés de capital, dont sa transposition par les différents Etats membres devrait se faire avant le 15 décembre 2007. De nos jours, cette directive n'a pas encore été transposée, et bien qu'elle soit en attente, les différents pays membres doutent de son efficacité étant donné la nature des règles de conflit de ses dispositions, en ayant un numéro réduit de règles matérielles et opérant majoritairement le renvoi aux règles relatives aux fusions nationales. Cependant, en ce qui concerne la France, il existe un projet de loi que de nos jours se trouve encore en phase de préparation, sur les diverses dispositions d'adaptation du Droit des sociétés au Droit communautaire qui prévoit de régler entre autres questions, la transposition de cette directive au Droit français²⁸¹.

La proposition d'une treizième²⁸² relative aux offres publiques d'acquisition, publiée en 1999, remplaçait celles de 1990 et 1996. Ces propositions ont trouvé reflet dans la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative aux offres publiques d'achat

²⁸⁰ JOCE n° L 310 du 25 novembre 2005.

²⁸¹ V., http://legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_ddac_societe.htm et <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0411.asp>, ce dernier lien recueille concrètement le document n° 411 de l'Assemblée Nationale, présenté le 20 de novembre 2007, et présenté, au nom de M. François Fillon, Premier Ministre, et par Mme. Rachida Dati, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice.

²⁸² V. au respect, Ruiz Peris, J.I. et Estevan de Quesada, C.; "La propuesta de la libertad: observaciones en torno a una nueva propuesta de decimotercera Directiva en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición", RDBB, année n° 16, n° 66, 1997, p. 401 et s.; Hernández Sáinz, E.; "Nueva propuesta de decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición", RdS, n° 7, 1996, p. 455 à 458.

(OPA)²⁸³. Elle devait être transposée par les différents Etats membres avant le 20 mai 2008. En ce qui concerne le droit français, celle-ci a été transposée par la loi n° 2006-387 du 31 mars relative aux OPA. Cependant, et malgré que la plupart des dispositions de la directive figuraient déjà en le droit interne, sous une formulation différente, ce texte communautaire favorise la compétence entre les entreprises européennes et harmonise les procès des OPA. En même temps il garantit une plus grande transparence dans les prises de contrôle. De plus, cette transposition suppose la nécessaire création dans C. com. français d'une nouvelle section relative aux OPA, ainsi que la nécessité de ratifier l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers par les consommateurs et la n° 2005-429 du 6 mai 2005 modifiant le Code monétaire et financier. Avec ces nécessaires mesures d'adaptation, aussi bien l'AMF²⁸⁴ se verra obligée de modifier son règlement général pour l'adapter aux dispositions communautaires²⁸⁵.

En plus de ces onze directives adoptées par le Conseil, ont été proposées:

- La cinquième directive sur la structure des SA, les pouvoirs et les obligations de leurs organes. Le projet initial fût présenté le 9 octobre 1972. Ensuite et après des nombreuses modifications une nouvelle proposition au Conseil de la Communauté européenne fût

²⁸³ JOCE du 30 avril 2004.

²⁸⁴ V. à ce sujet les considerations du point précédent en note de pied de page *in fine*.

²⁸⁵ L'AMF avait chargé, déjà en octobre 2005, Claire Favre et Dominique Hoenn, membres intègrants de cet organisme, de la présidence d'un groupe de travail chargé de cette tâche. Cependant le groupe tiendrait en compte les travaux faits antérieurement par Jean Michel Naulot.

présentée le 19 août 1983²⁸⁶. Cependant, ce projet n'est pas en vigueur actuellement.

- La neuvième directive sur les groupes de sociétés, qui n'a jamais vu le jour²⁸⁷.

Malgré son intérêt, la voie d'harmonisation des législations nationales résulte insuffisante. Le procédé d'adoption des directives est long et compliqué. En plus, les directives ont un caractère sectoriel, car chacune s'occupe d'un secteur d'activité particulier. C'est ainsi que l'existence de creux est inévitable. Pour cette raison, la Cour de cassation a déclaré que certains articles, comme par exemple l'article 43, relatif à la liberté d'établissement, et le 49 relatif à la libre prestation de services, avaient un effet direct, qui suppose que les particuliers peuvent les invoquer devant leurs juridictions nationales, afin de se soustraire aux législations discriminatoires imposées par les Etats.

Un exemple permettant d'illustrer ces propos ce sont le Règlement 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, et la Directive 2001/86/CE du Conseil de la même date, qui ont créé la figure de la SE dans le domaine communautaire²⁸⁸. Malgré l'ambition du projet et l'intérêt qu'il présentait, cette forme sociale n'a pas obtenu dans la pratique, l'accueil qu'on attendait²⁸⁹. Le premier obstacle qu'elle a rencontré *a priori*, en plus de sa propre

²⁸⁶ JOCE n° C 240 du 9 septembre 1983.

²⁸⁷ Merle, P.; *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2003, p. 25 et s.

²⁸⁸ Voire à ce sujet, Blanc, G.; "La société européenne: La pluralité des rattachements en question (à propos du Règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001)", *Le Dalloz* 2002, année 178, cahier blue n° 12, 21 mars, pags. 1052 et suiv.; Meyer, F.; "La société européenne", *Les petites affiches: La Loi*, 2002, v. 391, n° 76, 16 avril, pags. 7 et suiv.; Cathiard, C.; "La société européenne en droit français...", *op. cit.*, p. 7 y s.; Marini, P.; "L'attractivité de la société européenne...", *op. cit.*, pags 34 y 35.

²⁸⁹ V. à ce sujet, première partie, paragraphe III 1 A), qui analyse avec détail la SE.

règlementation, a été sa transposition aux différents systèmes juridiques nationaux, qui a résulté dans la majorité des cas une tâche ardue et compliquée. Ceci a été le cas du droit français qui nous occupe, dans lequel avec un certain retard et dans le cadre d'une procédure d'urgence présenté par voie d'amendement, avec les arts. 11 à 14 de la loi Breton du 26 juillet 2005 pour la confiance et modernisation de l'économie. Cependant, et bien que l'adaptation du statut de la SE au droit français sur la base des articles précités, répondait de façon globale aux exigences de la réglementation communautaire, elle laissait certaines lacunes qui devaient être comblées par un décret du Conseil de l'Etat, apparu récemment. Il s'agit du décret n° 2006-448 du 14 avril 2006 relatif à la SE²⁹⁰, qui précise le statut de ce type de sociétés et établit leur régime juridique. Aux termes de l'art. 11 de la loi du 26 juillet 2005, se sont introduit quinze nouveaux articles (L 229-1 à L 229-15) au sein du titre II, du livre II²⁹¹, du C. com. français, dans un chapitre IX qui porte le titre de "La société européenne". De plus, il s'est introduit un chapitre IV *bis*, dans le titre IV, titre "Des infractions concernant les sociétés européennes". De même, certains articles du C. com. applicables à la SA, ont dû être modifiés afin d'étendre son application à la SE. Enfin, selon les particularités des arts. 13 et 14 de la loi du 2005, d'autres précisions furent transposées au Code monétaire et financier et au Code des assurances. De plus, le législateur français a procédé également à transposer les dispositions de la directive au droit interne, aux termes de l'article 12 de la loi du 26 juillet 2005. Ainsi s'introduirent dans un chapitre XI, du titre III, du livre IV du Code de travail retitulé "Implication des salariés dans la SE et le Comité de la SE", vingt-sept nouveaux articles numérés du L 439-25 au L 439-50, et le L 483-1-3. Ces mesures nécessaires pour l'adaptation au droit de chaque Etat

²⁹⁰ JO n° 91 du 16 avril 2006, p. 5780.

²⁹¹ Le titre II est celui relatif à "Les dispositions particulières des diverses sociétés commerciales", et le livre II "Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique".

membre, ont fait naître en droit français un souhait de favoriser l'implantation de la SE à travers le recours à la flexibilité qui avec l'adoption de mesures fiscales adéquates²⁹², pourraient convertir la France en un cadre attractif et compétitif pour la constitution des SE. Cette moindre flexibilisation constatable dans les propositions de loi présentées par Marini²⁹³ et Roux en octobre du 2003 et par Branger et Hyest en janvier du 2004²⁹⁴, trouvaient deux champs d'application d'un côté, dans la possibilité d'appliquer des dispositions spécifiques de la SAS française à la SE. De plus, elles offraient la possibilité aux SA qui ne fassent pas appel public à l'épargne, de se constituer avec un seul actionnaire et de supprimer la nécessité des administrateurs de la SA d'être actionnaires de la SE. Bien que ces propositions n'ont pas trouvé à ce jour un reflet légal, il faut penser qu'elles pourraient résulter de grande utilité dans la SE et pouvaient favoriser sa constitution sur le territoire français²⁹⁵.

Cette même situation et problématique s'étend au reste des directives et règlements adoptés dans le domaine communautaire. C'est ainsi que bien que

²⁹² La France devrait faire du zèle au moment de configurer son régime, car comme il est bien connu dans ce plan les possibilités offertes des pays comme l'Irlande, le Luxembourg, les Pays Bas ou le Danemark, résultent à ce jour beaucoup plus intéressantes et rendent leur régime beaucoup plus attractif.

²⁹³ V., *L'attractivité de la société européenne à la française*, Journal des sociétés, Dossier Société Européenne, n° 28, janvier 2006, p. 34 et 35.

²⁹⁴ L'objet des dispositions concernées par ces propositions était l'adaptation du droit français et en même temps de prendre les mesures spécifiques afin d'intégrer de la meilleure forme possible la SE en droit français. Des travaux comparés à ceux déjà cités étaient déjà présentés dans d'autres pays voisins comme l'Italie et l'Allemagne, où l'intégration de ces dispositions se fait dans le cadre d'une réforme globale du droit des sociétés.

²⁹⁵ À ce sujet, Navarro Matamoros, L.; "La incorporación de la Sociedad Anónima Europea al ordenamiento francés" dans Embid Irujo, J.M.; et Roque Vítolo, D. (dir.); *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, 2007, p. 463 et s.

cette tâche d'harmonisation soit nécessaire, les champs d'application devraient être revus, étant donné les problèmes constatés lors de son application pratique.

Certainement, et en ayant compte qu'entrent en collision différents droits et dans chacun d'eux un tas de normes²⁹⁶, les possibilités en occasions sont limitées et compliquées. Cependant, il se peut que la clé soit une plus grande implication de la part de tous les Etats membres, en commençant par adapter ses propres lois aux directrices dictées dans le cadre communautaire de la façon la plus adéquate possible. En effet, il faut tenir compte du contexte d'euro-périsation actuel. Dans ce sens, il est conseillé que beaucoup de nos droits, révisent leurs propres systèmes juridiques en vigueur, régis en certains cas par des textes arcaïques et peu accordés avec une société moderne et adapté au système de globalisation actuel et optent pour une réforme législative capable d'adapter leurs institutions à la pratique actuelle.

2.- Singularité et tendances actuelles du Droit des sociétés français.

Le besoin de s'adapter aux changements continus auxquels sont soumis constamment les systèmes juridiques se traduit, dans le cas du droit des sociétés français par l'adoption d'une série de mesures qui tendent à favoriser son évolution. À ce sujet, il est possible de constater une progressive "flexibilisation" et "extension" de celui-ci, soumis à la pression continue du droit de l'entreprise, qui essaie de s'adapter de la manière la plus adéquate possible aux exigences actuelles du marché²⁹⁷.

²⁹⁶ V. dans ce sens, Coipel, M.; "La pluralité des rattachements aux normes...", *op. cit.*, p. 19 et s.

²⁹⁷ V., Menjucq, M. ; "La mobilité des entreprises ", *Rev. Soc.*, v. 119, n° 2, 2001, p. 212 et s.

A) Flexibilisation du droit des sociétés français.

À l'origine, la conception classique des sociétés s'identifiait à la notion de contrat²⁹⁸. Néanmoins, le débat moderne de la question a déplacé progressivement cette conception initiale vers une autre bien distincte, équiparée à celle de l'acte unilatéral ou collectif. Dans ce sens, déjà en 1966, le texte en vigueur à ce moment-là²⁹⁹, prévoyait cette possibilité sans compter que postérieurement, la loi du 11 juillet 1985³⁰⁰ sur EURL, disposait qu'une société pouvait être créée par un acte unilatéral dans les cas expressément reconnus par la loi, possibilité qui s'appliquerait postérieurement à la SAS.

De plus, l'excessive rigidité et la réglementation du droit des sociétés motiva que constamment s'aboge par sa simplification³⁰¹ et flexibilisation. C'est ainsi qu'en base à la liberté contractuelle et au principe de "tout ce qui n'est pas interdit est permis"³⁰² (douteux, selon nous), on prétendait compléter ou selon les cas modifier, les règles sociétaires pour les faire plus accordées à la pratique sociétaire. Cependant, il semble que cette question à été observée de manière favorable par le législateur français, de telle manière que le droit des sociétés de

²⁹⁸ Dans ce sens, Le Cannu, P., *Droit des...*, cit., pag. 22; Guyon, Y.; *Traité des contrats*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 20 à 23.

²⁹⁹ Rappelons-nous qu'il s'agissait de la loi du 24 juillet 1966 analysée dans l'épigraphe précédent. Voir épigraphe II 1 A).

³⁰⁰ Brèvement analysée dans l'épigraphe II 1 C).

³⁰¹ Moreau, J. et Terré, F.; "La simplification...", *op. cit.*, p. 533 et s.; Baranger, G.; "La belle simplification du droit", *Bull. Joly*, 2005, p. 159 et s.; Bissara, P.; "L'inadaptation du Droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions", *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

³⁰² Voir, Le Cannu, P., *Droit des...*, *op. cit.*, p. 23, quand il parle de "le principe tout ce qui n'est pas interdit est permis".

ce pays a évolué, ce qui a laissé ouverte cette possibilité³⁰³. Bonne preuve de cela fût la création de la SAS en 1994, dans laquelle on permettait la conjugaison d'intérêts très divers sur la base de la liberté laissée à la rédaction de ses statuts. Si à cela, nous ajoutons que cette société se présente comme une classique société anonyme³⁰⁴ à laquelle on permet la possibilité de se défaire des organes qui la contraignent (comme le conseil d'administration et les assemblées d'associés), et qui après la Loi de 1999 se perfectionnent et éliminent beaucoup de leurs problèmes en permettant que n'importe quelle personne sans distinction puisse être son associé et en autorisant sa création avec un seul associé³⁰⁵, il n'est pas étrange qu'elle ait atteint le succès dans la pratique des entreprises françaises, sinon aussi qu'elle soit devenue le "véhicule" plus flexible des sociétés fermées³⁰⁶.

B) Extensión du droit des sociétés.

La extension du droit des sociétés se manifeste spécialement dans le domaine des personnes morales constituées sous autre forme que les sociétés et dans le développement croissant du droit financier qui prépare une nouvelle distinction entre sociétés.

³⁰³ Paillusseau, J.; "La modernisation du droit des sociétés commerciales", Dalloz, 1996, n° 34 et 35, p. 287 et s.

³⁰⁴ Cependant il faut tenir compte que la SAS ne répond pas formellement à une SA classique. La SAS est apparue en France après le refus de créer une SA unipersonnelle, c'est pour cela que l'histoire de sa création est singulière.

³⁰⁵ V. au sujet, Conac, P. H.; "Quelques réflexions sur un avant-projet de Loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle", Bulletin Joly, n° 6, juin 1999, p. 603.

³⁰⁶ Le Cannu, P., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 23 *in fine*.

Avec les sociétés classiques, le droit moderne s'enrichi et s'ajuste aux besoins que la pratique demande, avec la création de nouveaux modèles, lesquels en même temps qu'ils fomentent la flexibilisation dans leur structure, permettent la création de nouvelles formes conçues pour usages divers. Dans ce sens, la création des fondations et associations, avec les syndicats et les groupements d'intérêt économiques (GIE) et leurs dérivés, comme les groupements d'intérêt public qui allient des personnes publiques et privées sans responsabilité illimitée et les groupements européens d'intérêt économique qui aspirent à réunir des entreprises de différents pays membres de l'Union européenne, s'avèrent à ce jour un changement vraiment important.

Les avantages se constatent également si nous nous analysons l'évolution parallèle du droit financier. Si dans le passé, les actions pouvaient uniquement représenter le capital des SA et des SCA, avec le temps cette possibilité a été étendue aux GIE et aux associations (selon la loi du 11 juillet 1985), sans compter les nouveautés introduites par la SAS. Ainsi non seulement se diversifient les possibles émetteurs d'actions, mais encore les valeurs mobilières existentes. Il est possible de parler de: **titres transformables** ou obligations convertibles en actions, de **titres composés** ou titres optionnels, bons de souscription d'actions, ou obligations ou actions avec droit de souscription... et, de **titres décomposés** ou actions avec des dividendes prioritaires mais sans droit de vote, certificat d'investissement ou certificats de droit de vote, qui sont des titres dérivés de l'action auxquels il manque une part des droits attachés à celle-ci³⁰⁷.

³⁰⁷ Voire, Le Cannu, P., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 26.

L'évolution se manifeste également en une nouvelle distinction des critères qui permettent de différencier, d'une part et d'un point de vue financier, entre sociétés ouvertes ou fermées, des sociétés qui font appel public à l'épargne, de celles qui ne le font pas, et des sociétés cotées et des non cotées. D'une autre part, et d'un point de vue économique et social, on fera une distinction entre petites, moyennes et grandes entreprises et parmi celles-ci une autre entre celles qui appartiennent au secteur public et celles du secteur privé.

3.- Caractères fondamentaux des sociétés commerciales françaises.

Aux termes de l'article 1832 du C. civ. cité ci dessus³⁰⁸, trois éléments sont requis pour la constitution d'une société³⁰⁹.

- A) Une pluralité des associés³¹⁰,
- B) qui mettent en commun leurs apports³¹¹,
- C) et, qui participent des résultats.
- D) On peut ajouter un quatrième élément intentionnel :
l'affectio societatis.

Ces quatre conditions sont nécessaires pour parler d'une société.

³⁰⁸ V. paragraphe I d'introduction du présent chapitre, *ab initio*.

³⁰⁹ Ces éléments constituent les quatre paragraphes qu'on passera à développer postérieurement. Voir dans ce sens, Gibrila, D., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 35 à 48.

³¹⁰ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés*, t. I..., *op. cit.*, p. 1.

³¹¹ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés*, t. I..., *op. cit.*, p. 2.

Les développements suivants sont consacrés à présenter chacun de ces quatre éléments, dont la réglementation est très similaire à celle prévue en droit espagnol.

A) Pluralité d'associés.

L'article 1832 alinéa 1^{er} du C.civ. dispose que la constitution d'une société nécessite au moins deux personnes³¹². En effet, deux sont les associés requis pour constituer une société de personnes ou une SARL traditionnelle. Toutefois dans le cas d'une SCA, il serait nécessaire la volonté de quatre associés. Le nombre est de sept dans la SA³¹³.

Cependant, seul dans le cas de la SARL³¹⁴ le nombre d'associés ne peut pas dépasser 50. Dans la SA il n'existe pas cette limite maximale et le numéro d'associés est variable, selon l'ampleur de la société³¹⁵.

³¹² Sauf dans les cas mentionnés au point I *ab initio* du présent chapitre dans lequel une société pourra se constituer par l'acte de volonté d'une seule personne. V., Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...op. cit.*, p. 172 et 173.

³¹³ V., schéma synoptique du paragraphe d'introduction du présent chapitre. Dans la deuxième colonne on compare le nombre d'associés nécessaires selon le type de société.

³¹⁴ Art. L 223-3 C. com.

³¹⁵ En France le succès des opérations de privatisation des entreprises en 1986 et 1987 a entraîné une augmentation considérable du numéro d'associés. Ainsi, par exemple, *Saint-Gobain* compte plus de 1.500.000 associés, la *Compagnie Générale d' Electricité* (CGE) 2.240.000, et *France Télécom* 3.800.000 millions d'associés en octobre 1997 (bien que ces chiffres se réduisent dans quelques cas à presque la moitié en peu de temps après. V., *Le Monde*, 16 février 1994 et *La Tribune*, 18 novembre 1997).

B) Apports sociaux.

Chaque associé doit réaliser obligatoirement un apport, même si la société à laquelle appartient ne soit pas dotée de la personnalité morale (société en participation, société créée de fait). Ainsi, il manifeste son *affectio societatis* et permet d'exercer à la société son activité.

Les apports, qui constituent le patrimoine initial de la société, peuvent avoir différente importance et nature, mais dans tous les cas ils doivent être effectifs. L'absence d'apport ou l'apport fictif³¹⁶ peut entraîner la nullité de la société³¹⁷.

L'art. 1843-3 du C.civ. distingue trois catégories d'apports³¹⁸:

- Les apports en numéraire, qui sont des apports en argent, est l'apport le plus fréquent en pratique.
- Les apports *en nature*. Tout apport qui ne soit pas en argent ou en industrie est un apport *en nature*. Le bien apporté peut être un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. La grande difficulté de ces biens est son évaluation, car la tendance des associés est de survalorer ces apports. Pour éviter des situations d'abus, le législateur

³¹⁶ Il est fictif l'apport d'un bien sans valeur (par exemple d'un titre sans valeur) ou d'un bien gravé d'un passif supérieur à la valeur brute de ce bien.

³¹⁷ Art. 1844-10 paragraphe 1^e et 1832 C.civ.

³¹⁸ A ce propos il résulte d'intérêt, Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 174 et 175; Jeantin, M.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 43 et s.; Le Cannu, P.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 111 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés*, 20^e ed., Litec LexisNexis, Paris, 2007, p. 56 et s.

a mis en marche des mécanismes de contrôle variable en fonction du type de société. Ce type d'apport peut se faire en propriété quand on transfère à la société la propriété du bien³¹⁹, en jouissance quand ce qui est transféré à la société n'est pas la propriété mais la possibilité d'en user son usage et sa jouissance³²⁰, et en usufruit, à travers duquel la société acquiert un droit réel mais n'acquiert pas le droit d'en disposer³²¹.

- Les apports en industrie, sont constitués par le travail réalisé par l'associé. L'associé met à la disposition de la société ses connaissances techniques, ses services et son travail³²².

C) La participation aux résultats.

Pour aborder l'étude de cette question et afin de faciliter sa compréhension, il convient de structurer la matière en trois parties³²³. Tout d'abord nous nous intéresserons à la **participation dans les bénéfices**, qui est celle qui peut présenter le plus de difficultés étant donné l'évolution qui a eu lieu dans la définition de la finalité de la société, mentionnée à l'art. 1832 alinéa 1^e du C.civ. Ensuite, il convient d'analyser la **participation aux pertes**, qui heureusement n'a pas généré les mêmes difficultés, et enfin il faut s'intéresser à

³¹⁹ Art. 1843-3 alinéa 2^e C.civ.

³²⁰ Art. 1843-3 alinéa 4^e C.civ.

³²¹ Art. 617 et 619 C.civ.

³²² Art. 1843-3 alinéa 6^e C.civ.

³²³ V., Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 177 et 178; Jeantin, M.; *Droit des sociétés...*, *op. cit.*, p. 109 et 114.

l'interdiction³²⁴ de clauses léonines, qu'impliquent aussi bien la participation des associés dans les bénéfices que dans les pertes de la société.

a) La participation dans les bénéfices.

L'art. 1832 C.civ. dans sa rédaction initiale disposait que:

“La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter”.

Comme nous le soulignons au début de notre travail et, étant donné que la distinction avec l'association ne générerait pas des grandes difficultés, toutefois reste à préciser ce que l'on entend par bénéfice, étant donné l'imprécision des textes à ce sujet. Ce fût la Cour de cassation dans son célèbre arrêt de la Caisse Rurale de Manigord, qui a apporté une solution à cette affaire, en établissant que le bénéfice est “le gain pécuniaire ou matériel qui s'ajoute au patrimoine des associés”. Cette notion de bénéfice présentait l'avantage de sa netteté et sa clarté, mais elle résultait trop restrictive. Pour cela elle fût pendant longtemps questionnée, et en 1978 la loi du 4 janvier donne un tour radical à l'art. 1832 du C.civ. qui introduit une nouvelle forme de comprendre la notion de bénéfice.

Cette loi qui a modifié la partie du Code civil relative aux sociétés, réforma l'art. 1832 C.civ., en lui donnant une nouvelle rédaction. Ainsi l'alinéa 1^{er} de cette disposition établissait que la finalité de la société pouvait consister

³²⁴ Même qu'on parle d'interdiction il faut tenir en compte que ces clauses ne sont pas tout à fait interdites, sinon qu'elles sont réputées non écrites.

aussi bien dans la répartition des bénéfices, que dans la réalisation d'économies qui pouvaient résulter de la mise en commun des apports réalisés à l'entreprise commune³²⁵. Ce nouveau critère elargit considérablement le domaine d'application des sociétés, de manière que la définition de bénéfice donnée par l'arrêt rendu dans l'affaire de la Caisse Rurale de Manigord retrouve tout son intérêt.

b) Contribution aux pertes.

En contrepartie de leur participation dans les bénéfices, les associés s'engagent compromettent à contribuer proportionnellement aux pertes réalisées par la société en question³²⁶. Ces pertes ne doivent pas se confondre d'aucune manière, avec les dettes.

La contribution de chaque associé aux pertes se déterminera lors de liquidation de la société. En principe, chacun contribue aux pertes proportionnellement à la part du capital qu'il détenait dans la société. De plus, la participation aux pertes est l'un des indices qui permet distinguer l'associé du créancier³²⁷.

³²⁵ V. au sujet, Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 483 et s.

³²⁶ Dans ce sens, v. l'art. 1832 du C.civ. alinéa 3^e. Ainsi que Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 489.

³²⁷ À ce sujet, ce sont un bon exemple les "prêts participatifs" ou crédits en participation, établis par la loi du 13 juillet 1978, art. L 313-13 du Code monétaire et financier.

c) Interdiction des clauses léonines.

Quand les cessions des actions s'étendent dans le temps, il est fréquent de prévoir la signature d'une promesse d'achat par le cessionnaire, pour le pourcentage d'actions non acquises immédiatement, afin de stipuler un prix en faveur du cédant. La Cour de cassation considéra pendant longtemps qu'il y avait une clause léonine, sur le fait que le cédant soit exonéré de toutes les pertes. Toutefois, en 1986, la chambre commerciale, dans l'arrêt *Bowater*, adoucissait considérablement sa position en précisant que:

"La Cour d'appel n'avait pas à vérifier si la fixation, le jour de la promesse, d'un prix minimum, avait par effet la libération du cédant de toute la contribution dans les pertes sociales depuis qu'on se constate que la convention en litige constituait une cession; qu'en effet l'art. 1844-1 du C.civ. interdisait l'unique clause qui concerne le pacte social dans les termes de cette disposition légale; qu'il ne pouvait pas être d'une autre manière en se traitant d'un pacte, bien qu'il soit entre associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que celui d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission des droits sociaux..."

De la même manière, l'arrêt *Ballet* précisa que, sauf fraude, il ne faudrait pas considérer comme interdiction la stipulation "étrangère au pacte social et sans aucune incidence sur l'attribution des bénéfices aux associés et leur contribution dans les pertes".

La 1^e chambre civile adopta pendant très longtemps une solution beaucoup plus rigide, mais suite à l'arrêt du 29 octobre 1990, elle s'est

rapprochée sensiblement de la position de la chambre commerciale mentionnée précédemment.

Faute de stipulation contraire dans les status, la participation des associés aussi bien dans les bénéfices que dans les pertes, est proportionnelle à leurs apports³²⁸. Néanmoins, les associés sont libres de prévoir dans le contrat de société leur participation aussi bien aux bénéfices qu'aux pertes, et ce indépendamment de l'apport réalisé à la société lors de la constitution ou en cours de la vie sociale.

Dans tout cas, et aux termes de l'art. 1844-1 alinéa 2 du C.civ., il est interdit d'attribuer à un seul associé la totalité du bénéfice réalisé par la société, car une telle disposition supposerait la négation de son essence même et concrètement du *ius fraternitatis* que doit présider la conduite des associés. Une telle stipulation serait considérée comme une clause léonine. Les clauses qui excluraient totalement du bénéfice ou des pertes un associé, ou celles qui laisseraient à la charge d'un d'entre eux la totalité des pertes³²⁹ sont également considérées des clauses léonines.

La présence d'une clause léonine³³⁰ dans les status, ne peut pas entraîner la nullité de la société, bien que celle-ci soit la clause déterminante de

³²⁸ Art. 1844-1 alinéa 1^{er} du C.civ.

³²⁹ Art. 1844-1 alinéa 2^e du C.civ.

³³⁰ À titre de curiosité, quelques auteurs trouvent son origine dans la fable de *La fontaine. Le veau, la chèvre et la brebis en société avec le lion*. Cette fable donne au contrat de société une poétique définition. "Le veau, la chèvre et sa soeur le brebis, avec un féroce lion, seigneur du voisinage, qui constituèrent autrefois une société, en mettant en commun les gains et les préjudices".

l'existence du contrat de société. La clause sera réputée non écrite³³¹. Elle ne produira aucun effet, et le partage des bénéfices ou des pertes aura lieu proportionnellement aux apports réalisés³³².

D) *L'affectio societatis*.

L'art. 1832 de C.civ. en définissant la société, n'exige pas formellement *l'affectio societatis* ou l'intention de s'associer. Par manque de précision légale à ce sujet, la doctrine s'est efforcée de déterminer une notion. Toutefois, elle n'est pas unanime et les définitions proposées par les auteurs sont bien divergeantes³³³.

L'affectio societatis est souvent clairement identifiable dans le cas de sociétés de petite envergure, par contre il résulte inexistant dans l'immense majorité des sociétés cotées en bourse. C'est une notion multiforme³³⁴ dont le dénominateur commun entoure la volonté des associés de collaborer ensemble, sur la base de l'égalité, en bénéfice de l'entreprise commune. Cependant, cette intention commune doit exister non seulement au moment de la création de la société, mais encore tout au long de sa vie.

³³¹ Egalement est réputée non écrite la clause d'intérêt fixe, qui prévoit le paiement d'un intérêt aux associés, même en l'absence de bénéfices (art. L 232-15 C. com.).

³³² Art. 1844-1 alinéa 2^e. et art. L 235-1 C. com.

³³³ À ce propos il résulte de grande utilité l'exposition des différentes théories, à ce sujet, Serlooten, P.; "L' affectio societatis, une notion à réviser", dans Mélanges Guyon, Y. ; Dalloz, 2003, p. 1007 et s., ainsi l'exposé par, Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, op.cit., p. 178 et 179; Le Cannu, P.; *Droit des...*, op.cit., p. 86 et s.; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, op. cit., p. 263 et s. ; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, op. cit., p. 492 et s.

³³⁴ Tel que souligne, Reboul, N. en, "Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis", Rev. Sociétés, 2000, p. 425.

En pratique, la notion d'*affectio societatis*³³⁵ s'utilise pour qualifier les contrats en situations incertaines et démasquer les sociétés fictives.

4.- Le contrat de société.

L'alinéa 1^{er} de l'art. 1832 C.civ. rattaché la société à la notion de contrat. Ceci implique qu'il faut nécessairement parler des conditions de fond et de forme qu'il doit réunir³³⁶. De plus, il est important de préciser les sanctions reconnues en cas de vice de constitution.

A) Conditions de fond.

³³⁵ Bien que l'usage du latin évoque selon Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 61, une "cérémonie religieuse", une société n'est pas un cercle mystique et l'*affectio societatis* n'est pas la "communion des fidèles", C'est cette théorie qui peut se déduire de l'arrêt ED Lee Maraîcher (10 février 1998). La société Erteco exploite des supermarchés dans tout le territoire français. Ayant regroupé son activité de distribution de fruits et légumes au sein d'une filiale spécialisée, ED Le Maraîcher, propose à certains de ses salariés l'exploitation de cette activité aux endroits réservés à cet effet, au sein de ses magasins de grandes surfaces. Les salariés sollicitent la nullité du contrat de société par défaut d'*affectio societatis*. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 7 juillet 1995, leur donne raison. De ces arguments il est possible de déduire que : l'*affectio societatis*, ne peut pas se confondre avec les mobiles personnels des associés. Leur aspect n'est pas subjectif, ne suppose pas autre chose que la simple volonté de s'associer au sein d'une même société, qui pourtant présente un caractère plutôt objectif.

³³⁶ Voir à ce sujet, Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *cit.*, pags. 162 et suiv. ; Voire, Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *cit.*, pag. 1 et suiv.

En plus des caracteres fondamentaux analysés tout au long du point de la partie précédente et que nécessairement doit réunir toute société, en application de l'art. 1108 C.civ., la validité du contrat de société obeit à quatre conditions³³⁷:

Le **consentement**. La volonté de s'associer ne doit pas être simulée³³⁸. Nous nous trouverions face à cette situation si le contrat de société cachait une autre convention voulue en réalité par les parties³³⁹, ou dans le cas d'une société fictive.

La **capacité**, est l'aptitude d'une personne à participer dans la vie juridique et qui varie selon le type de société et la condition de l'associé (mineur, société entre époux, étrangers, personne morale, ou incapacité liée à une procédure collective, sont quelques uns des cas qui, de même qu'en droit espagnol, requièrent un traitement particulier). À défaut de dispositions particulières relatives aux sociétés commerciales, il faudra se tenir aux règles de droit común³⁴⁰.

³³⁷ V., Jauffret, A. y Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op. cit.*, p. 171 et 172; Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op. cit.*, p. 47.

³³⁸ V., Terré, F, Simler, P. et Lequette, Y. ; *Droit civil. Les obligations*, 5^e. éd, Dalloz, Paris, 1993, p. 76 et s.

³³⁹ Par exemple: un contrat de prêt pour échapper de la repression de l'usure, un contrat de travail pour échapper aux lois sociales, un contrat de vente pour bénéficier d'une fiscalité moins lourde ou, une donation pour échapper aux règles imposées par la succession héréditaire.

³⁴⁰ V., Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 64 et s. ; Hamel, J. ; Lagarde, G et Jauffret, A. ; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 546 et s. ; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 224 et s. ; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 417 et s. ; Ripert, G. et Boulanger, J. ; *Traité de Droit civil...*, *op.cit.*, p. 56 et s.

L'objet³⁴¹, défini de manière abstraite par l'art. 1832 du C.civ.³⁴², s'identifie dans le domaine des sociétés avec l'objet de la société et se définit comme le type d'activité que la société se propose d'exercer en vue d'obtenir des bénéfices ou de réaliser des économies.

Aux termes de l'art. L 210-2 du C. com., l'objet social doit figurer dans le contrat social. En plus de déterminé, l'objet social doit être licite (art. 1833 C.civ.)

Cependant il peut avoir une discordance entre l'objet social statutaire et l'activité réelle, laquelle selon la jurisprudence française, c'est l'activité effectivement réalisée par la société et qui devra être prise en considération pour déterminer si l'objet est licite.

Il est important d'indiquer que l'objet social ne doit pas être confondu avec l'intérêt social. Ce dernier n'est pas défini par le législateur et la doctrine a proposé plusieurs notions. Il a ainsi été défini comme l'intérêt de l'entreprise, c'est à dire il comprend non seulement l'intérêt des associés mais encore celui des salariés, des fondateurs, des clients...³⁴³. En outre on estime qu'il doit s'entendre comme l'intérêt propre de la société, c'est-à-dire comme l'intérêt uniquement des associés³⁴⁴.

³⁴¹ V. les considérations à ce sujet de Ripert, G. et Boulanger, J. ; *Traité de Droit civil...*, *op. cit.*, p. 99 et s. ; Terré, F., Simler, P. et Lequette, Y. ; *Droit civil...*, *op.cit.*, p. 205 et s.

³⁴² V., paragraphe d'introduction du présent chapitre.

³⁴³ Paillusseau, J. ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP éd. 1995, I, 488. Dans ce sens se prononce l'arrêt Fruehauf, qui établit que la majorité qui contrôle un groupe de sociétés ne peut pas imposer à une des sociétés dominées une décision contraire aux intérêts particuliers de celle-ci ; Paris, 22 mai 1965, JCP, 1965, II, 14274 bis.

³⁴⁴ Schapira, J. ; "L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme", RTD com. 1971, p. 959 ; Sousi, G. ; "L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales", *these dactyl.*, Lyon III, 1974.

La cause du contrat de société est la raison pour laquelle deux ou plusieurs personnes s'associent³⁴⁵. Souvent on la confond avec l'objet, dans la mesure où la raison d'être de la société est précisément la réalisation de son objet. En application de l'art. 1131 C.civ., le contrat doit avoir une cause spécifique et licite. Le défaut de cause est exceptionnel. Il peut arriver que l'objet social soit licite et que la société soit cependant annulée par cause illicite³⁴⁶.

B) Les conditions de forme.

La société commerciale jouit de la personnalité morale après son inscription au RCS (art. L 210-6 alinéa 1^{er} du C. com, et 1842 alinéa 1^{er} du C.civ). Toutefois, cette inscription est une dernière étape, précédée d'une série de démarches nécessaires pour la valable constitution de la société³⁴⁷. Ce formalisme, exceptionnel en droit commercial, se justifie d'une part, parce qu'il est nécessaire de permettre aux associés de connaître leurs droits et obligations, (les statuts doivent ainsi être écrits)³⁴⁸, et d'autre part, parce que les tiers (banque, clients...) doivent pouvoir s'informer facilement sur la société celui-ci est le but que doit accomplir la publicité.

³⁴⁵ Ripert, G. et Boulanger, J. ; *Traité de Droit civil...*, *op.cit.*, p. 110 et s. ; Terré, F., Simler, P. et Lequette, Y. ; *Droit civil...*, *op.cit.*, p. 245 et s.

³⁴⁶ Doivent être annulés pour cause illicite, les contrats de sociétés conclus pour réaliser quelques fraudes, ou ceux qui se réalisent contre les dispositions légales impératives.

³⁴⁷ V., Jauffret, A. et Mestre, J. ; *Droit Commercial...*, *op. cit.*, p. 179 et s.; Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op. cit.*, p. 80 et 81.

³⁴⁸ Art. 1835 C.civ. De même, v. les considérations de Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome III...*, *op.cit.*, n° 41.

Il est conseillé de différencier les étapes de constitution communes à toute société commerciale. Cependant, on se limitera à exposer les grands traits des caractéristiques propres de chacune d'elles, étant donné la similitude qu'elles présentent avec le droit espagnol. Dans ce sens, il faut différencier entre les actes qui ont lieu jusqu'à la signature des statuts, de ceux qui ont lieu après.

Jusqu'à la signature des statuts, il faut tenir compte que le contrat de société suppose l'établissement d'une série de rapports préliminaires entre les associés fondateurs, afin de conclure toute une série d'actes dont la finalité est d'établir les règles qui régiront la vie de la société, tels que la recherche d'associés, la détermination du type de société, le montant du capital social, le lieu d'implantation du siège social, la demande le cas échéant de financement public... Ce projet se matérialise en un protocole. Toutefois, le contrat de société devra s'établir par écrit dans les statuts, (art. 1835 C.civ.) L'absence de contrat de société entraînera société créée de fait qui ne sera pas dotée de la personnalité morale. Les statuts devront contenir au minimum les mentions suivantes ³⁴⁹: la forme de la société, indispensable pour connaître son fonctionnement, ainsi que les droits et les obligations des associés, sa durée, qui ne pourra excéder 99 ans, bien qu'elle pourra se prolonger, sa dénomination sociale, son domicile social, son objet, qui indiquera l'activité exercée par la société, le montant du capital social, qui permettra de connaître les moyens dont dispose initialement la société, et les modalités de fonctionnement de celle-ci.

Les statuts peuvent se rédiger par acte sous seing privé ou par acte notarié. La forme notariale est reprise lorsque les associés apportent à la société des biens immeubles.

³⁴⁹ Cependant et aux termes de l'art. L 210-7 alinéa 2^e du C. com, on prévoit une action de régularisation dans les cas où les statuts ne contiennent pas toutes les mentions exigées par la loi.

L'engagement des associés de créer la société se manifeste par la signature des statuts³⁵⁰. Normalement, les associés signent personnellement le pacte social stipulé, mais ils peuvent désigner un mandataire investi d'un pouvoir spécial³⁵¹. La société comme contrat conclue le jour de la signature des statuts, et jusqu'à son inscription, les relations entre les associés se régiront par le contrat de société et par les principes généraux applicables au contrat et obligations d'accord par l'établi dans l'art. 1842 alinéa 2^e du C.civ.³⁵² Cependant, la société n'a la personnalité morale que lors de son inscription au registre du commerce et des sociétés (RCS)³⁵³. Jusqu'à ce moment elle sera considérée comme une personne morale en formation et les actes accomplis pendant cette période (comme le loyers de locaux, l'achat de matériels, et en general n'importe quel déboursement initial) devront être repris par la société une fois l'immatriculation au RCS soit réalisée³⁵⁴.

Après la signature des statuts, il convient de procéder à une série de formalités. Il faudra faire une insertion dans un journal d'annonces légale et un dépôt dans le registre de deux copies des statuts s'ils sont établis par acte

³⁵⁰ V. à ce sujet les intéressantes considérations de Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, *op.cit.*, p. 30 à 36.

³⁵¹ Art. L. 223-6 et L. 225-15 du C. com.

³⁵² Bastian, D.; *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce*, en Études de Droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac, Litec, 1968, p. 23 et s.

³⁵³ V. à ce sujet, Lagarde, G et Jauffret, A.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 450 et s.; Gaston Lagarde, M.; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 194 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G.; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 336 et s.; Lagarde, G.; *Répertoire des sociétés, tome II...*, *op.cit.*, p. 2 *in fine*; Lagarde, G.; *Répertoire des sociétés, tome III...*, *op.cit.*, p. 3.

³⁵⁴ Paillet, E.; "L'activité de la société en formation", *Rev. Sociétés*, 1980, 419; Besnard Goudet, R.; "La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes", *Droit des sociétés (Bulletin du Juris-Classeur sociétés)*, (Dr. Sociétés), décembre 2001, p. 5 et s.

notarié, ou deux originaux s'ils le sont par acte sous seign privé. Puis, deux copies des actes de désignation des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance, lorsque ces personnes n'ont pas été désignées dans les statuts. Ces documents s'ajouteront au dossier ouvert au nom de la société jusqu'à son inscription dans le RCS. En plus, ils permettront l'information des tiers qui pourront obtenir copie ou communication des mêmes.

La formalité suivante consiste dans la vérification par le greffier. La loi Madelin du 11 février 1994 citée précédemment, a supprimé la déclaration de conformité, et dorénavant il correspond au greffier de vérifier la régularité de la constitution et le respect des conditions de fond exigées (telles que, l'objet de l'activité, la conformité des statuts avec les dispositions légales, la capacité des dirigeants...), avant de procéder à l'inscription de la société. Dans le cas où l'inscription est refusée, il est possible de faire appel de la décision.

Ensuite, après l'accomplissement des formalités précitées, les fondateurs et les premiers dirigeants procéderont à l'inscription au RCS, et pour cela ils devront se présenter d'abord dans le CFE. Il n'y a pas de délai pour réaliser ces formalités, mais la société n'aura pas la personnalité morale que lors de son inscription.

Le CFE compétent est celui du domicile social. Il procède seulement à un contrôle formel de la documentation facilitée par le dépositaire. Si le centre estime que le dossier est incomplet, le déclarant dispose de 15 jours pour le compléter. S'il est complet, le CFE transmet immédiatement aux organismes destinataires la déclaration et les documents annexes.

Le greffier doit procéder à l'inscription de la société dans le délai d'un jour habile suite à la réception de la demande. Si le dossier est très complexe, il

dispose d'un délai supplémentaire de 5 jours. A défaut de régularisation de la demande, ou si le greffier estime que celle-ci n'est pas conforme aux dispositions applicables, il peut prendre la décision de refuser l'immatriculation de la société. Cette décision est susceptible d'appel. Si le greffier ne respecte pas les délais imposés, le demandant peut s'adresser au juge chargé de la surveillance du RCS.

La loi Madelin, dans la recherche de la simplification des formalités administratives, dont on soulignait antérieurement, instaure dans son art. 3, le principe d'un numéro unique d'identification des entreprises. Ce numéro, le numéro SIREN³⁵⁵, est attribué à chaque entreprise par l'INSEE³⁵⁶. Pour les activités soumises à l'inscription au RCS, le numéro unique d'identification se complète par la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le registre dans lequel l'entreprise est inscrite. Cet numéro unique d'identification s'utilise dans les relations des entreprises avec toutes les administrations et organismes.

³⁵⁵ Le numéro SIREN est un identificateur de neuf chiffres attribué à chaque entreprise. Les 8 premiers chiffres n'ont aucun sens, sauf pour les organismes publics et l'administration. Il se décompose en trois groupes de trois chiffres chacun. Le neuvième chiffre, est un chiffre de contrôle de validité. Ce numéro ne garde aucun lien avec les caractéristiques propres de l'entreprise en question. Il est attribué une unique fois et il est invariable. De plus, il se supprime au moment de la disparition de la personne morale. Il s'identifie de la façon suivante: par exemple pour les commerçants et les sociétés RCS PARIS A 321 654 987 (RCS: registre du commerce et des sociétés; VILLE: lieu d'inscription; A: commerçants / B: sociétés; 321 654 987 : n° SIREN). Pour les personnes inscrites à la Chambre des métiers et de l'artisanat 321 654 987 RM 012 (321... : n° SIREN; RM: répertoire des métiers; 012: groupe de chiffres désigné par la Chambre des métiers et de l'artisanat). Pour les professionnels libéraux que: 321 654 987.

³⁵⁶ L'INSEE (Institut National de la Statistique et des Études Économiques) est une Direction Générale du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (MINEFI). C'est une administration publique, avec six fonctions essentielles: produire, analyser, diffuser, coordonner, former et coopérer. De plus il développe la fonction de recopier, produire et diffuser l'information relative à l'économie et à la société française.

Pourtant, il correspond au greffier d'assigner aux entreprises le numéro d'inscription au RCS, et les anciennes lettres, qui désignaient sa forme (A pour les personnes physiques, B pour les personnes morales commerçants, C pour les groupements d'intérêt économique et D pour les personnes morales non commerçants), se suppriment³⁵⁷. Le greffier notifie l'inscription et le numéro SIREN au déclarant ainsi qu'un extrait appelé K bis, qui est un extrait du RCS, expédié par le greffier, contenant l'information essentielle de la société. Des que le greffier reçoit la notification du numéro d'identification par l'INSEE, il doit adresser un avis pour son insertion dans le Bulletin officiel d'annonces civiles et commerciales (BODACC).

En plus de toutes les formalités antérieurement exposées, il est nécessaire d'avertir les services fiscaux de l'existence de la nouvelle entreprise, pour qu'elle puisse satisfaire ses obligations fiscales auprès du Trésor public (contributions directes, TVA³⁵⁸); de l'URSSAF³⁵⁹, et des caisses de retraite et l'ASEDIC³⁶⁰.

C) Les sanctions.

³⁵⁷ C'est le cas par exemple de la société commerciale identifiée en son jour avec le numéro d'inscription, RCS Paris B 302610407, qui passa à être 302610407 RCS Paris.

³⁵⁸ Taxe sur la valeur ajoutée, identique à notre impuesto sobre el valor añadido (IVA), mais avec un pourcentage du 19'6 %.

³⁵⁹ L'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales. C'est un organisme privé chargé de la gestion d'un service public, qui assure une fonction essentielle pour la sécurité sociale française.

³⁶⁰ L'ASEDIC est un organisme qui s'occupe d'assurer le chômage.

La sanction prevue pour un acte irrégulier est son annulation. En matière de sociétés, cette sanction est particulièrement rigoureuse, car les parties peuvent être tiers de bonne foi³⁶¹.

La nullité³⁶² d'une société ou d'un acte modifiant les statuts résulte seulement d'une disposition expresse du C. com. (art. L 235-1 alinéa 1^e.³⁶³), ou des lois qui régissent la nullité des contrats. Ainsi, seraient nulles les sociétés qui n'ont pas plus d'un associé lors de la constitution (sauf le cas de la SARL ou de la SAS), ou celles dans lesquelles les apports sont inexistent ou fictifs, ou bien celles dans lesquelles les associés ne jouissent pas d'*affectio societatis*. De la même manière serait également nulle, la société qui a un objet illicite, immoral, ou qui n'a pas été constituée dans l'intérêt comùn des associés. De même, la société sera nulle si elle n'a pas respecté les dispositions de l'art 1108 du C.civ. relatives au consentement, à l'objet ou à la cause. Cependant, à notre avis, et même si la loi ne prévoit pas ce cas expressement, sans aucun doute la société sera aussi nulle, en cas de fraude.

De plus, la loi sur la securité financière du 1 août 2003, introduit dans le C. com. un nouvel article, (art. L 235-2-1), qui prévoit que "sont nulles les décisions prises en violation des dispositions qui régissent les droits de vote liés aux actions".

³⁶¹ Au sujet des sanctions de l'inscription au registre v., Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 100 et s.

³⁶² V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome II...*, *op.cit.*, p. 1 et s.

³⁶³ Ancien art. 360 de la loi du 24 juillet 1966. V., Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 184 et 185; Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 72 et s.

Celles-ci sont les seules causes de nullité de sociétés. Pourtant, si une clause statutaire est contraire à une disposition impérative de la loi, étant donné que la violation n'est pas sanctionnée avec la nullité, celle-là sera réputée non écrite, selon les dispositions de l'art. 1844-10 du C.C.

5.- La personnalité morale des sociétés.

La notion de personne morale fût à l'origine une notion de droit public. C'est seulement au XIX siècle que la jurisprudence a construit la théorie que connaît de nos jours le droit français. À partir de certains textes qui consacrent implicitement l'autonomie patrimoniale des sociétés, (comme par exemple l'art. 529 C.civ.), on peut conclure la nécessité de l'existence d'une personne titulaire du patrimoine pour toutes les sociétés, sauf par la société en participation et la société créée de fait. Cependant, la loi du 24 juillet 1966 (codifiée aux arts. L 210-6 et suivants du C. com.) et la loi du 4 janvier 1978 (art. 1842 C.civ.), reprennent ces solutions en précisant que les sociétés ne jouissent pas de personnalité morale, jusqu'au moment de leur immatriculation³⁶⁴.

La personnalité morale peut se définir comme la capacité d'être sujet de droit, conférée à une entité juridique, différente des éléments qui la composent.

³⁶⁴ V., Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 185 et s.; Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 80 et s.; Jeantin, M.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 79 et 80; Le Carnu, P.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 175 et 176; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 88 et s.; Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 266 et s.; Gaston Lagarde, M.; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 272 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G.; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 498 et s.

N'importe quelle société sera constituée des la signature des statuts, bien qu'elle n'ait pas encore la personnalité morale. À partir de la signature du contrat de société, jusqu'à son inscription dans le registre, une période de temps peut s'écouler pendant laquelle les relations entre les associés seront régies par ce contrat et par les principes généraux du droit applicables aux obligations, selon les termes de l'art. 1842 alinéa 2^e du C.civ.

La personnalité morale permet à la société d'avoir son propre patrimoine³⁶⁵, un patrimoine social différent des patrimoines personnels de ses membres et une identité propre, avec un nom, un domicile social, une nationalité, ainsi qu'une pleine capacité juridique. Tous ces éléments qui permettront son identification et son individualisation, se trouvent réglés dans l'art. 210 du C. com. et sont en essence identiques à ceux que nous connaissons en droit espagnol. Grâce à eux on peut assurer la cohésion du groupement et la perpétuité de l'entreprise commune.

Il faut tenir compte que la personnalité morale n'existe pas seulement au moment de la constitution de la société mais tout au long de son existence. Cela inclut les possibles transformations qui n'impliquent pas la création d'une nouvelle personnalité morale³⁶⁶. Il en est de même pour la dissolution, dont les causes sont énumérées avec caractère général à l'art. 1844-7 C.civ. Quelle qu'elles soient les causes ayant motivé la dissolution de la société, celle-ci ouvre une longue période de liquidation permettant la repartition des bonis de liquidation. Les tiers doivent être informés rapidement et efficacement de la dissolution de la société car cette nouvelle situation a d'importantes conséquences pour eux. Cette information sera facilitée avec la publication dans

³⁶⁵ Terré, F et Simler, P. ; *Droit civil. Les biens*, 4^e éd, 1992, Dalloz, Paris, 1992, p. 339.

³⁶⁶ Les arts. L 223-1, 251-18 et 251-18 du C. com. réglementent certains de ces cas de transformation.

un journal du lieu su siège social (art. 237-3 du C. com.). Il est important que les tiers soient informés de cette situation, étant donné que les gérants de la société sont remplacés par le liquidateur et que la société conserve sa personnalité morale seulement pour couvrir les éventuels besoins de la liquidation (art. 237-2 alinéa 2^e du C. com.).

III.- LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX.

1.- Introduction. Les différents types de sociétés.

Une fois exposées les règles communes à toutes les sociétés commerciales, il convient d'analyser, selon le type, les particularités propres de chaque société. Ainsi, plusieurs types de sociétés peuvent être distingués³⁶⁷.

D'une part les sociétés de personnes³⁶⁸, dans lesquelles *l'intuitus personae* est la base de la société. Ce sont des sociétés de personnes, la société en nom collectif³⁶⁹, dans laquelle, tous les associés ont la qualité de commerçants et

³⁶⁷ À ce propos v., Ripert, G. et Roblot, R.; *Traité de Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 583 et 584 ; Douniol, P. ; *Les sociétés et les groupes en France*, Les éditions de l'épargne, Paris, 1989, p. 63 et s. ; Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 275 et s. ; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 292 et s.

³⁶⁸ V., Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Comercial...*, *op.cit.*, p. 213 et s.; Ripert, G. et Roblot, R.; *Traité de Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 587 et s. ; Jeantin, M. ; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 192 et s. ; Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 315 et s.

³⁶⁹ V., Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 297 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 532 et s. ; V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *op.cit.*, p. 2 et s.

répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales (art. L 221-1 alinéa 1^e du C. com.) et la société en commandite simple³⁷⁰, société caractérisée par les deux catégories d'associés, les collectifs qui ont la qualité d'associés, et les commanditaires qui répondent des dettes sociales en fonction de leurs apports et qui non pas la qualité de commerçants (art. L 222-1 du C. com.).

D'autre part, parmi les sociétés de capitaux, on peut distinguer, la SARL et les sociétés par actions³⁷¹. La SARL³⁷² traditionnelle, est composée au moins par deux associés, qui n'ont pas la qualité de commerçants et qui répondent des dettes sociales en fonction de leurs apports³⁷³. Ses avantages résident fondamentalement en ce que la loi n'exige plus un capital minimum

³⁷⁰ V., Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 352 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 608 et s. ; V. , Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *op.cit.*, p. 1 et s.

³⁷¹ Billion, P.; *SARL, SAS et SA en 50 questions pratiques*, Litec NexisLexis, Paris, 2006, p. 5 et suiv. Cet ouvrage constitue un travail de grande utilité, puisqu'il résume de façon schématique, les principales caractéristiques de ces trois types de société. V. au même sens, Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial...*, *op.cit.*, p. 359 et s.; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 363 et s. ; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 628 et s.

³⁷² À ce propos v., Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 227 et s.; Ripert, G. et Roblot, R.; *Traité de Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 709 et s. ; Bauvert, P. et Siret, N. ; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 193 et s. ; Gibirila, D., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 215 et s.; Jeantin, M. ; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 311 et s. ; Le Carnu, P.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 733 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 429 et s.; Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op. cit.*, p. 527 et s. ; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 911 et s.

³⁷³ Selon les statistiques du Registre national du commerce et des sociétés (RCS) et du INPI, (v. le schéma du paragraphe I du présent chapitre), la SARL est sans doute la société la plus utilisée en France. Bonne preuve de cela c'est que face aux 984.625 SARL qui se constituèrent par exemple en l'an 2004, ils se sont constituées 121.594 SA, et seulement 37.298 sociétés en nom collectif.

pour sa constitution³⁷⁴, et dans la flexibilité de son organisation. Si celle-ci est composée par un seul associé on parle d'entreprise unipersonnelle de responsabilité limitée (EURL)³⁷⁵, possibilité reconnue en droit français après l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1985³⁷⁶. Les sociétés par actions à son tour, englobent trois catégories, la SA³⁷⁷, la SCA³⁷⁸ et la SAS³⁷⁹, qui fera l'objet central de notre étude et que l'on analysera ensuite³⁸⁰. Dans celles-ci, comme en

³⁷⁴ Depuis le 1^{er} août 2003, (art. L 223-2).

³⁷⁵ V., Jeantin, M.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 326 et s.; Paillusseau, J.; "L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle"; *Les petites affiches*, n° 57, 13 mai 1987, p. 87 et s.

³⁷⁶ Cette loi répond à une ancienne revendication des petits commerçants et artisans qui réclamaient l'instauration d'un statut d'entreprise individuelle de responsabilité limitée (v. dans ce sens, "Rapport du Comité présidé par P. Sudreau sur la réforme de l'entreprise", coll. 10/18, 1975, p. 165 et s.; et "Rapport du groupe d'étude présidé par Cl. Champaud, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée dans le droit français", dans *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (RTD com.* 1979, p. 579), à l'image du déjà existant dans d'autres pays, comme en Allemagne. (À ce sujet résulte d'un grand intérêt l'ouvrage de Ezran-Charrière, N.; *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2002).

³⁷⁷ V., Ripert, G. et Roblot, R.; *Traité de Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 583 et 584; Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 221 et s.; Gibirila, D., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 257 et s.; Le Cannu, P.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 353 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 227 et s.; Petot-Fontaine, M.; (préface de Lagarde, G.); *La société anonyme. Dix études de cas*, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 3 et s.; Burgard, J.; *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, (préface de Lagarde, G.); *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1968, p., 3.

³⁷⁸ V., Jauffret, A. et Mestre, J.; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 255 et s.; Jeantin, M.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 297 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 383 et s.

³⁷⁹ V., Le Cannu, P.; *Droit des...*, *op.cit.*, p. 593 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 389 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G.; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 336 et s.

³⁸⁰ Concrètement au deuxième chapitre de cette partie.

droit espagnol, le capital se divise en actions et les associés ont la qualité d'actionnaires. La loi exige pour sa constitution un capital minimum de 225.000 € si elle fait publiquement appel à l'épargne, et 37.000 € dans le cas contraire³⁸¹.

Un deuxième groupe est constitué par les sociétés sans personnalité morale. Il est composé de la société en participation³⁸², qui n'est pas inscrite dans le RCS, dont elle n'est pas soumise à publicité, et n'a pas de personnalité morale et d'autre part la société créée de fait utilisée notamment pour identifier la situation dans laquelle se trouvent deux ou plusieurs personnes qui se comportent de fait comme des associés, mais sans entreprendre les formalités nécessaires pour constituer une société et qui, tout comme la société précédemment citée, n'a pas non plus de personnalité morale.

Enfin on trouve les groupements d'intérêt économique (GIE)³⁸³, institués par l'ordonnance 67-821 du 23 septembre 1967, dont le but est que les entreprises, afin de s'adapter aux dimensions d'un marché en développement continu, puissent mettre en commun quelques unes de leurs activités en conservant leur individualité et leur autonomie. Le GIE sont dotées de pleine capacité juridique. Cette forme n'est pas réservée uniquement aux commerçants

³⁸¹ Toutes ces particularités se reflètent dans le schéma comparatif des sociétés commerciales françaises analyse dans le paragraphe I du présent chapitre.

³⁸² V. à ce sujet, Gaston Lagarde, M. ; *Cours de Droit...*, *op.cit.*, p. 358 et s.; Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit...*, *op.cit.*, p. 620 et s.

³⁸³ La notion de "groupement d'intérêt économique" (GIE) peut être utilisée seulement par les groupements soumis aux dispositions de l'ordonnance du 23 septembre 1967. L'utilisation illicite de cette dénomination, ou de n'importe quelle autre expression qui puisse porter à confusion avec celles-ci, sera sanctionnée pénalement, aux termes de l'art. L 251-23 alinéa 1^e du C. com. V. à ce sujet, Bauvert, P. et Siret, N.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 435 et s.; Gibirila, D., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 207 et s. ; Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome II, Jurisprudence Générale Dalloz*, Paris, 1970, p. 2 et s.

et doit avoir pour objet le délai de l'activité économique prêtée par ses membres. En plus, les GIE n'ont pas comme finalité la réalisation de bénéfices, mais il ne leur est pas interdit de les obtenir. Les GIE peuvent se constituer même sans capital, mais pour protéger les intérêts des tiers, leurs membres supporteront les dettes indéfiniment et solidairement³⁸⁴.

De toutes ces sociétés, notre étude s'attardera sur la SAS qui, constitue la structure plus souple du droit des sociétés français. Cependant, et avant d'aborder en détail son analyse, il nous paraît de spécial intérêt d'exposer quelques notes générales à propos des sociétés de capital, étant donné qu'elle en fait partie.

2.- Origine et chronologie de ces textes normatifs.

A l'origine le Code de commerce contenait deux types de sociétés de capitaux ou sociétés par actions; d'une part la SA dans laquelle la responsabilité des actionnaires est limitée à leurs apports et la SCA dans laquelle coexistent deux catégories d'associés, les actionnaires et un ou plusieurs commanditaires tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

³⁸⁴ Les GIE sont présents notamment dans le domaine immobilier et des travaux publics, sur tout entre artisans et dans le secteur tertiaire (banques, assurances...). Quelques-uns ont connu un succès spectaculaire comme par exemple: "*groupement des cartes bancaires CB*", *Euromissile*, *le PMU et Airbus industrie*, que dans notre étude résulte de spécial intérêt bien même qu'il s'est constitué comme GIE de droit français en réunissant quatre associés industriels de nationalités différentes (*Aérospatiale – France, British Aerospace – Grand Bretagne, Deutsche Airbus/MBB – République Fédérale Allemande et CASA – Espagne*), se transforma en SAS en juin 2000.

Contrairement aux sociétés de personnes, les sociétés par actions ne se constituent pas *intuitus personae*, et se caractérisent surtout parce qu'elles permettent d'attirer d'importantes quantités de capital. Pour cette raison, on a besoin d'une constante vigilance des pouvoirs publics qui protègent les investisseurs, motivés par les avantages que supposent l'investissement en actions, telles que leur libre négociation dans le marché, la possibilité de réaliser des petits apports sans nécessité de faire des grands déboursements, les dividendes, les importantes plus-values à réaliser et les risques se limitent au montant de l'apport réalisé.

Sous l'empire du Code de 1807, étant donné que les SA étaient soumises à la nécessité d'une autorisation gouvernementale, les sociétés en commandite par actions se constituaient librement grâce à la "garantie" offerte par les associés collectifs, responsables indéfiniment. En réalité, la responsabilité limitée des associés collectifs était illusoire, et la plus part des abus venaient des associés commanditaires. La loi du 24 juillet 1867 établissait dans son art. 21, que les SA pouvaient "se former sans l'autorisation du gouvernement". Cette liberté de constitution de la SA, est le début du déclin de la société en commandite par actions, jusqu'au point que lors de la réforme de 1966 on a envisagé la suppression de ce type de société. Bonne preuve de cela c'est qu'en 1979 la France comptait avec plus de 100.000 SA, et, à peine 240 d'autres types de sociétés par actions³⁸⁵.

De plus, la loi du 3 janvier 1994 instaura une nouvelle forme de sociétés par actions, la société par actions simplifiée (la déjà citée SAS), qui tendait à

³⁸⁵ À ce sujet, il résulte de grand intérêt le "Rapport ANSA 1983", p. 76, *La société en commandite entre son passé et son avenir; étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CREDA)*, sous la direction de Viandier, A.; Hilaire, J.; Merle, H.; Serbat, H.; Litec, 1983.

favoriser la cooperation entre entreprises, en leur offrant un cadre beaucoup plus flexible que celui de la SA³⁸⁶. Une loi postérieure, la loi du 12 juillet 1999, a donné un important élan à la SAS, en permettant son fonctionnement entre deux personnes physiques ou morales, et en créant une nouvelle forme de société unipersonnelle, appelée société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

3.- Particularités propres des sociétés de capital.

Bien que dans les sociétés de capital on peut englober deux grandes catégories, comme sont la SARL et les sociétés par actions, tel que nous l'avons signalé précédemment³⁸⁷, il faut souligner que le concept de société de capital s'identifie dans la pratique, avec la figure de la SA. Toutefois, il existe également un autre type de société par actions, mais beaucoup moins utilisé en pratique, la société en commandite par actions. Ces formes sociales sont dominées par le *intuitus pecuniae*³⁸⁸ étant donné que le capital apporté par les associés compte d'avantage que la personne elle-même. Ici, il entre en jeu une question qui nous paraît intéressante de signaler. Aussi bien la SARL que la SAS, peuvent être considérées comme sociétés de capitaux étant donné qu'on identifie en elles des caractéristiques propres tel que, fondamentalement, la responsabilité limitée de ses associés. Toutefois, il est possible également de déceler une série de caractéristiques propres aux sociétés de personnes comme

³⁸⁶ Toutes les questions et caractéristiques propres de la SAS seront traitées avec exhaustivité tout au long du chapitre suivant. On considère aussi inutile son exposition détaillée dans le présent paragraphe, et on se rapporte à l'analyse faite *à posteriori*.

³⁸⁷ V. à ce sujet, le premier bloc d'introduction du présent paragraphe, relatif à la classification des différents types de sociétés existants en droit français.

³⁸⁸ V., Bauvert, P. et Siret, N., *Droit des sociétés et autres groupements. Droit de l'entreprise en difficulté*. DECF n° 1, 4^e éd. Editions ESKA, Paris, 2004, p. 40.

le *intuitus personae*, qui nous permet de leur reconnaître un caractère hybride qui les détermine. Ceci a donné lieu à un grand débat au sein de la doctrine et, à ce jour, la jurisprudence ne c'est pas prononcée. Cependant, du point de vue fiscal toutes les deux sont soumises à l'impôt de sociétés comme la SA, de-là que cette seule caractéristique permette les identifier comme sociétés de capital³⁸⁹.

Le schéma suivant présente à ce propos les critères essentiels qui permettent de différencier les principales formes de sociétés françaises³⁹⁰.

TYPE DE SOCIÉTÉ	SOCIÉTÉS DE PERSONNES (SNS, SCS, société civile)	SOCIÉTÉS DE CAPITAUX (PURES) SA, SCA	SOCIÉTÉ DE CAPITAL (HYBRIDE) SRL	SOCIÉTÉ DE CAPITAL (HYBRIDE) SAS
CARACTÉRISTIQUE				
Intuitus personae	OUI	NON	OUI	OUI
Division du capital	Participations sociales	Actions	Participations sociales	Actions
Liberté de cession d'actions ou des participations sociales	NON (consentiment nécessaire)	OUI (sauf clause statutaire expresse) (pas dans la SA)	NON	OUI (sauf clause expresse)
Dissolution de la société par décès	OUI (en principe)	NON	NON	NON
Responsabilité des associés par rapport au passif social	Indéfini et solidaire/ ou conjoint	Limité aux apports		

³⁸⁹ V. les considérations au sujet du capital social de, Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *op.cit.*, p. 3 et s.

³⁹⁰ Source, Bauvert, P. y Siret, N., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 41.

La présente analyse prétend, de forme sommaire, apporter une vision globale des deux grands groupes de sociétés de capitaux existant en droit français, sans entrer dans une étude détaillée de chacune de ces formes sociales. Postérieurement celui-ci, nous permettra affronter avec détail l'analyse de la SAS dont ses particularités résultent vraiment d'un grand intérêt pour notre étude.

A) Les sociétés par actions.

Comme nous l'avons déjà signalé antérieurement, dans ces formes sociales on trouve la SA, la SCA et la SAS³⁹¹. Ces trois types de sociétés ont en commun le fait d'être les seules sociétés commerciales autorisées à émettre des valeurs mobilières, de là sa dénomination de société par actions. Elles ont également en commun une deuxième particularité qu'elles partagent avec quelques sociétés civiles : elles peuvent faire appel public à l'épargne, à l'exception de la SAS.

Cette partie de notre thèse a pour objectif de présenter de manière très sommaire les caractéristiques de la SA et de la SCA. Ceci nous permettra de mieux connaître le régime juridique des sociétés par actions, afin de l'appliquer ensuite à la SAS.

³⁹¹ À ce propos, Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 255 et s.

a) La société anonyme.

a') Introduction. Approche à la figure.

Le statut de la SA fût instauré en France en 1867 avec l'objectif de permettre aux personnes qui voulaient épargner leur capital, de l'investir sans risques, lors de l'accomplissement de certaines formalités.

La séparation du capital personnel de l'investisseur de celui de la société, est sans aucun doute une de ses principales garanties, non seulement à titre personnel sinon également face au marché, car il réduit les effets de la connue "loi des héritiers" qui se traduit dans la volonté d'éviter le monopole seulement d'eux-mêmes, comme propriétaires de grandes entreprises qui génèrent la richesse dans le pays.

La SA est définie dans le chapitre V, du titre II du C. com. Ses principales caractéristiques sont³⁹² que les actionnaires ne sont responsables des pertes que dans la limite de leurs apports, que le capital social doit être integralément souscrit, et doit être au moins de 37.000 € et il ne peut pas être variable. De plus, on désignera un ou plusieurs commissaires aux comptes

³⁹² À ce propos, nous avons déjà signalé sommairement quelques précisions dans le paragraphe I introductoire du présent chapitre. V. le schéma comparatif des sociétés commerciales françaises. V., Gibrila, D., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 257 et s.; Le Carnu, P.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 351 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 227 et s.; V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome III...*, *op.cit.*, p. 2 et s.

chargés de contrôler la gestion comptable. Les actionnaires peuvent, en principe, céder librement leurs titres ou actions³⁹³.

Il existe deux types de SA: une de forme classique, avec un conseil d'administration et une autre avec un directoire et un conseil de surveillance. Ce dernier modèle est inspiré du modèle allemand, qui sépare clairement les fonctions opérationnelles des stratégies de la direction.³⁹⁴

Comme dans le droit espagnol, le capital social est divisé en actions, dont la valeur nominale se détermine au moment de la création de la société. Cette valeur se différencie de la réelle, qui sera déterminée tout au long de son existence en fonction de la volonté des actionnaires ou des exigences déterminées par le marché boursier. Chaque action donne à l'actionnaire un titre qui représente une part du capital, auquel s'attachent toute une série de droits et obligations³⁹⁵.

b') La constitution de la société anonyme.

La loi du 24 juillet 1966 (art. 73), de nos jours codifiée au C. com. (art. L 225-1), prévoit deux modes de constitution de la SA : avec appel public à l'épargne et sans appel public à l'épargne. En pratique ce deuxième mode de constitution de la société est bien plus utilisé que l'appel public à l'épargne. Ici, les associés fondateurs jouent un rôle fondamental, car non seulement ils

³⁹³ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I, actions – dividendes*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1970, p. 1 et s.

³⁹⁴ En Allemagne *vorstand* est le directoire et *aufsichtsrat* le conseil de surveillance.

³⁹⁵ À ce propos, Ripert, G. et Roblot, R. ; *Traité de Droit Commercial...*, *op. cit.*, p. 783 et s.; Bauvert, P. et Siret, N. ; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 221 et s.

donnent vie au projet, mais encore ils participent activement dans la formation de la société en élaborant la société et en accomplissant les formalités légales.

Lorsque l'on appelle publiquement à l'épargne la procédure de constitution de la société est strictement encadrée par la loi (C. com., arts. L 225-2 et suivants).

La constitution effective de la société se réalise en général par un groupe fermé de personnes, son ouverture vers des associés investisseurs, se produira dans son cas, tout au long de la vie de la société, mais non pas au moment de sa constitution³⁹⁶.

La constitution de la SA est attachée à une série de conditions, aussi bien de forme que de fond qui nécessairement devra accomplir³⁹⁷, et que nous exposerons ensuite.

a'') Conditions de fond.

Dans ces conditions, on trouve les conditions générales propres à tous les contrats mais avec les caractéristiques propres au contrat de société, et les spécifiques de ce type de société³⁹⁸.

Parmi les conditions générales³⁹⁹, quatre aspects sont à signaler.

³⁹⁶ Dans ce sens se prononce, Guyon, Y., *La société...*, *op.cit.*, p. 9; Petot-Fontaine, M.; *La société anonyme...*, *op.cit.*, p. 3 et s.

³⁹⁷ V., Gibrila, D., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 259 à 261; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 229 à 233; Bauvert, P. et Siret, N., *Droit des sociétés et autres groupements...*, *op.cit.*, p. 224 à 228; Guyon, Y., *La société...*, *op. cit.*, p. 9 et 15.

³⁹⁸ Bauvert, P. et Siret, N., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 224 et s; Della Berta, C.; "France. The Société Anonyme" en *Corporate Business Forms in Europe...*, *op.cit.*, p. 173 et s.

D'une part, le **consentement** qui doit être exempt de vice. Toutefois le de consentement ne permet pas d'invoquer la nullité de la société.

D'autre part, la **capacité** des associés, qui doit être seulement civile, étant donné que la qualité de commerçants n'est pas requise. Tout au long de la vie de la société, les mineurs émancipés ou pas, et les majeurs incapables peuvent être actionnaires, bien qu'ils doivent le faire moyennant un tuteur ou un administrateur légal⁴⁰⁰. De plus, pourront avoir la condition d'associés les étrangers et les personnes morales. Il n'y a pas, aucune incompatibilité ou interdiction susceptible d'empêcher l'entrée de n'importe quelle personne au sein d'une SA.

Ensuite, l'**objet**, doit être possible et licite. Cependant, il y a certaines activités interdites expressément aux SA, comme les sociétés immobilières de gestion réservées aux SARL, ou les pharmacies, également réservées aux SARL ou aux SNC. D'autres activités sont réservées expressément pour cette forme sociale, comme la société immobilière d'investissement, la société d'investissement en valeurs mobilières⁴⁰¹, la société d'économie mixte locale⁴⁰², la société de crédit différé⁴⁰³, ou les entreprises françaises d'assurances différentes des mutuelles⁴⁰⁴.

³⁹⁹ Ces particularités ont été analysées en général dans l'épigraphe II du présent chapitre, quand on parlait de la caractérisation générale des sociétés commerciales françaises en concret aux aspects relatifs au contrat de société recueillis dans le bloc 4^e.

⁴⁰⁰ V., Guyon, Y., *La société...*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰¹ Ordonnance n° 45-2710 du 2 novembre 1945, art. 7.

⁴⁰² CGCT (Code général des collectivités territoriales), art. L 1522-1.

⁴⁰³ Loi du 24 de mars 1952, art. 7.1.

⁴⁰⁴ C. assur. (Code des assurances), art. L 322-1.

Enfin, la *cause*, c'est-à-dire le motif par lequel ce groupe de personnes qui a décidé de s'associer. Elle doit également être licite.

En ce qui concerne les conditions spécifiques⁴⁰⁵ au contrat de société on peut signaler tout d'abord le **nombre d'associés** qui ne pourra pas être inférieur à 7 et dont maximum illimité.

Ensuite, le **capital social** qui se divise en actions et qui doit être de 225.000 € au moins, si la société fait appel public à l'épargne, ou de 37.000 € dans le cas contraire. Cependant dans certains cas, ce capital peut être supérieur ou inférieur à ces limites⁴⁰⁶. Les SA ne peuvent pas avoir un **capital variable**⁴⁰⁷. De plus, le montant du capital social doit figurer dans les statuts et dans tous les actes et documents destinés aux tiers.

Enfin, les **apports**, qui ne peuvent s'effectuer qu'en numéraire ou *in nature*. Les premiers devront être libérés au moins à la moitié au moment de sa souscription, et le reste, dans le délai de 5 ans à partir de leurs inscription dans le RCS. Les autres types d'apports, seront examinés par un "commissaire aux

⁴⁰⁵ À ce sujet, voir schéma comparatif des sociétés commerciales françaises qu'on analysait dans le paragraphe d'introduction du présent chapitre, dans lequel on soulignait de façon générale quelques-unes parmi elles.

⁴⁰⁶ Par exemple: les sociétés de rédacteurs de presse à qui uniquement on exige une quantité de 300 €; ou les banques auxquelles, on augmente le capital à 5.250.000 €.

⁴⁰⁷ Cependant, il y a une exception à cette règle quand il s'agit de coopératives ou de SICAV (*sociétés d'investissement à capital variable*). Ces dernières font partie avec les FCP (*fonds communs de placement*), du groupe de OPCVM (*organismes de placement collectif en valeurs mobilières*). Une SICAV est une société qui a pour objet la mise en commun des risques et des autres bénéfices d'un investissement en valeur mobilière (actions, obligations...), ou d'autres instruments financiers autorisés par la régulation ou par les statuts de la même.

apports"⁴⁰⁸ et devront se libérer immédiatement. Les apports en industrie sont interdits, puisqu'ils ne pourront pas, dans aucun cas, représenter les actions de la société.

Ainsi, les actions, dont la valeur est fixée librement par les associés dans les statuts, devront se souscrire dans leur totalité au moment de la constitution de la SA, mais elles ne pourront pas s'émettre avant l'immatriculation de la société au RCS.

La durée de la société ne peut pas excéder 99 ans, à partir du jour de sa constitution. Cependant, cette durée pourra se proroger dans le but de maintenir la société en vigueur.

b'') Conditions de forme.

Les conditions de forme varient selon que la SA se constitue sans faire appel public à l'épargne, ou en faisant appel public à l'épargne lors de la

⁴⁰⁸ Le "commissaire aux apports" est un professionnel des numéros choisi parmi une liste de commissaires aux comptes ou d'experts en matière judiciaire. Le commissaire aux apports a la mission d'apprécier sous sa responsabilité, les biens apportés à une société au moment de sa constitution ou quand dans son cas augmente son capital, (dans notre Droit nous pourrions parler d'une sorte de "auditor especializado" dans cette matière. Le commissaire émettra un rapport d'évaluation qui s'anexera aux statuts, qui doit être déposé au le RCS et dans le futur siège du domicile social au moins trois jours avant leur signature. La valorisation du commissaire n'attache pas les associés, cependant, si celle-ci fixe une valeur inférieure à la prévue dans le projet des statuts, la société pourra seulement se constituer si ceux qui ont fait leurs apports approuvent expressément cette réduction. V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés*, tome I..., cit., pag. 2 et suiv.

constitution, cas isolé et d'insuffisante application pratique, avec un mécanisme d'avantage compliqué.

Les étapes à suivre pour la constitution d'une société anonyme qui ne fait pas publiquement appel à l'épargne sont les suivantes.

Tout d'abord il faut rédiger un projet de statuts, élaboré par les associés fondateurs. Toutefois, celle-ci n'est pas une condition indispensable pour les SA qui se constituent sans faire appel public à l'épargne. Cependant, elle est fortement recommandée car elle permettra aux futurs actionnaires de connaître parfaitement tous les détails de la société depuis le moment de sa constitution.

Ensuite, la formation du capital social exigera des associés la somme minimale de 37.000 €⁴⁰⁹. Elle sera représentée par des actions qui se matérialiseront à travers les apports des associés, en numéraire ou *en nature*. En ce qui concerne les apports en numéraire, il seront libérées au moins de la moitié de leur valeur et ceci se constatera généralement par un bulletin. En ce qui concerne les apports *en nature*, seront évalués par un commissaire aux apports désigné à cet effet⁴¹⁰.

Après la formation du capital, il faut procéder au dépôt des fonds et de la liste des souscripteurs. Les fonds provenant des apports en numéraire et la liste de souscripteurs avec l'indication de leur nom et prénom, domicile, et somme apportée par chacun, sont déposés soit devant notaire, soit dans une

⁴⁰⁹ Cependant, comme on soulignait avant dans ce même épigraphe quand on analysait les conditions de fond spécifiques, dans certains supposés strictement taxés et exceptionnels, ce chiffre pourrait augmenter ou diminuer.

⁴¹⁰ Voire à ce sujet les considérations faites sur le "commissaire aux apports" dans ce même épigraphe quand on analysait les conditions de fond spécifiques.

entité de crédit ou à la "Caisse des dépôts"⁴¹¹. Les souscriptions et les versements sont constatés par un certificat émis au dépositaire au moment du dépôt des fonds ou à la présentation de la liste des actionnaires. Les fonds déposés ont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société au RCS.

Cependant, et même que d'office ces documents seront remis aux administrateurs de la société si celle-ci ne se constitue pas dans le délai de six mois, n'importe lequel des fondateurs pourra nommer un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux autres fondateurs. Si quelqu'un des intéressés le demandait, le dépositaire sera dans l'obligation de communiquer la liste des actionnaires et les sommes déposées par chacun d'eux.

Une fois cette formalité accomplie on procède à la signature des statuts. Cette phase est la plus importante, car à partir de la signature des statuts la société est constituée, même si elle n'a pas la personnalité jusqu'à son immatriculation. Les statuts, écrits, doivent nécessairement être signés par les actionnaires, soit personnellement, soit par pouvoir spécial.

Ceux-ci doivent contenir une série de mentions obligatoires aussi bien sur l'identité des actionnaires, que sur la société (sur sa forme, sa durée, sa dénomination sociale, son domicile social, le montant du capital, ainsi que le numéro et la valeur nominale des actions, entre autres...). De même, ils contiennent les mentions sur les premiers administrateurs ou membres du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes.

De plus, figurent comme documents annexes, le rapport du "commissaire aux apports" mentionné précédemment, l'état des actes réalisés

⁴¹¹ La "Caisse de dépôts" et consignations, c'est une institution financière publique française chargée de missions d'intérêt général conférées par l'Etat ou par les collectivités territoriales.

pour le compte de la société en formation, les mandats de prévision d'accomplissement d'autres actes avant l'inscription.

Enfin, il faut désigner les membres des organes de direction et procéder à l'inscription au RCS⁴¹².

Si la société se constitue en faisant **appel public à l'épargne**, le capital minimum exigé est de 225.000 €, et le numéro d'associés est toujours au moins de sept. Ses actionnaires, normalement assez nombreux, ne signent pas les statuts personnellement, mais ils participent dans une assemblée constitutive à fin de débattre certaines questions de spécial intérêt pour la vie de la société, telles que, l'adoption des statuts, l'acceptation de l'évaluation des apports *in nature*, l'acceptation des actes conclus par les fondateurs au nom de la future société, ainsi que, la désignation des premiers organes sociaux.

Les formalités nécessaires pour sa constitution diffèrent notamment de celles exigées pour les SA qui ne font pas publiquement appel à l'épargne. Dans ce sens, les formalités à accomplir se sont, le dépôt au le registre d'un projet de statuts signé par les fondateurs, la publication d'une annonce au le BALO⁴¹³ avant de commencer les opérations de souscription et de rédaction d'une note

⁴¹² À ce propos, il résultent d'intérêt les considérations générales citées dans l'épigraphe II 4 B) du présent chapitre, relatives aux formalités d'inscription et de publicité des sociétés, applicables par analogie dans le cas concret où l'on se trouve.

⁴¹³ Le BALO (Bulletin des annonces légales obligatoires), est une publication éditée par la Direction des journaux officiels française, qui contient des annonces des sociétés qui font appel public à l'épargne relatives aux comptes annuels, opérations financières, convocations d'assemblées...

informative destinée au public et supervisée par l'AMF⁴¹⁴, la constatation des souscriptions des apports numéraires dans les bulletins de souscription signées par les titulaires et dans le cas des apports *in nature*, il sera nécessaire de désigner un commissaire pour émettre un rapport sur la valeur. Ensuite, il faut procéder à la convocation de l'assemblée constitutive, au moins huit jours d'avance, par une annonce insérée au BALO et dans un journal du domicile du futur siège social. Après la réunion de l'assemblée constitutive on procède à la désignation des membres des organes de direction et enfin à l'immatriculation au RCS et à la publicité de la société.

c') La gestion de la société anonyme.

Depuis la loi du 24 juillet 1966 la gestion de la société anonyme ne peut se concevoir selon deux modèles que nous avons brièvement présenté ci-dessus⁴¹⁵.

D'une part, le système classique de SA qui est le plus ancien et le plus utilisé dans la pratique, et qui distingue deux organes.

Tout d'abord le **Conseil d'administration**⁴¹⁶ dont la loi du 15 mai 2001 a séparé son pouvoir de gestion de celui de contrôle. Cet organe représenté par un président, est constitué par un minimum de trois et un maximum de dix-huit

⁴¹⁴ Organisme dont on a déjà parlé, dans ce même chapitre. V. à ce sujet, en note de pied de page, le paragraphe relatif à la régulation du droit des sociétés français dans son bloc B) *in fine*.

⁴¹⁵ V., Burgard, J. ; *Direction générale et direction technique...*, *op.cit.*, p., 31 et s.

⁴¹⁶ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *op.cit.*, p. 1 et 2.

administrateurs élus parmi ses actionnaires, il est convoqué par le président et se réunit généralement chaque deux mois⁴¹⁷.

Pour être administrateur il faut posséder un certain nombre d'actions de la société en question⁴¹⁸. Au moment de la création de la société, les premiers administrateurs sont nommés par les statuts dans une assemblée générale ordinaire tout au long de la vie de la société. La durée de la fonction d'administrateur est déterminée par les statuts, et ne peut pas être supérieure à six ans. Cependant, dans le cas des administrateurs nommés au moment de la constitution de la société, ce délai se réduit à la moitié, avec une limite non supérieure à trois ans consécutifs. Malgré ces limites, l'administrateur peut être réélu, dans la limite de cinq mandats.

Sauf mention expresse des statuts, les administrateurs de plus de 70 ans ne peuvent pas représenter plus d'un tiers des administrateurs en fonctions. Ceux-ci ne perçoivent pas de rémunération fixe pour leurs missions, mais ils peuvent percevoir certaines quantités variables en fonction de son poste⁴¹⁹. De plus les administrateurs ne peuvent pas accumuler leur fonction avec un contrat de travail.

⁴¹⁷ V. à ce sujet, Petot-Fontaine, M.; *La société anonyme...*, *op.cit.*, p. 29 et s.

⁴¹⁸ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *op.cit.*, p. 2. Cependant, la nouvelle Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, assouplit cette exigence en prévoyant une nouvelle rédaction de l'alinéa premier de l'art. 225-25 du Cod. de com. qui établit que : " les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société qu'ils déterminent". La règle a donc perdu son caractère impératif. Cette réforme dans le cas de la SA, (à différence de la SARL et de la SAS), simplement apporte quelques ajustements et pas des grandes réformes à tenir en compte.

⁴¹⁹ À ce sujet, ils sont autorisés à recevoir les "jetons de présence". Il s'agit d'une rémunération accordée aux PDG, directeurs généraux, administrateurs et membres du Conseil de surveillance des SA, dont le montant est calculé en fonction de l'assiduité aux réunions auxquelles ils assistent.

Auprès d'eux on trouve le **président du Conseil d'administration**, qui est désigné par le Conseil d'administration parmi l'un de ses membres. Il s'agit obligatoirement d'une personne physique laquelle sauf disposition contraire des statuts, ne doit pas dépasser 65 ans, et est nommée pour le temps que dure son mandat. Toutefois, il peut être réélu.

Le PDG n'a pas nécessairement la qualité de commerçant. Il n'est pas salarié, mais il a sur le plan social et fiscal les mêmes avantages que les salariés. Dans ses fonctions, il reçoit une rémunération composée d'une quantité fixe et d'autres variables en fonction des conditions concrètes⁴²⁰. À la différence des administrateurs, le PDG peut accumuler cette fonction avec un contrat travail.

Enfin, le **directeur général**⁴²¹ est une personne physique élue ou pas parmi les membres du Conseil d'administration. Il est chargé d'assister le PDG. Il n'est pas nécessairement actionnaire de la société. Le nombre maximum de directeurs généraux est fixé par les statuts, mais ne peut pas être supérieur à cinq. Ses pouvoirs et fonctions sont fixées par le Conseil d'administration avec l'accord du PDG. Il peut occuper les mêmes fonctions ou posséder des pouvoirs similaires à ceux du PDG, mais il lui est toujours subordonné.

⁴²⁰ Ces contreparties peuvent répondre aux partages des primes d'intérêt, ce que le droit français connaît comme *intéressement*. Il s'agit d'un avantage financier à distribuer à la totalité ou à une partie des employés selon les bénéfices de la société. Ceci peut résulter d'une disposition légale, d'une clause insérée dans le contrat de travail ou même d'une convention légale. De même, les PDG peuvent percevoir les *bénéfices en nature* tels que le logement, le paiement de diètes...), ou comme on a déjà souligné dans le cas des administrateurs, les nommés *jetons de présence*.

D'autre part, la nouvelle structure est formée par le **directoire**, qui est un organe collectif chargé de gérer et d'administrer la SA. Il est composé de plusieurs membres (cinq maximum et exceptionnellement sept, si la société est cotée en bourse). Il s'agit de personnes physiques actionnaires ou pas de la société. Si le capital est supérieur à 150.000 €, le minimum est de deux membres. Les membres du directoire ne peuvent pas faire partie du Conseil de surveillance de la même société, ni du directoire d'une autre société simultanément.

Cette forme d'administration est organisée autour du **Conseil de surveillance**, qui est un organe non exécutif et qui a pour fonction de veiller du bon fonctionnement de la société et de rendre des comptes aux actionnaires.

Le Conseil de surveillance est composé par un nombre de membres qui varie entre trois et dix-huit, desquels au moins la moitié doit être présente dans les réunions⁴²². Les membres du Comité de surveillance sont désignés par les actionnaires de la société, pour une durée déterminée dans les statuts, dans la limite de six ans. Toutefois, les premiers membres, désignés lors de la création de la société, sont nommés pour trois ans. Ces membres doivent être nécessairement actionnaires de la société, mais ils ne peuvent pas être, en même temps, membres du directoire, comme signalé précédemment. Ils peuvent être salariés de la société, et ils peuvent également être des personnes morales représentées par un mandataire.

Leur révocation peut intervenir à n'importe quel moment par l'assemblée d'actionnaires⁴²³. De plus, les statuts peuvent fixer une limite d'âge pour

⁴²² En cas d'égalité ou de disconformité au moment de résoudre les questions qui leur sont soumises, l'opinion du président aura toujours la prépondérance.

⁴²³ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, op.cit., p. 3 à 5.

occuper ses fonctions. A défaut, la limite légale se fixe à soixante et dix ans pour un tiers des membres.

Le Conseil de surveillance se réunit au moins chaque trimestre, doit se doter de son propre règlement et d'un président, dont sa fonction est de diriger les sessions et de garder un contact régulier avec le directoire. Les actionnaires destinent une somme annuelle déterminée qui est répartie entre tous les membres, comme rémunération.

d') L'organisation des sociétés anonymes.

L'organisation des SA obéit à deux principes de base.

Tout d'abord, à un principe démocratique qui doit son nom au fait que le pouvoir est exercé directement par les actionnaires qui sont chargés de nommer et de contrôler les organes sociaux responsables de la gestion de la société, ainsi que de prendre les décisions les plus importantes qui affectent à la vie sociale. Cependant, le fait que la forme de répartition de pouvoir dans la SA soit le nombre d'actions détenues par chaque actionnaire⁴²⁴, fait penser plutôt à une plutocratie⁴²⁵. Ensuite, à un fort caractère impératif qui se manifeste en un conditionnement exhaustif à la loi qui est celle qui prévoit en tout cas les organes sociaux et les compétences respectives de chacun d'eux, sans que les statuts puissent établir à ce respect, des dispositions contraires à celle-ci. De plus, les SA sont dominées par un principe de séparation de pouvoirs et d'organisation hiérarchique qui encouragent un caractère marqué par sa rigidité, qui a été constamment critiquée mais que se justifie notamment, par la

⁴²⁴ Tel que indique le professeur Guyon "on ne dit pas une personne égale à un vote sinon une action un vote", voire Guyon, Y., *La société...*, *op.cit.*, p. 17.

⁴²⁵ V. à ce sujet, Guyon, Y., *La société...*, *op. cit.*, p. 17.

nécessité de protéger aussi bien les tiers, que les actionnaires qui peuvent intégrer par la suite la société⁴²⁶.

b) La société en commandite par actions.

a') Présentation de la société.

Les sociétés en commandite sont des personnes morales caractérisées par la présence de deux catégories d'associés.

D'une part, les associés commandités, qui ont la qualité de commerçants avec une responsabilité indéfinie et solidaire et, d'autre part, les commanditaires, qui n'ont pas la qualité de commerçants et dont la responsabilité se limite uniquement à leurs apports.

Dans les sociétés en commandite, nous pouvons distinguer trois sous-types: la société en commandite simple (SCS)⁴²⁷; la société en commandite par actions (SCA); et la société d'exercice libéral en commandite par actions (SELCA).

De ces trois catégories de figures sociétaires, nous centrerons spécial attention à la SCA, qui est celle qui nous intéresse comme point de départ de notre étude. Cependant, et avant de présenter en détail le régime juridique de cette société, il nous paraît de spécial intérêt exposer sommairement les

⁴²⁶ V., Guyon, Y., *La société...*, *op. cit.*, p. 17.

⁴²⁷ V., Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome I...*, *op.cit.*, p. 1 et s.

principales différences entre la société en comandite simple et par actions. Le schéma proposé ci-dessous présente les principales caractéristiques⁴²⁸.

CARACTERISTIQUE	SCS	SCA
Type de société	Société de personnes marquée par l' <i>intuitus personae</i> .	Société de capital : peut émettre des valeurs mobilières, faire appel public à l'épargne et coter en bourse.
Forme	Commercial, soit quel que soit son objet.	
Numéro d'associés	Au moins 2: - 1 commandité, - 1 commanditaire	Au moins 4: - 1 commandité, - 3 commanditaires
Apports	<ul style="list-style-type: none"> - Commandités: en argent, <i>in natura</i> ou en industrie. - Commanditaires: en argent o <i>in natura</i>. (Les apports en industrie sont interdits). 	
Capital	Pas de capital minimum.	<ul style="list-style-type: none"> - Si la société fait appel public à l'épargne: minimum de 225.000 € - Dans le cas contraire: 37.000 € - Le capital peut être variable.

b') Constitution.

Le régime de la société en commandite emprunte des dispositions aussi bien à la société en nom collectif qu'à la société anonyme⁴²⁹. De même, elle obéit aux dispositions du droit commun des sociétés.

⁴²⁸ Source, Bauvert, P. et Siret, N., *Droit des sociétés...*, op.cit., p. 359 et 360.

Les considérations ci-dessus exposées nous permettront de présenter brièvement le régime juridique de cette forme sociale.

La constitution de la SCA obéit à un certain nombre de conditions⁴³⁰. D'une part, réunir les associés aussi bien commandités, que commanditaires. D'autre part elle doit avoir une dénomination sociale. La SCA est commerciale par la forme, quel que soit son objet, et confie sa gestion à un ou plusieurs gérants élus parmi ses associés commandités ou des tiers. La société doit être immatriculée au RCS conformément aux règles établies par les dispositions de droit commun.

c') Fonctionnement.

Le fonctionnement de la SCA se juxtapose en beaucoup d'aspects à la SA, bien qu'on trouve certains parallélismes avec les règles propres des SCS, dont ses particularités à son tour, sont analogues à celles de la SNC.

La SCA doit avoir un ou plusieurs gérants avec des larges pouvoirs pour agir au nom de la société, d'un Conseil de surveillance, qui est l'organe de contrôle obligatoire dans cette forme sociale, chargé de représenter les associés commandités et de contrôler la gestion réalisée par les gérants, et au moins, d'un commissaire aux comptes, soumis aux mêmes règles que celui de la SA.

Il est important de signaler que dans la SCA chaque décision collective à prendre doit faire l'objet d'une double consultation. Premièrement, celle des

⁴²⁹ Comme par exemple pour ce qui concerne les assemblées d'associés collectifs, le Conseil de surveillance, le commissaire aux comptes...

⁴³⁰ Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 383 et s.

associés commandités qui a lieu dans l'assemblée générale ou par correspondance. Ensuite, celle des associés commanditaires qui se fait exclusivement à travers d'assemblée générale. La participation du comité d'entreprise à l'assemblée générale est prévue par les dispositions de l'art. 432.6.1 du Code de travail.

Bien qu'il s'agisse d'un type de société moins utilisée en pratique que la SA ou la SARL (qu'on analysera en suite), on peut constater que quelques entreprises décident encore d'adopter cette forme sociale. Citons, par exemple le Groupe Lagardère, Euro Disney SCA, Michelin, Steria ou Veolia eau.

B) La société à responsabilité limitée.

a) Introduction.

Aux termes de l'art. L 223-1 du C. com., la SARL est une société "instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports"⁴³¹.

Cependant, c'est article a été modifié par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (art. 56), dont son entrée en application est prévue avant le 31 mars 2009⁴³².

⁴³¹ V. à ce sujet, Bauvert, P. et Siret, N., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 194 ; Jauffret, A. et Mestre, J; *Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 227 et s.; Ripert, G. et Roblot, R.; *Traité de Droit Commercial...*, *op.cit.*, p. 712 et s. ; Bauvert, P. et Siret, N. ; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 193 et s. ; Gibirila, D., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 215 et s. ; Le Cannu, P.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 733 et s.; Cozian, M., Viandier, A., et Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 429 et s.

La SARL fut créé en France par la loi du 7 mars 1925⁴³³. La loi du 24 juillet 1966 modifia en grande partie son statut, l'équiparant à celui des sociétés de capitaux et la rapprochant considérablement à la SA. Sa principale caractéristique est la responsabilité limitée des associés à leurs apports. De plus, son capital social, de même que dans le droit espagnol, est divisé en participations sociales, dont la cession ne peut pas se faire librement, doit respecter un certain nombre de règles. La SARL, qui est toujours commerciale quel que soit son objet, est un type hybride inspiré aussi bien des sociétés de personnes que des sociétés de capitaux, où sans doute, *l'intuitus personae* joue un rôle important. De là que cette forme sociale ait atteint dans le droit français un intérêt considérable, dû à sa capacité d'adaptation aux entreprises de petite envergure, (en Espagne nos PYMES, petites et moyennes entreprises), et en certaines occasions aux entreprises familiales, dont sans doute, le nombre est bien plus important⁴³⁴. La flexibilité et la facilité de constitution de la SARL, face aux sociétés classiques de capitaux, explique que le législateur créa en 1985 la SARL unipersonnelle. Ainsi, à partir de la loi du 11 janvier 1985 le droit

⁴³² Cette Loi a réformé considérablement le régime de la SARL et de la SAS en France, assouplissant son fonctionnement et les rapprochant sensiblement. Après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars qui avait sensiblement modifié le régime juridique de la SARL, la Loi de modernisation de l'économie vient à simplifier de nouveau le régime de la SARL permettant l'utilisation de moyens de télécommunication pour la tenue des assemblées d'associés, et allégant les formalités de publicité dans des sociétés où l'associé unique, personne physique, assume la gérance.

⁴³³ La SARL fût créé en France à l'image de la *GmbH* de droit allemand.

⁴³⁴ En comptant de nos jours avec près de 900.000, ce qui correspond à presque deux tiers de toutes les sociétés commerciales constituées en France. Voir à ce propos les schémas statistiques analysés dans le paragraphe I du présent chapitre.

français connaît deux variantes de SARL⁴³⁵. D'une part, la SARL pluripersonnelle, qui se constituera au moins avec deux associés et, de l'autre, l'entreprise unipersonnelle de responsabilité limitée (EURL), avec un seul associé.

Il est important de préciser qu'en droit français il existe un autre type de société à responsabilité limitée, la société d'exercice libéral de responsabilité limitée (SELRL), laquelle malgré sa nomenclature, n'appartient pas au groupe des SARL mais à celui des sociétés d'exercice libéral (SEL) dont nous aurons l'occasion d'en parler, dans la partie consacrée aux SAS, la SELAS (société d'exercice libéral par actions simplifiée).

b) Avantages et inconvénients de la société de responsabilité limitée.

a') Avantages de la SARL.

La SARL présente des nombreux avantages qui peuvent se regrouper en trois catégories⁴³⁶.

D'une part, en ce qui concerne les associés, ces avantages se basent fondamentalement dans le *intuitus personae* qui la caractérise, et qui suppose en certaines occasions, que les associés se connaissent auparavant. L'un des avantages qu'elle partage avec la SA est que la responsabilité de ses associés est limitée au montant de ses apports. De plus, un seul associé peut constituer la

⁴³⁵ On soulignait déjà cette possibilité bien que ce soit sommairement dans ce même paragraphe III, concrètement dans son alinéa I. Celui-ci présentait les différents types de sociétés existants en droit français.

⁴³⁶ V., Gibirila, D., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 216 et 217.

société, contre sept dont on a besoin pour la constitution d'une SA. Bien que les participations sociales ne sont pas librement cessibles, la cession est possible avec le consentement unanime des associés. Cette particularité suppose en certaines occasions une source de difficultés, car les associés peuvent se convertir en prisonniers de leurs propres titres. Si nous ajoutons, que la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a supprimé l'exigence du capital minimum exigé jusqu'à cette date, 7.500 €, et que la loi NRE du 15 mai 2001 autorise dans la SARL les apports en industrie, il n'est pas étrange que les associés se voient tentés de se constituer sous cette forme sociale.

La SARL présente également, des avantages dans le domaine de la gérance, en leur permettant de conclure des contrats de travail avec la société gérée. De plus, et à différence de la SA, une même personne peut gérer un nombre illimité de SARL.

En ce qui concerne sa **structure sociétaire**, la SARL présente également certains avantages. Elle constitue l'une des formes sociétaires qui permet l'exercice de certaines professions libérales. De plus, et en ce qui concerne les groupes de sociétés, la SARL unipersonnelle permet de créer des filiales à 100 %.

b') Inconvénients de la SARL.

L'un des inconvénients que présente la SARL par rapport à la SA, est qu'elle ne peut pas émettre des titres négociables.

Étant donné son caractère fermé, tout accord entre la société et les associés est soumis à une réglementation spéciale⁴³⁷.

De plus, la SARL n'offre pas en certaines occasions à ses créateurs des garanties solides, motif qui justifie en part, que *ab initio*, les associés tendent à réaliser des apports réduits et constituent généralement la société avec un capital très faible. Ceci explique que lorsque la société a besoin de crédit, les banques exigent une garantie solidaire de la part du gérant. Si nous ajoutons le fait qu'un 87% des SARL se déclarent en cessation de paiements, il n'est pas étrange, que la faiblesse et l'insecurité qu'elle présente, choque avec la flexibilité qu'elle la caractérise.

Ces particularités expliquent que malgré le grand succès atteint par cette forme sociale en France, de nouvelles formes sociales telles que la SAS ou la SASU qui offrent une grande liberté statutaire et bénéficient d'un régime fiscal plus avantageux en ce qui concerne la cession des actions, provoquent une confrontation avec celle-ci, en lui faisant perdre sa prééminence en détriment de ces nouvelles formes sociales qui en si peu de temps ont obtenu un si grand intérêt et répercussion pratique.

c) Constitution de la société à responsabilité limitée.

Comme toute société, la SARL doit respecter une série de conditions de forme et de fond pour sa constitution⁴³⁸.

⁴³⁷ Dans la SA, ses réges concernent seulement aux dirigeants et aux actionnaires qui ont plus du 5% du droit de vote.

a') Conditions de fond.

Tout comme la SA, la SARL doit respecter une série de conditions aussi bien générales que spécifiques pour sa correcte constitution⁴³⁹.

En ce qui concerne les **conditions générales** appliquées, il faut tenir en compte que la volonté des associés doit être consciente et réelle. Le **consentement** doit être exent de vice, bien que l'existence d'un vice de celui-ci n'entraîne pas la nullité de la société.

La condition de commerçant n'est pas requise pour les associés de la SARL. Peuvent être associés d'une SARL aussi bien les incapables majeurs, les mineurs, les étrangers et les personnes morales.

En ce qui concerne l'**objet**, il doit être possible et licite. Cependant, la SARL est commerciale par sa forme quel que soit son objet. Ainsi, la SARL ne peut pas avoir pour objet social certaines activités comme, les entreprises d'assurance ou de capitalisation de l'épargne. En revanche, il y en a d'autres qui lui sont expressement réservées comme, les sociétés immobilières de gestion.

La **cause** devra être licite conformément aux exigences de droit commun.

⁴³⁸ V., Gibirila, D., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 219 et s.; Bauvert, P. et Siret, N., *Droit des sociétés...*, *op.cit.*, p. 195 et s.; Jeantin, M., *Droit des...*, *op.cit.*: p. 311 et s.; Le Cannu, P., *Droit des...*, *op. cit.*, p. 737; V., Lagarde, G.; *Répertoire des sociétés, tome III...*, *op. cit.*, p. 3 et s.

⁴³⁹ V. à ce sujet les conditions de fond et forme analysés dans l'épigraphe III 3 A), alinéa a), quand on parlait de la constitution de la SA, et dans le II 4, dans l'épigraphe relatif à la caractérisation des sociétés commerciales françaises, au contrat de société.

En ce qui concerne les **conditions spécifiques**⁴⁴⁰, il faut s'attarder premièrement sur le **nombre d'associés**. Dans la EURL un seul associé suffit pour sa constitution. Il peut être aussi bien une personne physique que morale. Dans la SARL pluripersonnelle le nombre est de 2 à 100 associés. Dans le cas où le nombre d'associés soit supérieur à 100, la SARL doit dans le délai de deux ans, soit réduire son nombre d'associés, soit se transformer dans une autre forme sociale.

Le **capital social** sera déterminé par le statut. Il n'y a plus de montant minimum. Celui-ci sera divisé en participations sociales d'égale valeur. Il peut être variable.

Les **apports** peuvent être en argent ou en *nature* et si les statuts l'ont expressément prévu, en industrie.

Au moment de la constitution de la société, les apports en *nature* doivent se libérer intégralement. Les apports en argent peuvent se libérer d'un cinquième et le reste, dans un délai maximum de cinq ans après l'inscription de la société au RCS. De plus, ces apports doivent être déposés dans les huit jours suivants devant notaire, dans une banque ou à la Caisse de dépôts et des consignations⁴⁴¹, et ne peuvent pas être retirés jusqu'à l'inscription. Les apports

⁴⁴⁰ V., dans ce sens les conditions relatives à la SARL dans le schéma comparatif des sociétés commerciales françaises, analysé dans le paragraphe I d'introduction du présent chapitre.

⁴⁴¹ V. les précisions à ce sujet, note de pied de page, mentionnées à propos du dépôt de fonds et de la liste de souscripteurs, dans le paragraphe relatif aux conditions de forme de la SA.

en *nature* peuvent être évalués par un commissaire aux apports⁴². Les apports en industrie ne rentrent pas dans la formation du capital social.

Les participations ne peuvent pas être représentées par des titres négociables.

Enfin la SARL est identifiée par une dénomination sociale, formée par le nom d'un ou plusieurs de ses associés, précédée ensuite par les sigles ou le nom SARL. De plus, dans tous les actes ou documents adressés aux tiers, devra également figurer le capital social de la société.

b') Conditions de forme.

Le contrat social une fois qu'il réunit toutes les conditions exigées, se formalise à travers les statuts qui peuvent être sous seings privés ou notariés, bien personnellement par tous ses associés, ou bien à travers d'un mandataire.

Les statuts doivent nécessairement contenir les mentions suivantes⁴³: la forme de la société, la durée, le nom, le domicile social, l'objet social, le montant du capital social, l'évaluation le cas échéant des apports en *nature*, le partage des participations sociales, la libération des participations sociales et le dépôt, le cas échéant, des fonds correspondants aux apports en argent.

De plus les statuts peuvent fixer les règles de fonctionnement de la société.

⁴² Dans ce sens, v. note de pied de page sur le "commissaire aux apports".

⁴³ V. à ce propos, les mentions des statuts indiquées par le contrat de société en général dans le paragraphe II 4 B).

d) Fonctionnement de la société à responsabilité limitée.

Le mode de fonctionnement de la SARL combine la simplicité de la structure de la SNC et la hiérarchie de l'organisation de la SA.

Le régime juridique de la SARL présente une grande flexibilité dans l'élection du mode de gestion de la société⁴⁴⁴. Celle-ci, sera dirigée par un ou plusieurs gérants, personnes physiques, librement choisis par les associés⁴⁴⁵.

Le gérant qui sera élu parmi les associés de la société, ou en dehors d'eux, représente la société face aux tiers et prend les décisions qui engagent la société.

Le gérant peut cumuler ses fonctions avec un contrat de travail quand celui-ci correspond avec un emploi effectif et différent à celui de la gérance⁴⁴⁶. Il reçoit une rémunération effective de la société à titre de salarié, et il se trouve par rapport à la société dans un état de subordination, c'est à dire, qu'il n'est pas associé, ou il est un gérant associé minoritaire.

⁴⁴⁴ V., Gibrila, D., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 224.

⁴⁴⁵ Cependant, dans quelques SARL, peuvent apparaître certains organes de contrôle comme par exemple les commissaires aux comptes (art. L 223-35), le comité d'entreprise (si la société a plus de 50 salariés), ou l'expert judiciaire de gestion (art. L 223-37), conçu presque intégralement sur le modèle de la SA. De même, les statuts peuvent prévoir un conseil de surveillance, composé généralement par ses propres associés, qui réalise une fonction d'auditeur interne de la société. V., Le Cannu, P., *Droit des...*, *op.cit.*, p. 755.

⁴⁴⁶ Exemple: directeur technique.

Les décisions attribuées à la gestion normale de la société, telles que, le changement du domicile social, l'augmentation du capital ou la forme d'approuver les comptes, seront prises par les propres associés.

Les décisions collectives comme par exemple l'approbation des comptes annuels, sont prises en principe par l'assemblée générale.

Cette situation dans laquelle les associés se voient intimement liés à la vie de la société suppose qu'ils doivent avoir connaissance, à tout moment, de tous les documents sociaux, au moins des relatifs aux trois derniers exercices sociaux.

e) Régime fiscal.

Du point de vue fiscal la SARL est assujétie à l'impôt des sociétés⁴⁴⁷. Cependant, les SARL à caractère familial, peuvent bénéficier de certains avantages fiscaux, selon l'activité exercée.

⁴⁴⁷ Voire, Lagarde, G. ; *Répertoire des sociétés, tome II...*, cit., pag. 2 et suiv.

CAPÍTULO III

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

I.- APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA COMO ESTRUCTURA MÁS FLEXIBLE DEL DERECHO DE SOCIEDADES FRANCÉS.

1.- Orígenes de la sociedad por acciones simplificada.

En el origen de la SAS encontramos el denominado *Rapport Field* de octubre de 1989, elaborado por una comisión de expertos a iniciativa del CNPF⁴⁴⁸, llamando la atención sobre las necesidades de las grandes empresas industriales francesas necesitadas de una nueva estructura jurídica que les permitiese desarrollar la cooperación interempresarial. Dicho informe, titulado "*La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises*", fue elaborado por un grupo de trabajo presidido por B. Field⁴⁴⁹ (director jurídico de la sociedad Saint-Gobain) y estuvo compuesto por B. Baudeau, G. Borde, A. Burin des Rozières, J. Cotte, N. Dupuis-Hepner, Y. Guyón, P. Janin, P. Level, A. Poncelet, B. Portnoi, J.F. Prat, J.B. Thomas, J. Simon, M. Tporckoff y A. Viandier.

⁴⁴⁸ El CNPF (*Conseil National du Patronat Français*) convertido a día de hoy en el MEDEF (*Mouvement des Entreprises de France*). En octubre de 1998 Ernest-Antoine Seillière presenta el nuevo nombre y el nuevo logo del CNPF.

⁴⁴⁹ Las observaciones de B. Field, están recogidas en Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly, (Bull. Joly), 1990, nº 296, pág. 939.

La creación de ésta nueva forma de sociedad se justificaba en la intención del legislador de adaptar el Derecho de sociedades a la realidad contractual⁴⁵⁰. Su propósito era dar a las empresas una estructura flexible de cooperación, permitiendo la gestión de filiales comunes⁴⁵¹. En concreto se pretendía configurar una estructura societaria válida para la cooperación entre empresas de grandes dimensiones y establecimientos públicos del Estado que desarrollasen actividades industriales o comerciales y no estuvieran sometidos a las reglas de la contabilidad pública. Esta colaboración a través de la constitución de filiales comunes, no estaba siendo satisfecha ni por la SA, ni por estructuras más flexibles como, los grupos de interés económico (GIE)⁴⁵², o la sociedad colectiva. En el caso de la anónima, por la rigidez de su régimen jurídico, que hacía especial énfasis en la tutela del acreedor y del socio minoritario, dejando escasa cabida a libertad individual⁴⁵³. En el segundo caso, por el régimen de responsabilidad indefinida y solidaria y por la imposición de que su objeto social incluyera la misma actividad que los objetos sociales de sus fundadores⁴⁵⁴. Estos inconvenientes, más jurídicos que fiscales, motivaban que

⁴⁵⁰ Le Cannu, P.; "Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel: la société par actions simplifiée", Defrenois, 1994, art. 35933, pág. 1345; Périn, P.L.; *La société par actions simplifiée*, Joly éditions, Paris, 2000, pág. 7.

⁴⁵¹ Field, B.; *Présentation générale en Société par actions simplifiée*; GLN, Joly Éditions, 1994, pág. 6.

⁴⁵² García Mandaloniz, M.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el diván...*, cit., pág. 133.

⁴⁵³ Bissara, Ph.; "L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Rev. Sociétés, 1990, pág. 553; Charvériat, A.; "La refonte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la SA?", Option finance, n° 556, 12 juillet 1999, pág. 25.

⁴⁵⁴ En este sentido véase, Esteban Velasco, G.; "La nueva "sociedad por acciones simplificada" del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia de la desregulación y "contractualización" del Derecho de

importantes empresas francesas se decantaron por trasladar sus filiales comunes o sus *holdings* al extranjero, en especial a los Países Bajos y a Luxemburgo.

La SAS, con la vocación de dirimir algunas de estas controversias, fue introducida en el ordenamiento jurídico francés tras una delicada gestación⁴⁵⁵, por la Ley nº 94-1 de 3 de enero de 1994⁴⁵⁶. Esta Ley modificó la nº 66-537 de 24 de julio de 1966 sobre sociedades mercantiles⁴⁵⁷, para dar cabida en su seno a la recién estrenada sociedad en una nueva sección, en concreto la XI, dentro del capítulo IV del título I, que dedicaba a las sociedades por acciones (arts. 262.1 a 262.20). La Ley del 94 incorporó además, mediante su art. 5, una sección X, relativa a las disposiciones aplicables a la SAS, en el capítulo II, del título II de

sociedades de capital (Ley 94-1, de 3 de enero de 1994)", RdS, nº 3, 1994, págs. 434 y 435; Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones...*, cit.,, pág. 106 y nota al pie de pág. nº 72; y también del mismo autor, "La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la Ley num. 587/1999, de 12 de julio, sobre innovación e investigación", RdS, nº 14, 2000-1, pág. 632.

⁴⁵⁵ Los trabajos preparatorios de la Ley reguladora de la SAS habían comenzado con un Anteproyecto de Ley de julio de 1991. Una vez convertido éste en Proyecto de Ley se adoptó por el Consejo de Ministros el 19 de febrero de 1992 y se discutió y adoptó en primera lectura por la Asamblea Nacional, como Proyecto de Ley nº 144, el 11 de junio de 1993. Tras su discusión y adopción por el Senado (nº 354), el 21 de octubre de 1993, regresó a la Asamblea Nacional como Proyecto nº 649, aprobándose el 22 de noviembre de 1993. Con las modificaciones introducidas por la Asamblea Nacional en segunda lectura, el Proyecto nº 110 fue aprobado por el Senado los días 21 y 22 de diciembre de 1993. La aprobación final llegaría de la mano de la Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 1993.

⁴⁵⁶ Esta Ley entró en vigor inmediatamente, sin Decreto de aplicación.

⁴⁵⁷ Que encontró rápido desarrollo normativo con el Décret d'application de 23 de marzo de 1967.

la Ley del 66 (arts. 464.1 a 464.4). Modificó, asimismo, a través de sus arts. 6 y 7.I, los arts. 439, 450, 457, 458, 462.2 y 464.3 de la misma Ley del 66⁴⁵⁸.

A pesar de que su aparición supuso una verdadera revolución para el Derecho de sociedades francés⁴⁵⁹, desde la aprobación de la Ley del 94, no cesaron de planear dudas y descontentos sobre la SAS. Además, el nombre de SAS varió pasando a denominarse *société par actions simplifiée*, variación denominativa debida en parte a la conveniencia de subrayar el *intuitus personae*, pero, sobre todo, al deseo de evitar que las Directivas comunitarias en materia de sociedades salpicasen a la SAS⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ No obstante, con la aprobación del nuevo Cod. de com. francés (que recordemos, fue publicado en el JO el 21 de septiembre de 2000, Ordonnance n° 2000-912 de 18 de septiembre de 2000, relative à la partie Législative du Code de commerce), todos los preceptos de la Ley del 66 fueron derogados, a excepción de los arts. 283.1.1, 284, 292 y la segunda línea del art. 357.8.1, que a efectos del análisis de la SAS no interesan. En la actualidad, pues, la regulación de la SAS está contenida en los arts. L 227.1 a L 227.20, dentro del capítulo VII del título II de la *Partie Législative* del Código.

⁴⁵⁹ Véase al respecto, Baranger, G.; "Le Droit des sociétés bouleversé à la sauvette : l'ouverture de la SAS unipersonnelle", Bull. Joly Société, juillet 1999, pág. 831; Le Cannu, P.; "La SAS pour tous – Bull. Joly Sociétés, août-septembre 1999, pág. 841; Bertrel, J.P.; "La SAS : bilan et perspectives", Droit et patrimoine n° 74, septembre 1999, pág. 40 ; Caussain, J.J.; "Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs", JCPE n° 42, 21 octobre 1999, pág. 1664 ; Reinhard, Y.; "La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée", RTD com 52 (4), oct.-déc. 1999, pág. 898 ; Theimer, A.; "La SAS : une nouvelle opportunité pour simplifier la gestion juridique des sociétés", JCPE n° 14, 6 avril 2000, pág. 593; Périn, P.L. y Edwards, O.; "La société par actions simplifiée : un outil attractif pour créer sa start up", Option finance n° 572, 22 novembre 1999, pág. 31.

⁴⁶⁰ Aunque la SAS quedó sometida a la reglamentación de la 8ª Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (DO L 126, 12 de mayo de 1984, págs. 20 y ss.), y de la 11ª Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en

En origen, la nueva forma social se reservaba a grandes grupos con unas determinadas características. No obstante, y en contrapartida a sus rigurosas exigencias, se concedía una enorme libertad a sus creadores. A pesar de ello, la SAS se situaba más cerca de un pacto entre accionistas que de una verdadera figura institucional, dando cabida más bien a una sociedad de personas que a una sociedad de capital. Así concebida, su vocación de perduración resultaba endeble y numerosas voces se pronunciaron regularmente en favor de una reforma tendente a suprimir las exigencias impuestas por la Ley. Esta idea fue plasmada en un informe que a petición del Gobierno dirigió el senador Marini⁴⁶¹, sobre la modernización del Derecho de sociedades. El mismo concluía la necesidad de promover y favorecer la libertad contractual para seguir la evolución del espacio comunitario e internacional, y proponía fundamentalmente: la disminución del número mínimo de accionistas en la SA, la simplificación del régimen de las asambleas de accionistas, el reconocimiento de sistemas de control convencionales de los dirigentes, y una fuerte despenalización de las sanciones previstas para las sociedades de

un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado (DO L 395, 30 de diciembre de 1989, págs. 36 y ss.), escapó de la aplicación del resto de Directivas comunitarias en materia de sociedades. En torno a la conexión o desconexión de la SAS con las Directivas comunitarias, véanse las opiniones vertidas por de Elías-Ostua y Ripoll, R., en "La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas", CDC, nº 32, septiembre, 2000, pág. 41; Miquel Rodríguez, J. *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 281 y 282; Guyon Y., "La société par actions simplifiée et le droit communautaire", en Couret, A., y Le Cannu, P., *Société para actions simplifiée*, Paris, GLN Joly, 1994, págs. 147 y 148.

⁴⁶¹ En el llamado *Rapport Marini sur la Loi des Nouvelles Régulations Economiques* nº 5 de 4 de octubre de 2000.

capital. Tomando como base parte de dichas medidas, *le Garde des Sceaux*⁴⁶² propuso en mayo de 1998 un Anteproyecto de Ley destinado a reformar en profundidad el Derecho de sociedades, en el cuál se vislumbraban importantes modificaciones respecto al régimen de la SAS. Aunque según la Cancillería, la reforma del Derecho de sociedades estaba prevista para finales de otoño de 1999, sin esperarlo la Ley nº 99-587 de 12 de julio de 1999 sobre innovación e investigación cambió radicalmente las bases de la sociedad por acciones simplificada. Esta reforma incidió profundamente en diferentes aspectos de la inicial SAS, alcanzando de esta manera, los objetivos previstos cinco años atrás. Las condiciones requeridas para la constitución de la sociedad se simplificaron considerablemente dejando la mayor libertad posible a los fundadores para la regulación de la vida interna de la sociedad⁴⁶³. Pero, sin duda, su mayor logro fue el de la aparición de la SASU, que ofrecía la posibilidad de crear la primera sociedad por acciones con un único socio, lo que aunque para España no resultase nada extraño (ya que, como es bien sabido, la SA puede ser unipersonal), para Francia suponía una gran novedad, dado que la única

⁴⁶² Que es el nombre que recibe de manera coloquial el ministro de justicia francés, que ostenta el doble título de *Garde des Sceaux* y *ministre de la justice*. A modo de curiosidad cabe señalar que, históricamente un *sceau* autentificaba los actos reales, o aquéllos que se efectuaban en nombre del monarca. Esta función fue creada por Philippe Auguste. El 3 de julio de 1194, Philippe Auguste se enfrentó a Ricardo Corazón de León en las inmediaciones del bosque de Fréteval (cerca de Vendôme). Ricardo lo sometió a una hiriente derrota, tras la cual el por entonces Rey de Francia, perdió su equipaje, su tesoro y sus archivos. Philippe Auguste se vio obligado a reconstruir sus archivos y confió esta misión a Nicolas Guérin, del obispado de Senlis, quien creó el *trésor des Chartes* donde fueron depositados a partir de 1195 los registros y los archivos de la corona real. A día de hoy en Francia como es bien sabido, ya no es el Rey el que ostenta la soberanía, sino el pueblo, pero no obstante la figura del *Garde des Sceaux* sigue siendo el encargado de autentificar los actos constitucionales.

⁴⁶³ Guyon, Y.; *Présentation générale de la SAS*, Rev. Soc., 1994, pág. 207.

sociedad de un solo socio admitida por el Derecho francés era la SRL, en la que el capital está dividido en participaciones sociales y no en acciones.

2.- Evolución reciente del régimen jurídico de la SAS.

No obstante, el proceso legislativo no finalizó en 1999, ya que la Ley nº 2001-420 de 15 de mayo de 2001 sobre nuevas regulaciones económicas⁴⁶⁴ aportó diversas modificaciones al funcionamiento de la SAS, ampliando su campo de aplicación y permitiendo a los miembros de profesiones liberales ejercer su actividad bajo la forma de una nueva forma social, la sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada (SELAS).

Muy recientemente, la ley de modernización de la economía nº 2008-776 de 4 de agosto de 2008⁴⁶⁵, ha vuelto a reformar el régimen jurídico de la SAS. Sin duda se trata de una interesante propuesta que entró en vigor el 1 de enero de 2009 y que ha supuesto una verdadera revolución en el panorama societario actual, más de la que ya supuso la reforma de 1999 que liberalizó en mayor medida, como analizábamos en el capítulo III, el régimen de la SAS. Ésta nueva reforma propone un claro avance de la libertad sobre el orden público⁴⁶⁶. La nueva Ley de modernización de la economía propone ir todavía más lejos en lo

⁴⁶⁴ Daigre, J.J.; "Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de Droit financier et de Droit des sociétés", JCP E, 2001, nº 25, pág. 1013.

⁴⁶⁵ Dado que la entrada en vigor de esta Ley se produce cuando la presente tesis ya estaba depositada, hemos decidido mantener el texto de nuestro trabajo tal y como había sido elaborado. En algunos apartados del régimen jurídico de la SAS aludiremos en nota al significado de la reforma de esta ley.

⁴⁶⁶ Véase, Hovasse, H.; "Bientôt la société par actions très simplifiée", Droit des sociétés, LexisNexis JurisClasseur, nº 6, juin 2008, pág. 6 ; Saintourens, B. ; "Les réformes du droit des sociétés...", *cit.*, págs. 477 y ss.

que respecta a la flexibilización de la SAS; en este sentido, se prevén tres modificaciones: en primer lugar, se suprime la exigencia del capital mínimo. El montante del capital será fijado por los estatutos. En segundo lugar, la SAS podrá emitir acciones que resulten de las aportaciones de industria definidas por el art. 1843-2 del C.C. Recordemos que a día de hoy tanto esa emisión de acciones, como la aportación de industria estaban prohibidas. Los estatutos serán los encargados de determinar las modalidades de suscripción y el reparto de las acciones. Además, éstas serán intransmisibles y no podrán exceder de una duración de diez años. En tercer y último lugar, la institución del comisario de cuentas se volvería facultativa.

Esta nueva Ley no sólo supondrá una profunda revisión de todo el ordenamiento jurídico francés a través de la modificación de numerosos textos normativos tales como el Código Civil, el Código de la seguridad social, el Código monetario y financiero, el Código general de impuestos, el Código rural, el Código de la construcción, el Código de trabajo y muy especialmente en lo que a nosotros nos afecta, el Código de comercio, así como, un gran número de leyes; sino que además, la misma sentará las bases para una normativa mucho más acorde con la práctica actual.

En concreto, y por lo que respecta a la materia societaria que nos interesa a efectos de nuestro estudio, ésta nueva Ley modificará a través de su art. 37, respectivamente, los arts. L 225-211, L 225-212, L 225-213 del Cod. de com. y creará un nuevo apartado 1 en el art L 225-209. Del mismo modo, modificará a través de su art. 56, los arts. L 210-5, L 223-1, L 223-27, L 223-31 y L 232-22, cuya entrada en vigor está prevista antes del 31 de marzo de 2009. A través de su art. 57 modificará los arts. L 225-25, L 225-72, L 225-124, L 225-178, L 228-11, L 228-15, L 228-98 y el L 236-10, cuya entrada en vigor se producirá el

1 de enero de 2009; al igual que la modificación de los arts. L 227-1, 2, 9 y 10, así como el art. 232-23, a través de su art. 59.

3.- Razones del creciente interés despertado por esta figura en detrimento de otras formas societarias.

La SAS es la única forma social creada en Francia desde 1925⁴⁶⁷. La creación de esta nueva sociedad tradujo la voluntad del legislador de acercar al Derecho de sociedades (tachado hasta entonces de formalista) a la realidad contractual⁴⁶⁸.

Aunque la SAS tiene sus raíces en la SA, ya que se constituye, disuelve y liquida siguiendo las mismas reglas, además de que está sometida a las mismas obligaciones contables, y al mismo impuesto sobre sociedades, ésta se separa de la SA en dos aspectos esenciales: su organización y su funcionamiento se rigen por lo dispuesto en los estatutos, por lo que la voluntad de los socios desempeña un papel fundamental. No obstante, ello no supone que la SAS no esté sometida al cumplimiento de determinadas formalidades, sino que por el contrario, la misma requiere del cumplimiento de una serie de actos, que pueden frenar la intención de constituirse bajo esta forma social de determinados inversores poco proclives a soportar la dureza del cumplimiento de las exigencias requeridas⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Año en que se creó la SARL en Francia.

⁴⁶⁸ Tal como establece Le Cannu, P.; en *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel...*, cit. pág. 1345.

⁴⁶⁹ Como por ejemplo en orden a su publicidad.

El creciente interés despertado por la SAS en relación a otras formas sociales se debe, fundamentalmente, a las particularidades esenciales que ofrece su régimen. La SAS constituye junto a la SA y a la sociedad comanditaria por acciones, una nueva modalidad de sociedad por acciones que se caracteriza por la enorme libertad concedida a los socios, y por la fijación de algunos límites para la protección de terceros. La SAS es la única sociedad en la cual el socio o socios fundadores que la constituyen tienen la posibilidad de organizar libremente el funcionamiento interno de la sociedad. El objeto esencial de la libertad y forma de organización de la misma comprende: el diseño y reparto de poderes y de responsabilidades; la determinación de las competencias de los órganos de decisión y deliberación; la organización de la composición de los diferentes órganos y sus modalidades de funcionamiento, con el único límite de un órgano necesario, el presidente, (de acuerdo con lo dispuesto por el art. L. 227-6)⁴⁷⁰; el reparto de capital social y la distribución de beneficios; y el dominio y control de las cesiones de acciones.

Otro aspecto destacable de la SAS reside en la oportunidad que se concede a los socios de definir en el seno de los estatutos, sus relaciones recíprocas y en consecuencia la eficacia concedida a sus acuerdos, denominados usualmente "pactos de accionistas"⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Sé habla únicamente de un órgano necesario, porque ni siquiera es obligatoria la reunión en junta o asamblea general de accionistas para la adopción de determinadas decisiones colectivas (aquellas que recaen fuera del ámbito de aplicación del segundo párrafo del art. L. 227-9). En este sentido véase, Esteban Velasco, G.; "La nueva sociedad por acciones simplificada...", *cit.*, págs. 438 a 440; Elías-Ostua y Ripoll, R., en "La sociedad por acciones simplificada...", *cit.*, págs. 49, 50; y Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*, págs. 1522 a 1529.

⁴⁷¹ No obstante, como ya apuntábamos con anterioridad, la libertad de los socios es necesariamente limitada, en la medida en que el legislador no puede dejar a los terceros sin protección.

Dada su naturaleza y evolución, la SAS es una estructura adaptable tanto a grandes sociedades, como a pequeñas y medianas empresas. Además sus fundadores pueden encontrar en ella dos motivaciones esenciales: la cooperación entre socios y la considerable simplificación del régimen de las sociedades de capital.

Sin duda alguna, si tuviésemos que señalar dos notas que identificasen a la SAS, hablaríamos de flexibilidad o elasticidad y simplificación. En ella se prima la simplificación de trámites y la flexibilidad, dando primacía al principio jurídico privado de libre configuración negocial. Respetando un mínimo imperativo, las partes gozan de gran autonomía, en aras a configurar a su medida, la sociedad que más se ajuste a sus intereses particulares⁴⁷².

La SAS se sitúa entre la anónima y la limitada, y compite de manera directa con ellas⁴⁷³. Estos tres tipos de sociedad se reparten desde la reforma normativa de los años 90, a la que aludíamos con anterioridad, el panorama societario francés⁴⁷⁴.

⁴⁷² García Mandaloniz, M.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el divoán...*, cit., págs. 134 y 135.

⁴⁷³ En este sentido véase lo dispuesto por Couret, A., "La société para actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée", en Alonso Ureba, A.; Lévi, A.; y Viera González, A.J.; *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*; Madrid, 4 de febrero de 2004.

⁴⁷⁴ Por lo que respecta a las sociedades que no hacen llamamiento al ahorro público.

4.- Ventajas e inconvenientes de la sociedad por acciones simplificada.

A) Ventajas.

La SAS es una sociedad de capital y por lo tanto presenta las mismas ventajas que también presenta la SA:

- una responsabilidad de los socios limitada al montante de sus aportaciones;
- la posibilidad de emitir valores mobiliarios;
- un régimen fiscal y social interesante.

No obstante, la SAS se distingue de otras sociedades de capital por la flexibilidad de su funcionamiento y por el lugar concedido a la libertad contractual⁴⁷⁵. Sus ventajas radican en:

- La posibilidad de organizar la dirección, caracterizada por la figura del presidente y por la ausencia de consejo de administración, directorio y consejo de vigilancia;
- Las particularidades de las decisiones colectivas (tomadas en ocasiones por el presidente, o a través de determinadas mayorías simples, incluso para la modificación de estatutos);

⁴⁷⁵ En este sentido resultan de interés las cuestiones planteadas por Charvériat, A.; en "La refonte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme? ", Option Finance, nº 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.

- El control de las transmisiones de acciones;
- El refuerzo de técnicas de control, con la creación de comités específicos;
- La posibilidad de tener un solo socio.

B) Inconvenientes.

Uno de los inconvenientes que podemos encontrar en la base de la SAS, es el olvido de menciones esenciales o el silencio de los estatutos que rigen en buena medida la vida de la sociedad. Estos inconvenientes podrán verse saldados, con la remisión a normas de la SA, en el primero de los casos; y en el segundo, con la inclusión de un preámbulo en los estatutos, como analizaremos más adelante.

La SAS, al menos en sus inicios, víctima de su novedad, corría el peligro de ser tachada de falta de seguridad jurídica. Dada la incertidumbre que en ocasiones planeaba sobre el régimen jurídico aplicable a cuestiones esenciales como los poderes de los administradores, los estatutos, la revocación de administradores, la delegación de poderes, y las juntas generales, entre otras, surge la necesidad de prever garantías suficientes.

Algunos de sus inconvenientes más notables, tales como, la obligación de nombrar un comisario de cuentas y la exigencia de un capital mínimo cifrado en 37.000 €, eran reflejo de su condición de sociedad de capital. No obstante, esos inconvenientes se ven salvados con la nueva Ley de modernización de la economía que suprime estas exigencias, para dar cabida a una verdadera sociedad por acciones simplificada, cuyo régimen pretende acercarse más al de la SRL.

II.- ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

Dada la amplitud de la materia y teniendo en cuenta que las condiciones requeridas para la constitución de la SAS son las mismas que las previstas para la SA nos limitaremos a analizar *grosso modo* cada una de las particularidades de esta peculiar figura. No obstante, y aunque somos conscientes de que cada una de las cuestiones a tratar podrían ser objeto de un estudio mucho más detallado y exhaustivo, consideramos que un análisis tal, haría arduo y extenso nuestro trabajo y escaparía de la intención inicial para el cual fue concebido, que sería la de dar a conocer una visión general de esta forma social desconocida para nuestro ordenamiento, en la que partes gozan de gran autonomía, en aras a configurar a medida la sociedad que más se ajuste a sus intereses particulares.

Además, dispondrán de vía libre en la configuración orgánica para establecer órganos sociales y distribuir entre ellos sus competencia, y ello como veremos, con el único límite de un órgano necesario, el del presidente. Ni siquiera es obligatoria la reunión en junta o asamblea general de accionistas para la adopción de determinadas decisiones colectivas. Es más, tampoco será necesario un número máximo o mínimo de socios, dado que la SAS podrá incluso constituirse con un solo socio, adoptando la forma de SASU.

A la luz de estas particularidades expuestas a modo introductorio, no es difícil adivinar que el principal instrumento de la SAS, tal como su propio nombre indica, sea la simplificación.

1.- Constitución de la sociedad por acciones simplificada.

La SAS se puede crear por constitución o por transformación de una sociedad existente⁴⁷⁶. En el primero de los casos, a cuyas particularidades vamos a referirnos seguidamente, nos encontraremos con una sociedad de nueva creación. En el segundo de los casos una sociedad constituida opta por cambiar el tipo, aprovechando las ventajas que la SAS permite introducir⁴⁷⁷.

Estos dos modelos de creación se someten a regímenes diferentes. Mientras que la constitución de la sociedad implica la adquisición de personalidad jurídica, la transformación de la sociedad consiste en modificar la forma jurídica de una sociedad existente. Las dos operaciones, tienen no obstante, un punto en común: la protección de terceros y de socios. Las condiciones y formalidades exigidas en ambos casos contribuyen a la regularidad jurídica de la operación⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ En este sentido, Lefebvre, F.; *Société par actions simplifiée*, 3ª ed., Ed. Francis Lefebvre, Levallois, 2001, págs. 43 y ss. y 92 y ss; Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 701 y 702; Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...*, cit., pág. 397.

⁴⁷⁷ A este respecto existen diversas decisiones jurisprudenciales de gran interés, sobre todo teniendo en cuenta la excasa jurisprudencia dictada al respecto de las SAS. En este sentido cabe destacar los supuestos de transformación en SAS disrimidos por Sentencias como: CA Paris, 3ªch., sect. C, de 26 de mayo de 2000, Sté Leroux Investissement; CA Paris, 3ªch., sect. C, de 29 de septiembre de 2000, SARL Foncière Phoenix Investissement; CA Versailles, 12ªch., sect. 2, de 24 de febrero de 2005, SAS Cril Technologie c/ Boudineau.

⁴⁷⁸ Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 700 y 701.

A) Condiciones de constitución de una SAS.

Además de las reglas generales requeridas para la validez de todo contrato (voluntad consciente exenta de vicios, capacidad, objeto posible y lícito y causa), las condiciones de constitución de la SAS son las mismas que las requeridas para las SA⁴⁷⁹ (art. 227-1 párrafo 3 del Cod de com.)⁴⁸⁰, con algunas particularidades a las que haremos referencia seguidamente⁴⁸¹.

a) Socios.

La SAS puede estar constituida por personas físicas o jurídicas.

Una persona física puede ser socio de una SAS, sin necesidad de tener capacidad para ser comerciante⁴⁸². En este sentido podemos distinguir diversos supuestos peculiares:

- El menor emancipado puede suscribir acciones por si mismo. El no emancipado podrá igualmente suscribirlas, pero por intermediario de su tutor o administrador legal.

⁴⁷⁹ Le serán de aplicación las reglas relativas a la SA, a excepción de los arts. L 225-17 a L 225-126, y L 225-243, tal como establece el propio artículo. En este sentido véase, Périn, P.L.; *La société par actions...*, cit., pág. 40 a 42.

⁴⁸⁰ La regulación de las SA se lleva a cabo en el Cod. de com. en los arts. 225-1 y ss.

⁴⁸¹ A este respecto véase, Azarian, H.; *La société par actions simplifiée. Création, fonctionnement, évolution*, Litec NexisLexis, 2ª ed., Paris, 2007, págs. 25 y ss.; Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 38 y ss.

⁴⁸² A diferencia del socio en nombre colectivo o de los socios comanditarios.

- El mayor incapacitado puede, bajo curatela, tutela o protección de la justicia, entrar igualmente a formar parte de una SAS.
- Los esposos pueden libremente convertirse en miembros de una SAS haciendo aportación de los bienes de que su régimen económico matrimonial les permita disponer.
- Un extranjero puede entrar a formar parte de una SAS, sin necesidad de ser titular de una carta de comerciante extranjero⁴⁸³.

No hay ninguna incompatibilidad o prohibición que limite el acceso a una SAS, pues toda persona capaz que lo desee puede entrar a formar parte de la misma.

Por lo que respecta a las **personas jurídicas**, en concreto a las de **derecho privado**, cualquier sociedad sea civil o mercantil, cotizada o no, francesa o extranjera, puede convertirse en socia de una SAS⁴⁸⁴. Junto a ellas cualquier otra forma que adopte una persona jurídica de derecho privado, tal como grupo de interés económico, asociación, fundación, sindicato, comités de empresa o de grupo..., pueden también ser socia de una SAS.

Por lo que respecta a las personas jurídicas de **derecho público**, el Estado, los establecimientos públicos y las sociedades de economía mixta locales pueden igualmente suscribir acciones en una SAS. No obstante, y salvo autorización del Consejo de Estado, los municipios, departamentos y regiones

⁴⁸³ Maskelier, F.; y de Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 65 a 78.

⁴⁸⁴ No importa el monto de su capital y si el mismo está o no desembolsado íntegramente.

no pueden participar más que en el capital de sociedades de economía mixta locales⁴⁸⁵.

Tal como indicábamos anteriormente, y de acuerdo con lo que establece el art. L 227-1 párrafo 1º del Cod. de Com., la SAS puede constituirse por una o varias personas. La cuestión estriba en determinar si personas físicas o jurídicas distintas a las enumeradas con anterioridad pueden adquirir la condición de socio de una SAS. Ciertos ordenamientos jurídicos permiten disociar la personalidad jurídica de la capacidad jurídica⁴⁸⁶. En Derecho francés sólo existen dos categorías de personas dotadas de capacidad jurídica: las personas físicas y las personas jurídicas. Las entidades que no tienen personalidad jurídica no pueden por tanto, en principio, convertirse en socios de una SAS⁴⁸⁷. Además la SAS puede constituirse válidamente con un solo socio⁴⁸⁸, como mínimo, y cómo máximo no hay límite, al igual que en las SA. No obstante, teniendo en cuenta la importancia que adquiere el *intuitus personae* en la SAS, el

⁴⁸⁵ Véase al respecto *Code general des collectivités territoriales* arts. L 2253-1, L 3231-6 y L 4211-1.

⁴⁸⁶ Por ejemplo para el ordenamiento francés, los grupos extranjeros desprovistos de personalidad jurídica, pueden convertirse en socios de una SAS en la medida en que tengan capacidad jurídica para contratar en nombre propio. Este es el caso por ejemplo del *partnership anglo-saxon*, (CA Paris 7 de septiembre de 1994: D. 1994 IR pág. 244), y del *consortio* italiano.

⁴⁸⁷ Tal es el caso por ejemplo de la sociedad en participación del art. 1871.1º del C.C. Sus socios pueden individualmente convertirse en socios de una SAS tratándose de personas físicas o jurídicas. No obstante, el ministro de justicia estableció que un fondo común de inversión puede igualmente ostentar válidamente acciones de una SAS, ya que se trata de una copropiedad de valores mobiliarios entre personas organizadas colectivamente (*Lettre du ministère de la justice du 25 juillet de 2000: Communication ANSA août-septembre-octobre 2000, nº 3039 et 3046-12*).

⁴⁸⁸ A partir de la reforma de 1999, bajo la forma de SASU.

número de socios, es raramente muy importante en el momento de su constitución⁴⁸⁹.

b) Capital social.

a') Montante del capital.

El capital mínimo de la SAS era de 250.000 de los antiguos francos (38.113 €) hasta el 31 de diciembre de 2001; desde el 1 de enero de 2002 el capital mínimo era de 37.000 €⁴⁹⁰, de acuerdo con lo que establecía el art. L 224-2, párrafo 1º del Cod. de com. No obstante, el capital de la SAS debía ser superior o podía ser inferior en virtud de ciertas disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades que ejercían determinadas actividades, como los bancos o entidades prestatarias de servicios de inversión⁴⁹¹.

Se trataba de una cifra de capital no elevada, que abría la figura a actividades empresariales de muy diverso alcance y dimensión.

⁴⁸⁹ Véase en este sentido, Lefebvre, F.; *Société par actions simplifiée...*, cit., págs. 43 y ss.

⁴⁹⁰ El artículo L 224-2 del Cod. de com. ubicado dentro del capítulo IV destinado a las "Disposiciones generales aplicables a las sociedades por acciones", establece que: el capital social tendrá que ser al menos de 225.000 € si la sociedad hiciera llamamiento público al ahorro y de 37.500 € al menos, en el caso contrario. En este sentido, el capital de la SAS se equipara al de una SA que no hace llamamiento público al ahorro. Esto es así, porque aunque la SAS remita en muchos aspectos a la regulación de la SA, una de las características propias de la misma es que le queda prohibido hacer llamamiento público al ahorro.

⁴⁹¹ Centoni, S.; y Stucki, D.; "Clauses statutaires relatives au capital" JCP ed., 2000, págs. 1554 y 1599. Por lo que se refiere a las variaciones de capital, véase, Informe ANSA, nº 594, C.J. du 6 décembre 2000, "SAS et variabilité du capital".

No obstante, hay que tener en cuenta que la nueva Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008, ha suprimido ésta exigencia de capital mínimo, determinando que el mismo será fijado por los estatutos⁴⁹². La eliminación de esta barrera hace aún más atractivo el régimen de la SAS.

b') Suscripción del capital.

El capital social debe suscribirse íntegramente (de acuerdo con lo que establece el art. L 225-3 párrafo 1º del Cod. de com., sobre la base de los art. L 225-12 y L 227-1), es decir que todas las acciones que lo componen deben estar repartidas entre los diferentes suscriptores. Dichas suscripciones deben ser reales, sinceras e incondicionales⁴⁹³.

c) Aportaciones.

⁴⁹² Véase al respecto, art. 227-2 párrafo 2º del Cod. de com.

⁴⁹³ Las sanciones aplicables en caso de simulación de suscripción o pago de acciones, o en caso de publicación de información falsa sobre nombres de personas vinculadas a la sociedad por cualquier título fueron suprimidos por el art. 122.2º de la Ley nº 2001-420 del 15 de mayo de 2001, relativa a las nuevas regulaciones económicas. No obstante, esos hechos pueden ser penalmente sancionados como constitutivos de estafa en base a lo dispuesto por el art. 313.1 del Código penal, o como falta del art. 441.1 del mismo cuerpo normativo.

Pueden efectuarse aportaciones susceptibles de valoración económica tanto en dinero como *in natura*⁴⁹⁴. Las aportaciones de industria, de acuerdo con lo que establece el art. 225-3 párrafo 4º del Cod. de com, sobre la base de lo dispuesto por el art. 227-1 párrafo 3º, no podían hasta la fecha estar representadas por acciones, de modo que no podían dar la condición de socio en una SAS. No obstante, ésta exigencia vuelve a encontrar su reflejo en la nueva regulación de la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto que ha suprimido para las SAS esta prohibición, al añadir un párrafo 4º al art. 227-1 del Cod. de com. que establece que la SAS podrá emitir acciones intransmisibles resultantes de aportaciones en industria, cuyas modalidades de suscripción y de reparto, así como la fecha en que deberán ser objeto de evaluación, serán determinadas por los estatutos.

Si comparamos las particularidades de la SAS a este respecto con aquéllas propias de otras sociedades de capital como por ejemplo la SA y la SRL, por lo que respecta a la SA, sobre la base del mismo precepto, encontramos las mismas particularidades vistas en la SAS. Cuestión distinta es la SRL en la que junto a las aportaciones puramente económicas e *in natura*, desde la Ley de nuevas regulaciones económicas⁴⁹⁵ de 2001 será posible llevar a cabo también aportaciones de industria, cuyas modalidades de suscripción, de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 223-7 párrafo 2º del Cod. de com., deberán

⁴⁹⁴ Que como es bien sabido, podrá ser cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial susceptible de ser valorado económicamente. En dicha valoración, radica su principal problema en numerosas ocasiones.

⁴⁹⁵ Hasta la promulgación de dicha Ley es importante destacar, que no cabían en principio las aportaciones en industria en las SRL. No obstante la reforma operada por dicha Ley, atiende a una solución que ya había sido admitida pero en condiciones estrictas, por una Ley de 10 de julio de 1982 relativa a los artesanos y comerciantes que trabajaban en empresas familiares (véase al respecto Morin, G.; *Défrenois* 1983, art. 33154).

determinarse en los estatutos. No obstante, y a pesar de que antes de la reforma de la Ley de modernización de la economía, este tipo de aportaciones no concurrían a la formación del capital social, sí daban lugar a la atribución de una parte en el activo, así como al derecho a participar en el reparto de los beneficios, a cambio de contribuir en las pérdidas de acuerdo con lo que establece el art. 1843-2 párrafo 2º del C.C.

d) Acciones.

El valor nominal de las acciones “podrá” fijarse en los estatutos de acuerdo con lo que establece el art. L 228-8 párrafo 1º del Cod. de com. Nos encontramos ante una condición de carácter potestativo, ya que no será obligatorio fijar dicho valor⁴⁹⁶, cuestión que sin duda resulta curiosa desde el punto de vista del Derecho societario español, en el que dicho valor sí debe fijarse con carácter obligatorio.

Además, estas acciones no podrán ser emitidas antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

e) Prohibición de llamamiento público al ahorro.

La SAS no puede hacer llamamiento público al ahorro⁴⁹⁷ de acuerdo con lo establecido por el art. 227-2 del Cod. de com. En este sentido, es una sociedad “cerrada”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Périn, P.L. ; *La société par actions...*, cit., pág. 113.

⁴⁹⁷ De acuerdo con el art. L 411-1 del Código monetario y financiero, habrá llamamiento público al ahorro: en caso de admisión de un instrumento financiero a negociación

La violación de la prohibición de una SAS de hacer llamamiento público al ahorro expone a sus administradores de hecho o de derecho a hacer frente a una multa de 18.000 €, de acuerdo con lo que establece el art. L 244-3 y L 244-4 del Cod. de com. Además, los títulos emitidos contraviniendo dicha prohibición son nulos, de acuerdo con lo que establece el art. 1841 del C.C.

f) Denominación social.

La SAS, como el resto de sociedades, deberá estar designada con un nombre, seguido de las siglas SAS o *société par actions simplifiée*, y el anuncio del montante del capital social⁴⁹⁹. El nombre de uno o varios socios puede ser igualmente incluido en la denominación social⁵⁰⁰.

La mención de la denominación debe figurar en todos los actos y documentos que provengan de la sociedad y que vayan dirigidos a terceros (cartas, facturas, etc...). Cualquier infracción de dicha disposición, de acuerdo con lo establecido por el art. L 244-2 y 244-4 del Cod. de com., expondría al presidente o al dirigente de hecho de la sociedad a una multa de 3.750 € (25.000 F antes de la entrada en vigor del euro, el 1 de enero de 2002).

en un mercado reglamentado; o en caso de emisión o de cesión de instrumentos financieros al público.

⁴⁹⁸ Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...*, cit., pág. 391.

⁴⁹⁹ Así lo establece expresamente el art. 224 .1 en su párrafo 1º. Véase al respecto, estatutos de una SAS art. 3, anexo del presente trabajo.

⁵⁰⁰ Art. 224.2, párrafo 2º. Véase al respecto, Maskelier, F.; y de Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 56 y 57.

g) Duración.

En principio, la duración de la sociedad salvo disolución anticipada o prórroga, no podrá exceder los 99 años, y deberá determinarse en los estatutos de acuerdo con lo que establece el art. L 210-2 del Cod. de com. Dicho plazo empezará a contar desde la fecha de registro de la misma en el RCS⁵⁰¹.

e) Domicilio social.

El domicilio social⁵⁰² debe mencionarse en los estatutos⁵⁰³ de acuerdo con lo que establece el art. L 210-2 del Cod. de com. El domicilio social indicado en los estatutos será, no obstante, ficticio cuando no se corresponda con el lugar donde la sociedad tenga el centro de su actividad jurídica. En estos casos, será competencia de los tribunales el determinar el domicilio real. Cuando se establezca que el domicilio social es ficticio, los terceros pueden elegir en sus relaciones con la sociedad, entre el domicilio estatutario y el real, de acuerdo con lo que establece el art. L 210-3 párrafo 2º del Cod. de com. Lo más usual es que el domicilio social se fije en locales respecto de los cuales la sociedad disfrute de un título privativo, bien sea en régimen de propiedad,

⁵⁰¹ Véase al respecto lo dispuesto por el art. 2 del Decreto nº 67-236 de 23 de marzo de 1967 sobre sociedades mercantiles, modificado por Decreto nº 99-257 de 1 de abril de 1999 (JO 3 de abril de 1999).

⁵⁰² Menjucq, M.; "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho comunitario de sociedades", N.U.E., nº 252, 2006, págs. 103 a 109.

⁵⁰³ Véase al respecto, estatutos de una SAS art. 4, anexo del presente trabajo.

arrendamiento o subarrendamiento, de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 123-10 párrafo 1º del Cod de com⁵⁰⁴.

No obstante y en supuestos especiales, la Ley autoriza a la sociedad, a instalar su domicilio social en el domicilio de su representante legal (art. L 123-11. 1º Cod. de com.) o en un local ocupado en común por varias sociedades, en cuyo caso hablaremos de domiciliación colectiva⁵⁰⁵ (art. 123-11.2º Cod. de com.)⁵⁰⁶. En el primero de los casos, el Comité de coordinación del RCS estima que en aplicación de dicho precepto, sólo se permite el establecimiento de una SAS en el domicilio del presidente, como único representante de la sociedad, o en el del director general o director general delegado. Sin embargo, y en aplicación del art. L 227-6.3º del Cod. de com., éstos últimos no pueden ser considerados como representantes legales de la sociedad⁵⁰⁷, aunque los

⁵⁰⁴ Maskelier, F.; y de Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 57 a 61.

⁵⁰⁵ Véase en este sentido además, lo dispuesto en el art. 26 del Decreto nº 84-406 de 30 de mayo de 1984.

⁵⁰⁶ Además, la Ley 2005-1579 de 19 de diciembre de 2005 (JO de 20 de diciembre, pág. 19531), de financiación de la seguridad social para el año 2006, en su art. 25, autoriza a los agentes del URSAFF (véase nota al pie nº 89 del presente trabajo), inspectores de trabajo y a los agentes de cajas de mutualidad social agrícola, a controlar el respeto a las normas de domiciliación, y a constatar la infracción de dichas reglas mediante procesos verbales.

⁵⁰⁷ Aunque esta solución en la que nos detendremos más adelante, puede parecer excesivamente rigurosa, se encuentra fundada en el art. 227-6.1º del Cod. de com., que establece que, la SAS está representada frente a terceros por un presidente. Este órgano es el único órgano de representación de la SAS impuesto por la Ley, en contraposición al presidente y presidente delegado, que son órganos estatutarios facultativos. La cuestión estriba en determinar si únicamente esta razón es suficiente para denegar a éstos últimos la calificación de representantes legales, siendo que los estatutos les confieren el poder de representar a la sociedad (bajo nuestro punto esta cuestión resulta como mínimo criticable). En este caso además el Comité estima que deben ser declarados en el RCS, como el presidente, véase al respecto el

estatutos les confieran el mismo poder de representar a la sociedad frente a terceros que el atribuido al presidente⁵⁰⁸.

La elección del domicilio social puede encontrarse, no obstante, limitada por disposiciones administrativas en favor de la descentralización⁵⁰⁹.

B) Estatutos.

Teniendo en cuenta que la SAS no puede hacer llamamiento público al ahorro, la fijación de un proyecto de estatutos no es obligatoria. No obstante, y dado que a falta del mismo los futuros socios pueden ser reticentes a realizar aportaciones desconociendo las cláusulas esenciales que regirán la vida de la sociedad, resulta en la práctica necesario, de hecho, el establecimiento de un proyecto de estatutos⁵¹⁰.

asunto nº 99-77 del CCRC: *Bulletin du registre du commerce et des sociétés* (Bull. RCS) 11/2000, pág. 21.

⁵⁰⁸ Véase al respecto, Lefebvre, F.; en, *Mémento Sociétés commerciales*, 2006, nº 1505.

⁵⁰⁹ En este sentido por ejemplo, y por lo que respecta a la región de Paris, reglamentan la construcción, extensión y el cambio de utilización o de usuario de determinados locales, destinados a uso industrial, comercial o profesional.

⁵¹⁰ Stucki, D.; "Statuts de société par actions simplifiée unipersonnelle", *Dr. soc.*, novembre 1999, pág. 4 y ss. y *JCPE* nº 40, 7 octobre 1999, pág. 1568 ; Masquelier, F. y Simon de Kergunic, N.; "Quelques conseils pour la rédaction des statuts d'une société par actions simplifiée", *Le Dalloz*, 2000, nº 9, p. 3 y ss ; Daublou, G. ; "Formule de statuts de société par actions simplifiée", *Defrénois* nº 7/00, pág. 413.

Es, además, aconsejable, que los estatutos vayan precedidos de un preámbulo⁵¹¹ en el cual se precisen las razones por las cuales la sociedad se ha constituido y los principios generales que deben regirla⁵¹². Teniendo en cuenta la gran libertad contractual que caracteriza a la SAS, dicho preámbulo puede resultar útil en caso de necesidad de interpretación de los estatutos⁵¹³.

En la práctica, los estatutos de la SAS⁵¹⁴ suelen ser bastante flexibles, dada la libertad dejada a los socios para organizar el funcionamiento de la misma⁵¹⁵, ahí radica el creciente éxito alcanzado por dicha figura. Es igualmente aconsejable, a fin de evitar cualquier posible discusión en el caso de que se produjese una ulterior modificación de la norma, precisar que se atenderá a las disposiciones del texto en vigor en el momento de la inscripción de la sociedad en el registro.

En los estatutos de toda sociedad mercantil y también de la SAS debe figurar⁵¹⁶: la identidad de todas las personas físicas o jurídicas que han suscrito

⁵¹¹ Véase anexo. A este respecto resultan de gran interés las consideraciones de Guyon, Y; *Traité des contrats...*, cit., págs. 30 a 36.

⁵¹² Por ejemplo, la reafirmación del carácter abierto de la sociedad, o de la importancia del *intuitus personae*.

⁵¹³ No obstante, aunque resulte evidente y sea sobradamente conocido, es conveniente recordar que el preámbulo no puede contradecir lo dispuesto por las cláusulas estatutarias. En el caso de que se diese dicha contradicción, será respetado lo dispuesto por las cláusulas estatutarias.

⁵¹⁴ Véase el modelo de estatutos del anexo del presente trabajo.

⁵¹⁵ Périn, P.L.; *La société par actions...*, cit., págs. 57 y 58; Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 43 y ss.

⁵¹⁶ De acuerdo con lo que establece el art. 55 del Decreto de 1967 sobre sociedades mercantiles, modificado por Decreto nº 99-257 de 1 de abril de 1999 (JO 3 de abril de 1999), en su art. 9.

o a nombre de quién se han suscrito los estatutos; la forma jurídica adoptada (en el concreto supuesto que venimos analizando: *société par actions simplifiée / SAS*); la duración de la sociedad; la denominación social; el domicilio social; el objeto social y el montante del capital. Además, para cada categoría de acciones emitidas, el número de acciones de esa categoría y, según el caso, la parte del capital social que representan o el valor nominal de las acciones que lo componen; la forma de las acciones, que no puede ser más que nominativa, tratándose de una sociedad no cotizada; la identidad de las personas que llevan a cabo aportaciones en *natura*, la evaluación de la aportación efectuada por cada uno de ellos, y el número de acciones emitidas en contrapartida a la aportación; la identidad de los beneficiarios de ventajas particulares y la naturaleza de los mismos; las estipulaciones relativas a la composición, al funcionamiento y al poder de los órganos directivos; las formas y condiciones de las decisiones tomadas colectivamente por los socios; la identidad de los primeros comisarios de cuentas⁵¹⁷, así como, las disposiciones relativas al reparto de beneficios, a la constitución de reservas y a la cuota resultante de la liquidación. Los estatutos deben precisar, igualmente, el órgano social a través del cual los delegados del Comité de empresa ejercen sus derechos⁵¹⁸.

Al dejar un amplio margen a la organización contractual, los estatutos pueden además incluir numerosas disposiciones facultativas⁵¹⁹. Muchas de ellas

⁵¹⁷ Junto con la supresión del capital, una de las medidas adoptadas por la Ley de modernización de la economía que mayor repercusión práctica podría encontrar a la hora de constituir una SAS, es la supresión del carácter automático del nombramiento de un comisario de cuentas. De éste modo, tras la nueva redacción del art. 227-9-1, parece atribuírsele un carácter facultativo a la figura del comisario de cuentas.

⁵¹⁸ Véase en este sentido, artículo 18 del modelo de estatutos anexo.

⁵¹⁹ A este respecto resultan de gran interés las consideraciones respecto a la libertad de completar el estatuto legal de Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, cit., págs. 163 y ss.

se prevén expresamente en los arts. L 227-13 y ss. del Cod de com. como: cláusulas que prevean la intransmisibilidad de las acciones; cláusulas que precisen las modalidades de consentimiento de los adquirentes de acciones; cláusulas de exclusión de los socios; cláusulas relativas a la información de la sociedad; y, cláusulas relativas a las modalidades del precio de cesión de acciones en los tres últimos casos⁵²⁰.

Si estas cláusulas no figuran en los estatutos, pueden incorporarse a pactos de accionistas. No obstante, en este caso estarán privadas de la sanción prevista por el art. L 227-15 del Cod. de com. de acuerdo con el cual toda cesión efectuada con violación de cláusulas estatutarias es nula.

Resulta conveniente prever en los estatutos una cláusula destinada a orientar la posible interpretación que un juez podría dar. No obstante, los socios pueden también convenir que deba atenderse a las fuentes de interpretación que indiquen los estatutos, por ejemplo a las disposiciones del preámbulo o del reglamento interior, a los artículos del Cod. de com. relativos a una determinada forma de sociedad (por ejemplo, la SARL). Contrariamente, las fuentes de interpretación pueden también restringirse, por ejemplo excluyendo los proyectos de estatutos, el reglamento de régimen interno, o el preámbulo.

También podrá incluirse una cláusula que precise a qué órgano se atribuyen los poderes que no se asignen expresamente en los estatutos. En ese caso, es conveniente verificar que dicha cláusula no conduzca a confiar al presidente o a otro administrador el poder de decidir respecto a modificaciones esenciales de los estatutos.

⁵²⁰ Art. 10 estatutos anexo.

Independientemente de las cláusulas examinadas, los socios de una SAS pueden insertar en los estatutos muchas otras menciones que iremos analizando a lo largo del presente capítulo.

C) Formalidades relativas a la publicidad.

Tras la firma de los estatutos⁵²¹, habrá que proceder a las siguientes formalidades⁵²²: registro; inserción en un diario oficial de anuncios; depósito en el registro de actos constitutivos; inscripción en el RCS; e inserción en el boletín oficial de anuncios civiles y mercantiles (BODACC)⁵²³.

Conforme al art. 285.1º del Decreto de 1967⁵²⁴, tras la constitución de la SAS, debe insertarse un anuncio en un diario habilitado a recibir anuncios legales en la demarcación del domicilio social⁵²⁵.

⁵²¹ Véase art. 23 del modelo de estatutos anexo en el presente trabajo, relativo a la publicidad.

⁵²² Sobre esta cuestión véase en el capítulo II del presente trabajo, el epígrafe II 3 B) relativo a las condiciones de forma del contrato de sociedad, en el que ya exponíamos de forma detallada estas formalidades. Además, en este sentido y por lo que respecta a la SAS véase, Périn, P.L.; *La société par actions...*, cit., págs. 58 y 59; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 47 y ss.; Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 47 y ss.

⁵²³ Ver al respecto el mismo epígrafe *in fine*, al que aludíamos en la nota al pie de página anterior.

⁵²⁴ Este precepto fue modificado por el art. 29 del Decreto nº 88-418 de 22 de abril de 1988 relativo a diversas disposiciones del derecho de sociedades mercantiles, (JORF de 24 de abril de mismo año).

⁵²⁵ Art. 23 *in fine*, estatutos anexos.

Por lo que respecta al contenido del anuncio de inserción, el mismo debe contener las siguientes menciones: la denominación social seguida en su caso de su domicilio; la forma de la sociedad; el montante del capital social; la dirección del domicilio social; el objeto social, indicado de forma sumaria; la duración para la que se ha constituido la sociedad; el nombre, apellido⁵²⁶ y domicilio de los socios o terceros, que ostenten en la sociedad la condición de presidente (u otras funciones dirigentes), y la de comisario de cuentas; el nombre, apellido y el domicilio de las personas que tengan el poder de representar a la sociedad frente a terceros; la indicación del Tribunal donde la sociedad será inscrita en el RCS; las condiciones del ejercicio del derecho de voto de los socios; en su caso, la existencia de cláusulas relativas al consentimiento de cesionarios de acciones y la designación del órgano social habilitado para resolver sobre demandas incoadas en este sentido⁵²⁷.

⁵²⁶ Hay que tener en cuenta que las fuentes francesas hablan de "*les nom, prénom usuel...*". Si traducimos estos conceptos *le nom* (el nombre en castellano) hace referencia en Francia a lo que nosotros conocemos como apellido (en Francia sólo se utiliza 1, generalmente el del padre); y *le prénom usuel* (podría traducirse por lo que nosotros conocemos como nombre propiamente dicho). El hecho de añadir el término "usual" viene dado, a que en la práctica en Francia se suele utilizar un nombre, aunque a efectos oficiales la persona pueda tener más de uno.

⁵²⁷ El anuncio en su caso debe contener igualmente, las condiciones de admisión a las asambleas de accionistas. No obstante, esta disposición debe ser interpretada de forma restrictiva, únicamente para el caso en que los estatutos prevean que las decisiones colectivas sean adoptadas en asamblea, y si prevén condiciones de admisión que deban figurar en el anuncio. También deberá contener la firma del notario, si los estatutos fueron establecidos ante notario, fuera de estos casos deberá contener la firma de uno de los primeros socios bajo reserva de que el mismo tenga un poder especial a dicho efecto, lo más normal es que dicho poder se de al final de los estatutos.

La SAS no adquirirá personalidad jurídica hasta su inscripción, por lo que convendrá a la mayor brevedad llevar a cabo el depósito en el registro del tribunal mercantil y la inscripción en el RCS⁵²⁸.

⁵²⁸ Aunque ya en el epígrafe II 3º B) del capítulo II relativo al contrato de sociedad, adelantábamos, los datos que seguidamente pasamos a exponer, conviene recordar que, por lo que respecta al depósito y en virtud de lo dispuesto por el art. 48 del Decreto nº 84-406 de 30 de mayo de 1984, habrá que depositar: dos ejemplares de los estatutos, si fueron establecidos ante notario, o dos originales si fueron establecidos mediante acto privado; dos copias de las actas de nominación de los miembros que componen los órganos de dirección y de control de la sociedad (presidente, comisario de cuentas...) cuando esas personas no fueran designadas en los estatutos; en caso de aportación *en natura*, dos ejemplares del informe del comisario de aportaciones; dos ejemplares del certificado del depósito de los fondos correspondientes a las suscripciones, con un anexo en el que consten, la lista de los suscriptores mencionando el número de acciones suscritas y las sumas desembolsadas por cada uno de ellos. El citado art. 48 del Decreto al que venimos refiriéndonos, únicamente prescribe la necesidad de efectuar dicha formalidad a lo más tardar, al mismo tiempo que la demanda de inscripción, en el RCS. Conforme al art. 4 del Decreto nº 96-650 de 19 de julio de 1996, las demandas de inscripción deben presentarse en el CFE. La demanda de inscripción de la SAS en el RCS debe contener de acuerdo con lo que establece el art. 15 del Decreto nº 84-406 previamente citado, por lo que respecta a la persona jurídica: la denominación social seguida en su caso, del domicilio de la sociedad; la forma de la sociedad precisando si cabe, el hecho de que la sociedad está constituida por un único socio, y en su caso, la indicación del estatuto legal particular al cuál se somete la sociedad; el montante del capital social y si el capital se variable, el límite de su reducción; la dirección del domicilio social; las actividades principales de la sociedad; la duración de la sociedad fijada por los estatutos; la fecha de clausura del ejercicio social; el nombre, apellido y domicilio de socios y de terceros con poder de dirección, gestión o representación de la sociedad, así como los de los comisarios de cuentas; las sociedades resultantes de una fusión o una escisión deberán indicar además, la denominación o la razón social de todas las sociedades que hayan participado en la operación, su forma, su domicilio social, y su número de identificación y de RSC. Así como, las referencias de las inscripciones secundarias eventualmente suscritas para el caso de establecimientos situados fuera del ámbito del tribunal del domicilio social. Por lo que respecta al establecimiento: el signo, o rótulo; la o las actividades ejercidas que correspondan a la nomenclatura de las actividades definidas por

Decreto; la dirección del establecimiento; la fecha de inicio de la explotación; la indicación de que se trate, bien sea la creación de un fondo de comercio, la adquisición de un fondo existente, la modificación del régimen jurídico bajo el cual es explotado dicho fondo (en los dos últimos casos, deberá indicarse además, el nombre del anterior explotador de la actividad y su número de identificación). En caso de propiedad indivisible de los elementos de explotación, deberá indicarse, el nombre, apellido y domicilio de las personas que conforman dicha propiedad, y si se tratase de personas jurídicas, su denominación social y su dirección; en caso de alquiler-gerencia, deberán indicarse igualmente, el nombre, apellidos y domicilio o denominación social y dirección del arrendador del fondo, así como, los datos relativos al inicio y término del mismo, y en su caso, la indicación, de que el contrato podrá ser renovado tácitamente. Además deberá también indicarse el nombre, apellido, lugar y fecha de nacimiento, domicilio y nacionalidad de las personas que tengan poder de representar mediante su firma la responsabilidad de la sociedad. El registrador del tribunal de comercio debe asegurarse de la regularidad de la demanda y verificar que las menciones establecidas son conformes a las disposiciones legislativas y reglamentarias y que corresponden a las piezas justificativas y a las actas depositadas. Además deberá igualmente verificar, que la constitución de la sociedad (o la modificación de los estatutos) se realiza conforme a las disposiciones legislativas y reglamentarias que la rigen, de acuerdo con lo que establece el art. 30 del Decreto nº 84-406. En principio, el registrador deberá proceder a la inscripción de la sociedad en el plazo de un día hábil tras la recepción de la demanda (art. 31.1º y ss. del mismo Decreto). Si el dossier estuviese incompleto, dispondrá de ese mismo plazo para reclamar la información o los documentos que faltasen, que deberán serle remitidos dentro de los quince días siguientes al de la demanda. En defecto de regularización o si se estima que la misma es conforme a las disposiciones aplicables, deberá en el plazo de cinco días hábiles, informar al requirente de los motivos del rechazo de su demanda. En los ocho días siguientes a la inscripción de la sociedad en el RCS, el registrador deberá insertar un anuncio que contenga las características de la misma en el BODACC (art. 73, del Decreto al que venimos refiriéndonos). Cualquier defecto relativo a la inserción, depósito en el registro e inscripción en el RCS, no supone causa de nulidad de la sociedad. Dará lugar a una acción de regularización abierta a cualquier interesado, que prescribe a los tres años a contar desde la inscripción de la sociedad de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 210-7 del Cod. de com. No obstante, tanto los fundadores de la sociedad como sus primeros dirigentes, se exponen a una acción de responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 210-8 del mismo texto normativo.

Vistas las formalidades requeridas, nos encontramos en condiciones de entender lo que apuntábamos al inicio de nuestra exposición⁵²⁹. Y, es que, por lo que respecta a su publicidad, las condiciones exigidas distan de la flexibilidad que predica esta forma social, y es precisamente este hecho el que determina que en ocasiones algunos empresarios muestren reticencias a la hora de decantarse por la SAS para organizar su actividad de empresa, bajo forma de sociedad.

D) Obligación de registrar el contrato de sociedad desde el punto de vista fiscal.

Sea cual sea la forma que adopte el acto que constate la formación de la SAS, debe ser registrado obligatoriamente en el plazo de un mes [art. 635-1.1º y 5º del Código general de impuestos (CGI)].

La formalidad relativa al registro se ejecuta siguiendo unas condiciones que variarán dependiendo de la naturaleza de las aportaciones (art. 647 a 652 del CGI). Si el acto constitutivo de la SAS constata únicamente aportaciones mobiliarias (numerario y bienes muebles), el acto es registrado en el plazo de un mes de la recaudación de los impuestos que en su caso procediesen⁵³⁰. Los actos que constaten a la vez aportaciones mobiliarias y aportaciones inmobiliarias o excepcionalmente sólo aportaciones de inmuebles, se someten a

⁵²⁹ Véase al respecto, el epígrafe II 2 del presente capítulo

⁵³⁰ Como regla general, esta fusión de registros se realiza en el lugar de recaudación competente que será el del domicilio del notario si se trata de un acto notarial. Si se trata de un acto entre particulares, será en principio competente el del domicilio de uno de los socios, salvo presencia de aportaciones de fondos de comercio, de clientela o de derecho de arrendamiento, en cuyo caso será competente el del lugar de situación de esos bienes.

la formalidad de un único registro⁵³¹. Esta formalidad se efectúa en el plazo de dos meses a contar desde la fecha del acto.

Los actos constitutivos tanto de una SAS, como de cualquier otra sociedad mercantil, son registrados provisionalmente de forma gratuita (art. 1717 bis CGI). Los derechos y tasas normalmente debidos son exigibles, a lo más tardar, en un plazo de tres meses a contar desde la fecha del acto en cuestión, bajo reserva no obstante de fraccionamiento en cinco anualidades, en casos excepcionales tasados por la Ley⁵³².

2.- Funcionamiento y gestión de la sociedad por acciones simplificada.

A) Administración.

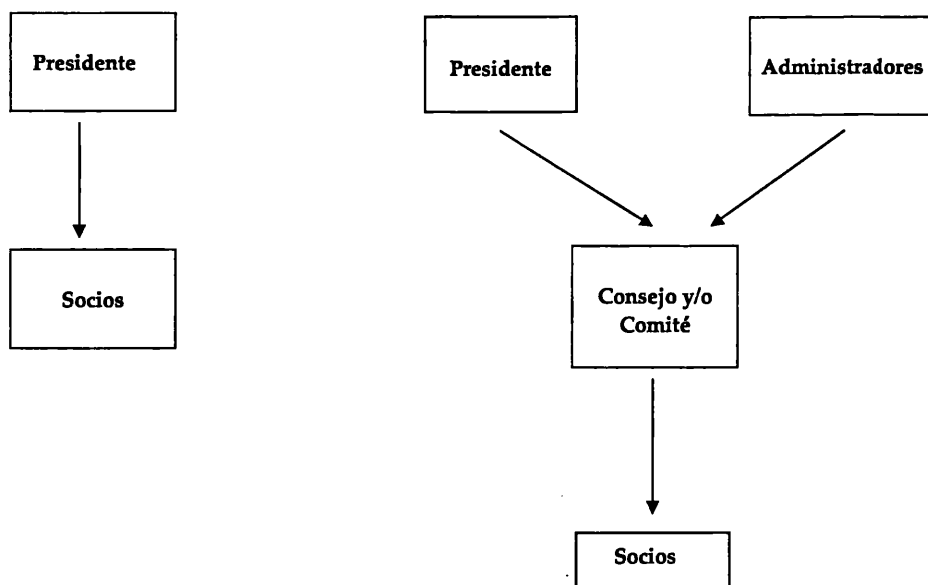
Los estatutos fijan, de acuerdo con lo que establece el art. 227-5 del Cod. de com., las condiciones bajo las cuales la sociedad será gestionada y dirigida⁵³³.

⁵³¹ Esta formalidad fusionada sólo puede cumplirse si el acto ha sido depositado ante notario. La ausencia de autenticidad (que se entiende por medio de acto privado) constituye causa de rechazo (CGI art. 660 y art. 4 del Decreto nº 55-22 de 4 de enero de 1955).

⁵³² A este respecto la ley habla de "*un droit spécial de mutation*" (CGI art. 809-1.3º). No obstante considero que aunque podríamos llevar a cabo un amplio análisis de las formalidades relativas al régimen fiscal de la constitución de una SAS, éste se aparta de nuestro objetivo. Es por ello que nos hemos limitado a citarlo como simple curiosidad sin profundizar al respecto.

⁵³³ Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 129 y ss.; Informe ANSA, N° 347, C.J. du 7 juillet 1995, n° 2 803, "Societes par actions simplifiees (SAS): notion de dirigeants"; así como, Informe ANSA, Comité juridique du 4 décembre 2002, "Representation de la societe par actions simplifiee (SAS): Consequences juridiques de la notion de dirigeant".

Los socios gozan de una enorme libertad para determinar la composición de los órganos de gestión de la sociedad y sus reglas de funcionamiento. Además, es necesario designar un presidente encargado de representar a la sociedad frente a terceros, que será investido de los más amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad⁵³⁴. Bajo esta reserva, se abre un amplio abanico de posibilidades, y en función de los objetivos perseguidos por los fundadores de la SAS, los estatutos pueden prever medidas extremadamente variadas. En principio prima la libertad en cuanto a la organización de la SAS. No hay una organización legal de poderes como en la SA. Los esquemas pueden ser muy variados, desde uno muy simple con un presidente, como único órgano obligatorio, a otro más sofisticado, con un presidente y uno o varios dirigentes, y también uno o varios órganos intermedios (consejos o comités)⁵³⁵.



⁵³⁴ A este respecto cabe destacar la decisión jurisprudencial dictada por: Cass.com. de 2 de julio de 2002, Sté OCP Répartition c/ Blanc.

⁵³⁵ Véase al respecto esquema adjunto.

a) Órganos de dirección.

a') Dirección única.

Los socios pueden optar por un único administrador, que asumirá la función de representación de la SAS en calidad de presidente⁵³⁶.

b') Órgano colegiado.

En caso de gestión colegiada, se ofrecen numerosas posibilidades al respecto, de éste modo, los estatutos pueden fijar libremente:

- un número mínimo o máximo de administradores;
- la denominación del órgano de dirección: consejo de administración, de gestión, de dirección, comité director, directorio.....;
- la estructura de funcionamiento de dicho órgano, y correlativamente los poderes atribuidos a cada uno de sus miembros;
- un reparto de los puestos de dirección entre los diferentes grupos de socios;
- un control de los dirigentes en general o de alguno de ellos, llevado a cabo de unos por otros, o por comités *ad hoc*;

⁵³⁶ Como veremos más adelante, no parece posible nombrar dos dirigentes, ni siquiera varios podríamos llamar "co-presidentes". A este respecto resulta de interés, Informe ANSA, Comité Jurídico du 10 mai 2000, Foy, R. ; "Le statut social du président de SAS".

- la constitución de comités especializados encargados de misiones particulares como: comités de nombramiento, de remuneración, de auditoria, de ética, de inversión, de estrategia⁵³⁷.....;
- las condiciones en las cuales el órgano colegiado toma sus decisiones: modalidades de su convocatoria, lugar y periodicidad de sus reuniones, condiciones de quórum y de voto, modo de escrutinio, posibilidad de nombrar un representante, toma de acuerdos....

b) Acceso a dichas funciones.

Los estatutos determinan con toda libertad las condiciones de acceso a las funciones de gestión y de representación de la SAS⁵³⁸, bajo reserva de las incompatibilidades legales o reglamentarias con ciertas profesiones o cargos (como por ejemplo, con algunas reservas, abogados, notarios, miembros del gobierno, entre otros). Además en ciertos casos como por ejemplo el de las sociedades por acciones simplificadas de ejercicio liberal (SELAS), al que nos referimos al inicio de nuestra exposición, el presidente y los administradores deben ser socios que ejerzan su profesión en el seno de la sociedad⁵³⁹.

Una persona jurídica también puede ser nombrada presidente o administrador de una SAS, de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 227-7 del Cod. de com. Aquí encontramos una importante diferencia con la SA, en la que el presidente sólo puede ser una persona física, *so pena* de nulidad en la

⁵³⁷ En la línea del *Corporate Governance*.

⁵³⁸ Véase art. 12 estatutos anexos.

⁵³⁹ Véase al respecto, lo dispuesto por el art. 12.1º de la Ley nº 90-1258 de 31 de diciembre de 1990).

nominación. En el caso de las SELAS a las que anteriormente aludíamos, también nos encontraremos en la misma situación dado que los administradores, como ya señalábamos, deben ser profesionales en ejercicio en la sociedad. En este caso, la función de presidente de la SAS es ejercida en principio por intermedio del representante legal de la persona jurídica, que actúa en nombre de la persona jurídica en la SAS y la representa. No obstante, puede delegar válidamente parte de sus poderes al respecto, aunque la eficacia de una delegación global de los mismos a una persona especialmente habilitada a dicho efecto⁵⁴⁰, es limitada.

Cualquier persona jurídica, francesa o extranjera, puede ser designada como presidente o administrador de una SAS. No obstante, es necesario que las funciones que vaya a desempeñar entronquen con el objeto social de la persona jurídica designada, y que no se trate de un objeto único que pudiese entrañar un riesgo o confusión de patrimonios⁵⁴¹. Es importante también tener en cuenta que las formalidades de publicidad impuestas a los representantes legales de personas jurídicas dirigentes, pueden resultar un fuerte inconveniente material para los dirigentes extranjeros.

Los estatutos pueden imponer ciertas condiciones para ser nombrado presidente o administrador, por ejemplo: reunir la condición de socio, y en su caso, necesidad de justificar una mínima participación en la sociedad⁵⁴²;

⁵⁴⁰ Como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de la SA.

⁵⁴¹ En este sentido, Le Cannu, P.; *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, Revue des sociétés (Rev. Soc.), nº 8, 1994, pág. 242; Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 71 y ss.

⁵⁴² En defecto de una cláusula de estas características, nada impide elegir a un no socio como dirigente de la sociedad, salvo en las SELAS en las que como anteriormente apuntábamos,

competencia técnica particular; condición de persona física o jurídica; límite de edad; incompatibilidad con ciertas actividades; limitación de la posibilidad de acumular mandatos como dirigentes⁵⁴³; limitación de la renovación de mandatos; o, procedencia de un Estado miembro de la Unión Europea.

Salvo disposición contraria de los estatutos⁵⁴⁴ o de cualquier otra manifestación de voluntad exterior, el presidente y otros administradores pueden desempeñar libremente las funciones inherentes a su cargo en la sociedad, sin que ello resulte incompatible con un contrato de trabajo.⁵⁴⁵ Se abre el camino, así, a la acumulación de dos relaciones jurídicas en la persona del presidente o administrador de la SAS: la orgánica, propiamente dicha, y la laboral, con una problemática relevante en la que ahora no podemos entrar⁵⁴⁶.

c) Designación.

El presidente debe ser designado de acuerdo con las condiciones previstas en los estatutos⁵⁴⁷. Los estatutos fijarán igualmente, en el caso que proceda, las modalidades de designación de otros administradores. En este

los dirigentes deben necesariamente ser socios que ejerzan su profesión en el seno de la misma (art. 12.1ª Ley nº 90-1258, citada con anterioridad).

⁵⁴³ No obstante, a falta de cláusula de este tipo en los estatutos, no se aplicará ninguna condición en materia de acumulación de mandatos al presidente y otros dirigentes de la SAS.

⁵⁴⁴ Véase al respecto nota al pie de pág. nº 76, pág. 31 del presente trabajo.

⁵⁴⁵ Las disposiciones del art. L 225-22 del Cod. de com. reglamentan esa acumulación en las SA, no obstante, ese precepto no es aplicable a las SAS.

⁵⁴⁶ En este sentido, en el tercer capítulo de la primera parte de la obra de Sánchez Gimeno, S.; *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004, se analiza esta cuestión por lo que respecta al Derecho francés.

⁵⁴⁷ En este sentido, Le Cannu, P.; *Les dirigeants de la société...*, cit., pág. 239.

sentido pueden prever por ejemplo: el nombramiento por todos los socios o por ciertos de ellos solamente; el reparto de los puestos entre los socios o entre categorías de socios, sólo competentes para designar sus propios representantes; condiciones de mayoría específicas, o la necesidad de una designación por unanimidad; o, la competencia de un comité *ad hoc*, o incluso de un tercero, para proceder a la designación.

El primer presidente y, en su caso, los primeros dirigentes de la SAS, si son asimilables a administradores o a miembros del consejo de vigilancia de una SA, son designados en los estatutos en aplicación de lo dispuesto por el art. 225-16 del Cod. de com.⁵⁴⁸ Todos ellos deberán ejercer su cargo con la debida diligencia.

d) Remuneración.

En ausencia de disposición legal al respecto, las funciones de presidente y/o dirigente pueden desempeñarse de forma gratuita o remunerada⁵⁴⁹. Pueden

⁵⁴⁸ La aplicación de este art. no se descarta por el art. L 227-1.3º del Cod. de com., y sus disposiciones parecen compatibles con las disposiciones específicas relativas a las SAS. En este mismo sentido se pronuncian Germain, M. y Périn, P.L.; en J. Cl. Sociétés, fasc. 155-2, nº 37.

⁵⁴⁹ Si los socios entienden que las funciones deben ser gratuitas, parece oportuno que debiera precisarse expresamente en los estatutos o en un documento por separado. No obstante, a falta de precisión de este tipo, y a falta de una decisión relativa a la remuneración del o de los dirigentes en su caso, los tribunales podrían determinarla tras haber nombrado un experto al respecto, [en este sentido véanse, Cour de cassation, 13 de junio de 1977: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles), (Bull. Civ.), IV, nº 167; Cour d'appel, Paris, 17 de febrero de 1965: Gazette du Palais, 1965, pág. 305; Cour d'appel, Versailles, 20 de septiembre de 1990: Bulletin Joly Sociétés, 1990, pág. 1051], estas decisiones fueron tomadas en materia de gerentes de SNC o de SARL, pero son extrapolables al presidente de una SAS.

preverse distintos modos de remuneración: remuneración fija, o proporcional a los beneficios o a la cantidad de asuntos, o incluso mixta. Los estatutos o un documento anexo pueden fijar el modo de cálculo, o delegar en un órgano de la sociedad la tarea de determinar el montante de dicha remuneración. Incluso dicha remuneración podrá ser determinada mediante una decisión colectiva de los socios, tomada a través de una mayoría previamente fijada.

Contrariamente a la remuneración del presidente del consejo de administración de una SA, prevista en el art. L 225-47 del Cod. de com., la atribución de remuneración a los dirigentes de una SAS es de naturaleza puramente contractual y se analiza en un convenio sometido a un procedimiento de control. Por otra parte, nada prohíbe que la SAS pueda prever la atribución a sus dirigentes de pensiones o de complementos de jubilación en las condiciones que se determinen, siempre que se respete el procedimiento de control de los convenios llevados a cabo con los administradores; más aún, si esas ventajas relativas a la jubilación pueden analizarse en un complemento de remuneración, ya que como señalábamos anteriormente, la atribución de la remuneración está sometida a este procedimiento.

La SAS puede también convenir con sus presidentes o dirigentes las opciones de suscripción o de compra de acciones. En efecto, el art. L 225-185.5º del Cod. de com. autoriza la atribución de opciones de suscripción o de compra de acciones a las siguientes personas: el presidente del consejo de administración, el director general, los directores generales delegados, los miembros de la dirección o el gerente de una sociedad por acciones. Es razonable pensar que por aplicación del art. 227-1.3º, podemos sustituir todos estos miembros por el presidente o cualquier otro dirigente que desempeñe funciones análogas en una SAS.

La atribución de opciones sobre títulos de sociedades vinculadas no es posible más que si dichos títulos son admitidos a negociación en un mercado reglamentado, de acuerdo con lo que establece el art. 225-185.6º del Cod. de com. Esta noción de sociedad vinculada apunta a:

- sociedades en las que al menos el 10% del capital o de los derechos corresponden, directa o indirectamente, a la sociedad que consienta las opciones;
- las sociedades titulares, directa o indirectamente, de al menos el 10% del capital o de los derechos de la sociedad que consienta las opciones;
- las sociedades en las que al menos el 50% del capital o de los derechos, corresponden, directa o indirectamente, a una sociedad que ostente ella misma, directa o indirectamente de igual forma, al menos el 50% del capital de la sociedad que consienta las opciones.

Las nuevas disposiciones imponiendo la obligación de informar sobre las remuneraciones y ventajas de cualquier naturaleza acordadas con respecto a los mandatarios, previstas por el art. L 225-102.1º del Cod. de com. para las SA, se excluye de acuerdo con lo dispuesto en el art. 227-1.3º por lo que respecta a las SAS, de modo que no deberá ser necesariamente respetado por los administradores de una SAS. No obstante, y en base a este último precepto, son aplicables las disposiciones del art. L 225-184 que imponen la necesidad de establecer cada año un informe especial informando a la junta general ordinaria de las operaciones realizadas con respecto a opciones de suscripción o compra de acciones.

e) Duración de las funciones.

Los estatutos fijan libremente la duración de las funciones de presidente y de otros dirigentes de la SAS, así como, las condiciones de una eventual renovación de dichas funciones⁵⁵⁰. Como regla general, si los estatutos guardan silencio al respecto, el presidente y el resto de dirigentes mantendrán sus puestos durante la vigencia de la SAS. No obstante, dichas funciones llegan a su fin:

- por alcanzar el término previsto para su finalización;
- por dimisión;
- por incapacidad o prohibición de dirigir;
- por el fallecimiento del dirigente;
- por la disolución o transformación de la SAS⁵⁵¹;
- por revocación⁵⁵².

⁵⁵⁰ Puede por ejemplo fijarse una duración corta sin limitación en la renovación, o con facultad de prorrogación tácita, o incluso una duración más larga con limitación del número de mandatos consecutivos.

⁵⁵¹ En la SELAS por la pérdida de la condición de socio que ejerce su profesión en la sociedad.

⁵⁵² Al no encuadrarse en ninguna disposición específica, será necesario que los estatutos fijen sus condiciones y modalidades. No obstante, los estatutos disponen de una total libertad en la materia y pueden prever una posibilidad de revocación sin justificación (revocación *ad nutum*), o la necesidad de una justa causa de revocación o de un determinado plazo de preaviso. Este supuesto como el de transformación en SAS, que apuntábamos con anterioridad, ha sido de los pocos respecto a los cuales se han pronunciado los Tribunales franceses. En este sentido cabe destacar: CA Paris, 5^ach., sect. B, de 28 de septiembre de 2001, Sté Knauf Technique Béton c/ Lépine; CA Versailles, 12ch., sect. 2, de 5 de junio de 2003, Roux c/ Sté Unisys et a.; T. Com., Paris, 2^ach., de 27 de septiembre de 2005, Block c/ SAS Tracis; CA Paris,

Los estatutos pueden igualmente prever que ciertas circunstancias entrañen automáticamente la cesación en las funciones de presidente o de dirigente, por ejemplo: la exclusión del socio dirigente o la cesión de sus acciones, el cambio de control de la sociedad dirigente, la desaparición de una condición requerida para ser dirigente, o la apertura de un procedimiento judicial⁵⁵³.

f) Responsabilidad.

La responsabilidad del presidente⁵⁵⁴ y de los administradores de una SAS es la misma que la de los administradores o miembros de la dirección de una SA⁵⁵⁵. Si una persona jurídica es nombrada presidente o dirigente de una SAS, está sometida a las mismas condiciones y obligaciones, e incurre en la misma responsabilidad civil que si fuera presidente o dirigente en nombre

3^och., sect. A, de 4 de abril de 2006, SAS Fónica et a. c/ Limet; CA Paris, 21^och., sect. A, de 16 de mayo de 2006, SA Projipe c/ Touati.

⁵⁵³ No obstante, nada impide que los estatutos fijen que la cesación en las funciones de dirigente de una SAS, pueda entrañar la percepción de una indemnización. En tal hipótesis, los estatutos deberán precisar en que casos podrá ser percibida, e incluso a la cantidad que podrá ascender.

⁵⁵⁴ Roux, P.; "La responsabilité du Président dans la SAS", n^o 328, Bull. Joly, 1996, pág. 905; Périn, P.L.; *La société par actions...*, cit., págs. 132 y ss.; Informe da la ANSA (Asociación nacional de sociedades por acciones, creada en 1930 para la defensa de los intereses de las sociedades y de sus accionistas), n^o458 CJ de 4-02-1998, "Personne morale president d'une SAS : responsabilité des dirigeants de la personne morale". Del mismo modo cabe destacar la decisión jurisprudencial dictada por: CE, 6^a y 1^a ss-sect., de 15 de marzo de 2006.

⁵⁵⁵ Reguladas en el art. L 227-8 del Cod. de com.

propio, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica que dirige (art. L 227-7 del Cod. de com.)⁵⁵⁶.

Los dirigentes de la SAS son responsables de acuerdo con lo que establece el art. L 225-251.1º del Cod. de com., sobre la base del 227-8:

- de infracciones a las disposiciones legislativas o reglamentarias;
- de violaciones de estatutos;
- de las faltas cometidas en su gestión.

La responsabilidad de los dirigentes de una SAS puede ser individual o solidaria, de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 225-51.1º, previamente citado⁵⁵⁷.

B) Las decisiones colectivas.

Al igual que en otros aspectos básicos de su régimen jurídico, en el terreno de las decisiones colectivas se sigue dando primacía a lo dispuesto por los estatutos, que determinan las materias que obligatoriamente deben ser sometidas a la colectividad de los socios⁵⁵⁸, y las formas y condiciones en las cuales deben ser tomadas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 227-9.1º del

⁵⁵⁶ El régimen aplicable a las causas y extensión de dicha responsabilidad en materia de dirigentes de SA, es extrapolable a los dirigentes de la SAS.

⁵⁵⁷ Véase al respecto Lefebvre, F.; *Société par actions simplifiée...*, cit., págs. 105 y ss. En este mismo sentido, Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...cit.*, pág. 394; y Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 189 y ss.

⁵⁵⁸ En este sentido véase, Jeantin, M.; "Les associés de la SAS", *Rev. Sociétés*, 1994, pág. 223.

Cod. de com. Este precepto dota nuevamente a los estatutos de un principio de libertad, que les permite adoptar soluciones extremadamente diversas, en función de la naturaleza y de la importancia de las decisiones a tomar. No obstante, no parece que dicha libertad sea absoluta, y no esté sujeta a ciertos límites, ya que aquéllas decisiones que afecten a uno o varios socios deberán contar razonablemente con el acuerdo del o de los socios interesados. De este modo, de forma expresa, el art. 227-9 en su párrafo 2º establece una serie de decisiones de especial importancia, que necesariamente deberán ser adoptadas colectivamente por los socios. Estas decisiones son las relativas a:

- aumento, amortización o reducción de capital;
- fusión o escisión⁵⁵⁹;
- designación de comisarios de cuentas⁵⁶⁰;
- aprobación de cuentas y asignación de beneficios;
- disolución;
- transformación⁵⁶¹.

Junto a estas decisiones que con carácter general deben ser tomadas por medio de una decisión colectiva de los socios, existen otras que de igual modo, y salvo cláusula expresa al respecto, también requieren de dicha forma de adopción. Nos referimos en este sentido a cuestiones tales como la adopción o la modificación de determinadas cláusulas estatutarias, al nombramiento en su caso de un liquidador, y a la aprobación de las cuentas de la liquidación, así

⁵⁵⁹ Que analizaremos a lo largo del presente capítulo en concreto, en el epígrafe II 4º B) del presente capítulo.

⁵⁶⁰ Périn, P.L. ; *La société par actions...*, cit., págs. 328 y ss.

⁵⁶¹ Cuestiones que de igual forma analizaremos con posterioridad, en concreto en el epígrafe II 4º A) del presente trabajo.

como a la posible prórroga de la duración de la sociedad.

Los estatutos gozan de total libertad para determinar las modalidades a través de las cuales podrán adoptarse dichas decisiones colectivas. Del mismo modo, la forma de consulta también será determinada libremente por los estatutos de entre los diversos modos que existen. Así, los estatutos podrán determinar que la consulta se lleve a cabo de forma escrita (a través del recurso clásico al papel o por medios telemáticos); también se puede prever la reunión en asamblea; el voto por correspondencia; el recurso al fax; o cualquier otro medio válido que permita conocer la decisión de cada uno de los socios. El recurso a estos sistemas, dada esta falta de reglamentación en la forma a la que aludíamos anteriormente, evita además posibles problemas de prueba posteriores, con los que en su caso, pudieran encontrarse los socios.

Dado que tampoco existe ningún quórum legalmente previsto para la adopción de dichas decisiones, conviene igualmente atender a lo dispuesto por los estatutos por lo que respecta a las condiciones tanto de quórum, como de mayoría aplicables, ya que, por lo general varían de una SAS a otra.

Además, la adopción o la modificación de ciertas cláusulas estatutarias que afecten a la estabilidad del accionariado, son sometidas siempre por la Ley a la regla de la unanimidad (art. L 227-19 del Cod. de com.). Este es el caso por ejemplo, de las modificaciones estatutarias relativas a la intransmisibilidad de las acciones, el consentimiento de las cesiones de acciones, la exclusión de un accionista, la suspensión de los derechos de voto, o la exclusión de un socio⁵⁶².

⁵⁶² Véase art. 13 estatutos anexos.

No obstante, y teniendo en cuenta la necesaria protección de los socios, el legislador prevé con carácter general en el apartado 4º del art. L. 227-9, un sistema de sanción que entraña la nulidad de los actos adoptados por la sociedad. En este sentido dicho precepto dispone que “las decisiones adoptadas con violación de las disposiciones del presente artículo podrán ser anuladas a demanda de cualquier interesado”.

C) Los controles de dirección en la SAS.

El control de la dirección de la SAS se efectúa por los socios, que tienen la potestad, de acuerdo con la libertad que les confiere la Ley, de establecer en los estatutos un órgano de vigilancia de los dirigentes sociales. De los cuales deberá precisarse en los estatutos su composición, la duración de sus funciones, su misión y sus poderes.

No obstante, el Cod. de com. impone medidas de control por lo que se refiere a :

- los convenios entre la SAS y sus socios o dirigentes;
- la intervención de comisarios de cuentas;
- el procedimiento de alerta;
- la información de los asalariados;
- el informe de gestión.

Por lo que respecta a los convenios entre la sociedad y sus administradores, aquellos intervenidos directamente o por persona que medie entre la sociedad y su presidente, sus administradores, o de uno de sus socios que disponga de más del 5% de los derechos de voto, deben someterse al control de los socios.

La SAS estará sometida, además, al control de uno o dos comisarios de cuentas, cuando esté obligada a publicar cuentas consolidadas. Los comisarios son designados por una decisión colectiva de los socios (art L 227-9 del Cod. de com.). Las reglas aplicables a los comisarios de las SA se pueden transponer a la SAS (art. L 227-1.3º y L 820-1 Cod. de com.). Además las sanciones penales vinculadas a ciertas infracciones cometidas por los comisarios de cuentas son aplicables a los comisarios de la SAS (art. L 244-1.3º del Cod. de com.)⁵⁶³.

No obstante, dicha exigencia se suprime con la nueva Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008, que entró en vigor el pasado 1 de enero. Esta medida, junto con la supresión del capital, son las más interesantes a efectos prácticos, ya que favorecen aún más, el atractivo de ésta figura.

Como en las SA, cabe además la posibilidad de pedir el nombramiento de un experto de gestión (art. L 225-231 Cod. de com.). Los estatutos deben, además, precisar el órgano social mediante el cual los delegados del comité de empresa ejercen sus derechos de información. Este órgano puede ser el presidente de la SAS⁵⁶⁴.

3.- Acciones y accionistas de la Sociedad por acciones Simplificada.

El papel fundamental que juega el socio en la SAS sirve a la doctrina⁵⁶⁵ para explicar la importancia que los accionistas cobran en esta forma social, en relación con otros tipos de sociedades. No resulta extraño que así sea, si tenemos en cuenta que son los propios socios los que determinan el

⁵⁶³ Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 706 y 707.

⁵⁶⁴ Barthélémy, J.; *SAS et droit social*, JCP ed., 2000, pág. 1702.

⁵⁶⁵ En este sentido véase, Guyon, Y.; *La société...*, cit., pág. 119.

funcionamiento de la sociedad y los derechos y obligaciones que les son inherentes. Aunque algunos de ellos se reconocen con carácter general a cualquier partícipe en la vida de una sociedad mercantil, hay otros que se atribuyen exclusivamente a los socios de la SAS⁵⁶⁶.

A) Los derechos de los accionistas.

Si tenemos en cuenta la premisa de que son los propios socios los que con sus decisiones rigen la vida social, los derechos que les atribuyen los estatutos podrán agruparse en dos grupos: los derechos relativos a la intervención en la vida social, de una parte, y los derechos económicos o pecuniarios, de otra⁵⁶⁷.

a) Derechos de intervención en la vida social.

Si la SAS se caracteriza porque la voluntad de los socios fundadores cobra un papel esencial, de mayor importancia resulta, incluso, la participación de los accionistas en la vida social. Esta participación se traduce en una serie de derechos de diversa índole, de los cuales analizaremos por su particularidad en la SAS, el derecho de información de los socios; el derecho de participación en las decisiones colectivas; y el derecho a ejercer las acciones judiciales pertinentes.

⁵⁶⁶ Jeantin, M.; "Les asocies...", *cit.*, pág. 223; Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, *cit.*, págs. 86 y ss. y 102 y ss.; Périn, P.L.; *La société par actions...*, *cit.*, págs. 189 y ss.

⁵⁶⁷ En este sentido, Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*, pág. 1527; Azarian, H.; *La société par actions...*, *cit.*, págs. 93 a 103.

a') El derecho de información de los socios.

Uno de los derechos fundamentales, recogido ya en la Ley de 1966 de forma general para todos los accionistas de las diversas sociedades por acciones, es el derecho de información. A pesar de que no todas las disposiciones aplicables a la SA se pueden extrapolar a la SAS, sus socios se pueden beneficiar de una serie de facultades pensadas en origen de manera exclusiva para la SA clásica. De este modo los socios de una SAS pueden:

- pedir la revocación o la recusación de los comisarios de cuentas.
- Pueden solicitar la designación de un experto encargado de presentar un informe sobre una o varias operaciones de gestión.
- Pueden formular, dos veces al año, cuestiones por escrito al presidente.

Además, y por lo que respecta a una dimensión del derecho de información más general, puede pensarse, dada la libertad que caracteriza sus estatutos, en la posibilidad de que contengan cláusulas que determinen las modalidades de acceso a la información, la comunicación de documentos o las deliberaciones acontecidas en el transcurso de la vida social.

b') Derecho de voto.

El derecho de voto se reconoce en principio a toda acción, ello no obsta para que algunas de ellas, que presenten características especiales se vean privadas del mismo. Este derecho no se encuentra siempre sujeto a la propiedad de la acción, pensemos por ejemplo en el supuesto de usufructo que puede

constituirse sobre determinadas acciones. Del mismo modo, cada acción da derecho como mínimo a una voz y a un voto. En principio dicho derecho es indisponible y proporcional a la cantidad de capital que representan, aunque aquí también encontramos nuevamente excepciones. En este sentido a ciertas acciones se les puede reconocer un derecho de voto doble, como prima por ejemplo a la fidelidad de ciertos accionistas titulares de títulos nominativos por un plazo determinado. Además, este derecho de voto también puede verse limitado por los estatutos⁵⁶⁸.

c') Derecho de participación en las decisiones colectivas.

Junto al anterior, y si bien es cierto que los socios tienen reconocidos numerosos derechos a los que no haremos referencia, sin duda uno de los que cobra mayor importancia para la SAS, es el derecho de participación en las decisiones colectivas⁵⁶⁹. A este respecto, todos los accionistas tomarán, en la forma prevista en los estatutos, las decisiones correspondientes a la modificación del capital social⁵⁷⁰, así como la aprobación de cuentas anuales y beneficios, y la fusión, escisión, y transformación, que analizaremos con más detalle en el siguiente epígrafe.

⁵⁶⁸ Respecto a este derecho hay que hacer una precisión tras la entrada en vigor de la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto. Hasta la fecha y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 233 – 8 del Cod. de com. por extensión, como muchos otros artículos, al régimen de la SA, la SAS se sometía a la obligación de informar a los socios, a lo más tardar en un plazo de 15 días siguientes a la junta general ordinaria, del número total de derechos de voto existentes. Esta exigencia se suprime con la revisión llevada a cabo por la nueva Ley.

⁵⁶⁹ Determinado por la Ley de 24 de julio de 1966.

⁵⁷⁰ Véase al respecto epígrafe III 2 B) del presente capítulo, relativo a las decisiones colectivas.

Se respetarán, de igual forma, las mismas condiciones para la aprobación de convenios entre los dirigentes y la sociedad, así como para la adopción de cláusulas que modifiquen el estatuto de los accionistas⁵⁷¹, que serán adoptadas con el consentimiento unánime de los socios, algunas de las cuales serán analizadas seguidamente.

Las restantes decisiones que se tomen durante la vida de la sociedad, tendrán en cuenta las cláusulas previstas en los estatutos⁵⁷².

d') Derecho a ejercer las acciones judiciales pertinentes.

Este derecho se reconoce a todos los accionistas para la defensa de sus derechos individuales y contra actos realizados por los órganos de dirección de la sociedad. Es considerado un derecho personal, que podrá, no obstante, ser ejercido en nombre de la sociedad. Podrán de igual forma ejercitar dicha acción contra un tercero "si pueden probar que han sufrido un perjuicio diferente del

⁵⁷¹ No obstante, resulta curioso que se integren en este grupo, decisiones como la modificación de estatutos, que puede realizarse con el consentimiento del presidente o del comité de vigilancia en su caso, o en las condiciones de mayoría previstas libremente por los fundadores. De forma similar, el modo de consulta a los accionistas, no se prevé en un texto legal, sino que se deja al libre arbitrio de las disposiciones estatutarias. De igual modo, la forma y condiciones de reunión de los socios, las mayorías necesarias para la adopción de una u otra decisión, el sistema de ponderación de voto, la representación en las reuniones y el modo de convocatoria de las asambleas, son algunos de los aspectos que respetarán la voluntad de los accionistas expresada en los estatutos. Véase al respecto, Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*, pág. 1529.

⁵⁷² No obstante, la libertad concedida a los estatutos para organizar la participación de los accionistas en las decisiones colectivas encuentra ciertos límites en la Ley. Estas tienden a no privar a los socios de sus derechos fundamentales en su calidad de miembros de la sociedad.

que ha soportado la sociedad"⁵⁷³, aunque dicha prueba, en la mayor parte de los casos, resulta muy difícil de aportar, ya que el daño sufrido por el socio será indirecto y sólo la sociedad podrá obrar en justicia.

b) Los derechos económicos.

Estos derechos son similares a los que disfrutaban los accionistas de las SA. Con carácter general y de acuerdo con lo que establece artículo 1844.1 del C.C., los socios tendrán derecho a participar tanto en los dividendos, como en las pérdidas de la sociedad en función a la proporción de sus aportaciones, aquí no hay ninguna particularidad a remarcar, ya que nos encontramos ante un régimen general que también rige en nuestro Derecho societario. No obstante la diferencia la encontramos en que también por lo que respecta a los dividendos, los socios de la SAS tendrán derecho a los mismos, según la proporción fijada en los estatutos. Nuevamente encontramos en los estatutos la pieza clave para la determinación de esta cuestión. Pero, no sólo podrán beneficiarse de éste derecho, sino que también podrán beneficiarse del derecho de reembolso, en el caso de que abandonen la sociedad; y del derecho de suscripción preferente para la suscripción de acciones⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit*, pág. 1529, siguiendo lo indicado por Mercadal, B. y Janin, P.; *Memento pratique Francis Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2001, Francis Lefebvre, Paris, 2000, pág. 791.

⁵⁷⁴ No obstante, y a pesar de la gran libertad que los textos de 1994 y de 1999, concedieron a los socios fundadores, son constatables un elevado número de restricciones legales impuestas a los accionistas, por lo que respecta sobre todo a su participación en la sociedad y a la cesión de sus títulos.

Aunque como apuntábamos con anterioridad nuevamente en este punto vuelven a jugar un papel importante los estatutos, hay que tener en cuenta que ciertas parcelas resultan indisponibles incluso para ellos. En este sentido, y bajo los términos del art. 228-98 del Cod. de com., los socios no podrán en términos generales ni modificar las reglas de reparto de beneficios, ni amortizar su capital, a menos que estén autorizados por el contrato de emisión o en las condiciones previstas por el art. L 228-103. Tengamos en cuenta que de ser así, podríamos encontrarnos ante una cláusula leonina, que de ser estipulada por los estatutos, aunque no entrañaría su nulidad, si que se reputaría como no escrita.

Bajo esas mismas reservas podrán además crear acciones de preferencia, cuestión sin duda que ha resultado perjudicial para los estatutos dado que los ha privado de competencias de las que gozaban con anterioridad a la reforma introducida por la Orden de 2004. Tengamos en cuenta que con fecha anterior a dicha reforma, los estatutos de la SAS podían crear fundamentándose en lo dispuesto por el art. 228-11.1 del Cod. de com. las llamadas acciones de prioridad que reconocían beneficios pecuniarios particulares a determinados accionistas, eso sí las mismas debían ser sometidas a la decisión de la colectividad de los socios.

B) El control de las acciones como límite a la libertad de los socios.

Como ya apuntábamos en algún momento anterior de nuestra exposición, el capital social de la SAS se divide en acciones. Estos títulos que si bien en la SA y en la SCA, son libremente negociables, en esta forma social se

someten a ciertas limitaciones, cuya finalidad no es más que la de mantener la cohesión del capital social⁵⁷⁵.

Junto con la organización por los socios del funcionamiento de la sociedad, a la que aludíamos con anterioridad, la posibilidad de insertar ciertas cláusulas en los estatutos que favorezcan la estabilidad del capital social, es uno de los puntos esenciales del régimen de esta forma social. La doctrina, en general⁵⁷⁶, ve en estas cláusulas un reflejo del *intuitus personae*, al que nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de nuestra exposición⁵⁷⁷, característico de esta sociedad, a pesar de tratarse de una sociedad de capital y no de una sociedad personalista. El control de las acciones y de sus titulares se ejerce mediante la inserción en los estatutos de dos tipos de cláusulas: por una parte, las que regulan la participación en la sociedad, también conocidas como cláusulas de exclusión; y por otra, las que controlan la transmisión de los títulos de los accionistas⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ En este sentido, Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*, pág. 1530.

⁵⁷⁶ Véase al respecto, el estudio de Storck, M; "Les associés de la SAS, en Le nouveau régime de la SAS", Coloquio de 21 de enero de 2000, organizado por el Centre du Droit des affaires de l'Université Robert Schuman de Strasbourg. Publicado en "La nouvelle société par actions simplifiée (Loi du 12 juillet 1999) en Petites Affiches Le quotidien juridique, n^o especial de 15 de septiembre de 2000, pág. 44.

⁵⁷⁷ Recordemos que esta cuestión era apuntada en el primer capítulo del presente trabajo, concretamente en la pág. 38, aunque aquí a modo introductorio concluíamos que como es bien sabido, las sociedades por acciones no se constituyen *intuitus personae*, bien se cierto que en la SAS este rasgo se ve acentuado (en este mismo sentido véase pág. 11 del presente capítulo).

⁵⁷⁸ En este sentido véase, Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*, pág. 1530.

a) El control de la participación en la sociedad: las cláusulas de exclusión.

El art. 262-17 de la Ley de 24 de julio de 1966 deja total libertad a los estatutos para organizar las condiciones que obligan a un socio a ceder sus acciones. No obstante, y aunque los motivos de exclusión no han sido fijados ni por la Ley ni por la jurisprudencia, el hecho de que los socios fundadores gocen de autonomía suficiente para concretar la estructura de la sociedad, permite deducir que los estatutos preverán los motivos por los que se autorizará la exclusión de un socio, en el caso de que proceda. Tampoco ha sido previsto por la Ley el procedimiento de exclusión, por lo que su determinación corresponde a los estatutos. Y, de igual forma, se ha dejado a la voluntad de los fundadores la libertad de fijar el precio de cesión y solamente en el caso de que éstos no lo hagan, se confiará la labor de hacerlo a un experto.

b) La cesión de acciones.

Los art. 262-14 a 262-20 de la Ley de 1966, introducidos por la Ley de 3 de enero de 1994, prevén la existencia de ciertas disposiciones estatutarias⁵⁷⁹ en materia de transmisión de acciones⁵⁸⁰, que hasta la creación de este tipo de sociedad tenían la consideración de cláusulas extraestatutarias.

Las formalidades previstas por el texto legal, que no pueden ser adoptadas ni modificadas durante la vida de la sociedad, sin el consentimiento

⁵⁷⁹ Art. 10 estatutos anexos.

⁵⁸⁰ Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 105 y ss.

unánime de los accionistas son: la cláusula de intransmisibilidad de las acciones y las llamadas cláusulas de consentimiento de los socios para la cesión de las mismas⁵⁸¹.

a') La cláusula de intransmisibilidad.

El ya citado art. 262-14, establece que "los estatutos de la sociedad pueden prever la inalienabilidad de las acciones por un periodo no superior a diez años". La finalidad de esta disposición no es otra que la de mantener el capital social en poder de los mismos socios. La única condición que impone la norma es el límite de la duración de la inalienabilidad, pero las partes son libres para determinar las disposiciones que regularán la aplicación de la misma⁵⁸².

El accionista se verá afectado en la medida en que no sólo no podrá ceder sus acciones a título oneroso, sino que tampoco podrá afectarlas a un usufructo o gravarlas con prenda. Es más, si los accionistas no respetan dicha cláusula se verán expuestos a la aplicación de diversas sanciones que, además de comprometer su responsabilidad contractual, podrán llevar aparejada la exclusión de la sociedad. De modo que, junto a lo establecido por las disposiciones estatutarias, la Ley ha previsto concretamente en el art. 262-6 que "toda cesión realizada sin tener en cuenta esta prohibición estatutaria y las

⁵⁸¹ Estas últimas reciben en concreto el nombre de *clauses d'agrément*.

⁵⁸² De este modo, se podrá determinar el alcance de la prohibición a todas las acciones o solamente a una parte, a todos los accionistas o a un grupo de ellos, o solamente a las del presidente, o incluso a las de los nuevos accionistas, por un año, o por periodos más largos, siempre que no superen el plazo máximo establecido por la Ley.

disposiciones legales será nula, nulidad que solamente puede ser solicitada por la sociedad o por los otros accionistas”⁵⁸³.

b’) Las cláusulas de consentimiento de los socios para la cesión de las acciones.

En la SAS la voluntad de los socios cobra mayor interés que en otras formas societarias⁵⁸⁴ dada la importancia que adquiere el *intuitus personae*⁵⁸⁵, que permite a los socios fundadores aplicar esta limitación incluso a las cesiones dentro de la sociedad. Al igual que en el caso anterior, la Ley ha previsto la existencia de este tipo de cláusulas en la SAS⁵⁸⁶, aunque también aquí la voluntad de las partes sigue siendo primordial. No obstante, la Ley establece concretamente en el art. 262-15, que “los estatutos pueden someter toda cesión de acciones a un acuerdo previo de la sociedad”, lo que permitirá ejercer un control del reparto del capital de manera casi permanente⁵⁸⁷.

⁵⁸³ En este sentido véase, Salgado Salgado, M^a. B.; “La société par actions simplifiée...”, *cit.*, págs. 1532 y 1533.

⁵⁸⁴ Como por ejemplo en la clásica SA, en la que el consentimiento de los socios sólo suele exigirse en el caso de cesión de acciones a terceros.

⁵⁸⁵ Véase al respecto pág. 41 *in fine* del presente trabajo, y lo indicado por Mercadal, B. y Janin, P.; en *Memento pratique Francis Lefebvre, cit.*, pág. 794, en la que se afirma que “La SAS se caracteriza por un *intuitus personae* muy importante, de tal manera que podríamos considerar que los socios no deben abandonar la sociedad sin el acuerdo de los otros accionistas”.

⁵⁸⁶ Al respecto resultan de interés, el Informe ANSA del Comité juridique, Réunion du 1er mars 2006, n° 06-014, “SAS : clause d’agrément applicable a certaines actions –le regime des actions de preference est-il obligatoirement applicable ?”; así como, janvier-fevrier 1995, n° 2 750, “Tableau pratique clauses d’agrément et de preemption. Clause d’agrément”.

⁵⁸⁷ Salgado Salgado, M^a. B.; “La société par actions simplifiée...”, *cit.*, pág. 1533.

A este respecto, de igual forma, la libertad concedida a los estatutos es considerable, de modo que podrán determinar si el consentimiento es necesario solamente en caso de cesión a terceros o si, además, se impone incluso a la cesión entre accionistas. También corresponderá a los estatutos fijar las disposiciones relativas al órgano competente para adoptar dicho acuerdo⁵⁸⁸, así como el precio de cesión de las acciones⁵⁸⁹, las notificaciones, los plazos o la obligación de compra de las acciones por la propia sociedad⁵⁹⁰.

Cuando la cesión de acciones no respete estas cláusulas será sancionada como en el caso anterior y en las mismas condiciones, con la nulidad.

c') Otras cláusulas estatutarias.

Además de las diferentes cláusulas previstas por la Ley a las que nos hemos referido con anterioridad, para organizar el régimen de funcionamiento

⁵⁸⁸ Presidente u otro órgano de dirección en su caso, un tercero, o un grupo de accionistas.

⁵⁸⁹ Si los estatutos no prevén nada al respecto, el precio será fijado siguiendo las mismas indicaciones que para los casos de exclusión de un accionista, es decir por acuerdo entre las partes o siguiendo el art. 1843.4 del C.C.

⁵⁹⁰ La doctrina no es pacífica al respecto, y mientras un sector de la misma, abanderada por Périn, P.L. (*La société par actions...*, cit., pág. 205), considera que el silencio de los estatutos sobre la obligación de compra que pesa sobre la sociedad en caso de rechazo de la proposición de cesión hecha por un accionista, debe interpretarse como aplicación de esta obligación, ya que no se puede pedir al socio que "quede prisionero de su título" (*qu'il reste prisonnier de son titre*), otro sector de la misma propone una solución diferente afirmando que "es posible prever una cláusula de variabilidad del capital para evitar que la sociedad compre las acciones" (Storck, M.; "Les associés de la SAS, en Le nouveau régime de la SAS...", Coloquio de 21 de enero de 2000, cit., pág. 47).

de la SAS, y dado que la voluntad de los socios expresada en los estatutos rige completamente la vida de la misma, éstos pueden insertar otras disposiciones que ellos mismos acuerden, siempre que no contravengan el orden público.

De este modo es usual encontrar SAS en las que rigen cláusulas de derecho de adquisición preferente a favor de todos los accionistas o de parte de ellos; otras que organicen la salida de un socio o que puedan recoger la voluntad de los accionistas de no superar un cierto límite de acciones poseídas; las llamadas cláusulas de tope, que lo que intentan es mantener el equilibrio entre las participaciones y los socios de la SAS, prohibiendo la adquisición a partir de un determinado umbral; las llamadas cláusulas de retirada, que permite al socio retirarse de la sociedad cuando desee y, por último las llamadas cláusulas de salida conjunta, por medio de la cual, un socio mayoritario se obliga a permitir la adquisición por el cesionario de sus acciones, de los títulos detentados por uno o varios accionistas minoritarios.⁵⁹¹

Dado que dichas cláusulas no están previstas en el art. L 227-19 del Cod. de com., que establece que las cláusulas estatutarias previstas en los apartados 13, 14, 16 y 17 de dicho artículo sólo podrán ser adoptadas o modificadas por unanimidad de los socios, éstos podrán ser adoptadas o modificadas por otros baremos distintos al de la mayoría.

Del mismo modo, los socios también pueden prever cláusulas fuera del cuadro estatutario, no obstante, su inserción en los estatutos presenta la ventaja de permitir sancionar su violación con la nulidad. En este sentido hasta la

⁵⁹¹ En este sentido, Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*..., pág. 1534; Azarian, H.; *La société par actions...*, *cit.*, págs. 123 y 124.

aparición de una Sentencia relativamente reciente de la Cámara mixta de la Corte de casación de 26 de mayo de 2006, la violación de una cláusula de adquisición preferente no inscrita en los estatutos únicamente podía ser sancionada con una asignación de daños y perjuicios, salvo excepciones especiales en las que mediara el fraude o la mala fe entre cedente y cesionario. Esta Sentencia hizo cambiar las bases hasta entonces establecidas, permitiendo que la cesión efectuada con desprecio de un derecho de adquisición preferente pueda ser sancionada con la sustitución del beneficiario por el tercero adquirente.

4.- Modificaciones estructurales y extinción de la sociedad.

A lo largo de su existencia, la SAS puede verse inmersa en una serie de modificaciones respecto de su concepción inicial. Dichos cambios, de mayor o menor entidad, dependiendo de los casos, pueden ir desde la simple modificación estatutaria como el aumento, reducción o amortización del capital social, modificaciones éstas sujetas a grandes rasgos a las mismas disposiciones que la SA, hasta supuestos de modificación estructural de gran trascendencia que consideramos requieren de un análisis específico como, la disolución, la liquidación, la transformación, la fusión y la escisión⁵⁹².

Hay que tener en cuenta que la desaparición de una SAS puede producirse de dos formas diferentes:

- Por disolución. En cuyo caso será necesario liquidar su patrimonio, es decir proceder al pago de sus acreedores, y en su caso, repartir el remanente

⁵⁹² Jeantin, M. ; *Droit des sociétés...*, cit., págs. 371 y ss.

entre los socios. En este supuesto la personalidad jurídica de la sociedad desaparece.

- Por transformación. En este caso la forma jurídica de la sociedad, es abandonada en detrimento de otra forma social, pero la personalidad jurídica de la sociedad se mantiene.

No obstante, la sociedad también puede verse inmersa en un procedimiento de fusión que, como es bien sabido, es la operación por la cual dos sociedades al menos se reagrupan para formar una sola; o de escisión, operación inversa, por la cual una sociedad se divide en dos o más sociedades de nueva creación. Estas operaciones tampoco encuentran particularidades por lo que respecta a las SAS y les son de aplicación las disposiciones legales aplicables a las SA.

Dada la amplitud de la cuestión a tratar me limitaré a analizar de forma sucinta cada una de estas operaciones, de modo que nos permitan adquirir una visión global del panorama existente al respecto en el Derecho francés.

A) Transformación.

La SAS es libre de abandonar su forma jurídica para adaptar otra forma social. Esta transformación⁵⁹³ que se opera por una modificación de los estatutos, no entraña la creación de una nueva persona jurídica⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Véase al respecto Lefebvre, F.; *Société par actions simplifiée...*, cit., págs. 265 y ss.; Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 233 y ss.; Azarian, H.; *La société*

a) Condiciones de la transformación.

La SAS que desee transformarse deberá reunir el día de la transformación, todas las características de la nueva forma social. En la mayoría de los casos esta transformación implicará una profunda modificación de los estatutos.

- Capital social.

Dado que la SAS está dotada de un capital mínimo de 37.000 €, no tendrá que modificarlo⁵⁹⁵, más que en el caso de que pretenda transformarse en una SA que lleve a cabo llamamiento público al ahorro, en cuyo caso deberá alcanzar los 225.000 €. No obstante, el capital social de la SAS puede en determinados casos ser desembolsado a la mitad (18.500 €, en la hipótesis de una constitución), o en un determinado porcentaje (en el caso de aumento de capital), necesariamente superior a 37.000 €.

- La existencia de la SAS.

par actions..., cit., págs. 271 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 271 y ss.; Attar, F. y Tourneau, O.; *La société par actions...*, cit., pág. 97 y ss.

⁵⁹⁴ Véase al respecto lo analizado en este trabajo respecto a la transformación de otra forma social en SAS en el epígrafe III 1 del presente capítulo. Las reglas aplicables a este tipo de transformación son las mismas que las que se aplican a la transformación de una SAS en otra forma jurídica. Es más, la SAS transformada, puede optar por volver a su inicial forma jurídica.

⁵⁹⁵ El problema lo encontraríamos si se tratara de una transformación de otra forma jurídica en SAS, en cuyo caso el capital debería alcanzar los 37.000 €, a día de la decisión de transformación.

En el caso que nos ocupa no habrá lugar a la modificación dado que, el capital es superior al de la SARL, e igual al requerido por las SA simples.

A diferencia de una SA⁵⁹⁶, una SAS puede transformarse en una sociedad de otro tipo, aunque no tenga una antigüedad de dos años⁵⁹⁷.

Este régimen rige de igual forma por lo que respecta a la exigencia de la aprobación de los dos primeros balances. Dado que, el art. L 227-1 del Cod. de com. modificado por el art. 101 de la ley de NRE de 15 de mayo de 2001, suprimió dicha exigencia.

- Número de accionistas.

Antes de su transformación, la sociedad deberá aumentar el número de accionistas. De este modo, el capital de la SAS se repartirá entre:

- al menos siete accionistas, en caso de transformación en SA;
- al menos cuatro accionistas, o uno colectivo y tres comanditarios, en caso de transformación en SCA.

La SAS que esté compuesta por más de cien accionistas, supuesto poco probable, no podrá transformarse en SARL⁵⁹⁸. Además la SASU no podrá conservar su estatuto más que transformándose en EURL. En los supuestos restantes, la nueva forma social deberá acoger a los accionistas.

⁵⁹⁶ Respecto a la transformación de la SA véase, Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 685 a 687, y Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...*, cit., pág. 362 y ss.

⁵⁹⁷ Dado que no le son aplicables las disposiciones del art. L 225-243 del Cod. de com. De este modo, una SAS puede transformarse en SA pasados seis meses de su constitución. No ocurre lo mismo a la inversa, ya que para la transformación de SA en SAS, se requiere que la sociedad haya estado inscrita en el RCS, como mínimo 24 meses antes.

⁵⁹⁸ Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...*, cit., pág. 432 y 433.

b) Modalidades de transformación.

Las reglas generales aplicables a la transformación de una SA son aplicables íntegramente a la transformación de una SAS, con la reserva de que sean compatibles con las disposiciones particulares que la rijan. Las modalidades de transformación de una SAS en una sociedad de otro tipo se rigen por las mismas normas que las relativas a transformación de otra forma en SAS⁵⁹⁹.

Las mayorías requeridas para el acuerdo de la transformación, dependen del tipo de sociedad que vaya a ser adoptada. De este modo requerirá:

- el voto de la mayoría de tres cuartos de los accionistas, la transformación en SARL;
- el voto unánime, la transformación en SCA; y
- la mayoría estipulada en los estatutos de la SAS, la transformación en SA. En caso de silencio de los estatutos al respecto, será requerida la unanimidad.

c) Efectos de la transformación.

La decisión de transformación de la sociedad es directamente oponible frente a los socios. En cambio, la oponibilidad frente a terceros resultará de la

⁵⁹⁹ Decisión de transformación (consulta al comité de empresa y aprobación previa de los informes tanto del comisario de cuentas, como del comisario de la transformación); adopción de la decisión de transformación a través del voto; y publicidad de la misma.

publicidad que se efectuará según las mismas reglas que la modificación de estatutos.

Por lo que respecta a la sociedad, la pérdida de la forma de SAS puede obligar a los accionistas a modificar el modo de ejercicio de la dirección de la sociedad. De este modo, una SAS sin órgano colegial, dirigida por un presidente único, deberá en el caso de que se transforme en SA, adoptar un consejo de administración o un órgano director con consejo de vigilancia. En cambio, la transformación de la misma SAS en SARL no supondrá modificación en la dirección de la sociedad, ya que el presidente podrá seguir conservando la dirección única.

Por lo que respecta a los socios o accionistas, la transformación de una SAS en SA o SARL tiene el efecto de mantener la limitación de la responsabilidad de los accionistas al montante de sus suscripciones.

La situación de los acreedores será la misma, sólo podrán actuar contra la sociedad. No obstante, la transformación de la sociedad en una sociedad personalista situará a los acreedores en una posición privilegiada, en la medida en que podrán dirigirse contra los socios para el cobro íntegro o proporcional de su crédito.

Respecto a los asalariados, el art. L 122.2 del Código del trabajo, establece que los contratos laborales en curso no sufrirán ningún cambio. De este modo, los asalariados continuarán beneficiándose de los privilegios de los que gozasen por su pertenencia a la sociedad anterior (primas, comité de empresa...).

Hay que poner especial cuidado en el caso de que se haya producido una transformación en la que la sociedad adquiriera su antigua forma social, ya que una operación de este tipo podría ser calificada como de abuso de derecho, si se probara que su verdadera finalidad fuera la de eludir la carga fiscal.

B) Fusión y escisión.

a) Tipología de las operaciones de fusión y escisión.

a') La fusión.

Tanto dos SAS, como una SAS y una sociedad con otra forma jurídica, pueden fusionarse de acuerdo con las siguientes modalidades⁶⁰⁰:

- La fusión simple, que consiste en crear una nueva sociedad a partir de otras sociedades que desaparecen. La nueva sociedad puede constituirse sin más aportaciones que las sociedades que se fusionan. No obstante, este tipo de fusión, con respecto a la SAS, es poco utilizada en la práctica; y,

- La fusión por absorción, que consiste en transmitir el patrimonio de la sociedad absorbida, que desaparece, a la sociedad absorbente, que persiste con su existencia.

La SAS, al no poder hacer llamamiento público al ahorro, no puede absorber a una sociedad que lo haga, salvo si presenta previamente una oferta pública de retracto de adquisición de acciones cotizadas en bolsa⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Chadeaux, M.; *Les fusions de sociétés*, La Villeguerin Éditions, Paris, 1990, pág. 23.

b') La escisión.

La división de una SAS o de cualquier otra forma de sociedad puede dar paso a la creación de:

- varias SAS;
- de una SAS y de una sociedad con otra forma;
- de otras sociedades con formas distintas a la SAS.

La nueva sociedad se constituirá de acuerdo con las reglas propias de la forma social adoptada⁶⁰².

b) Régimen jurídico de la fusión y de la escisión.

a') Preparación.

El presidente de la SAS, el consejo de administración u órgano directivo y los gerentes de cada una de las sociedades que participen en la operación de fusión o de escisión, deben elaborar un proyecto sobre la misma⁶⁰³.

Dicho proyecto deberá contener obligatoriamente las siguientes indicaciones⁶⁰⁴: la forma, la denominación y el domicilio social de todas las

⁶⁰¹ Pichard, V.; *Fusionner une SAS, une operation à risqué?*, JCP E., 2001, pág. 21.

⁶⁰² Véase en este sentido, Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 209 y ss.

⁶⁰³ Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 287 y ss.

sociedades participantes; los motivos, objetivos y condiciones de la fusión o de la escisión; la designación y evaluación del activo y del pasivo; las modalidades de entrega de las participaciones o acciones que correspondan: la fecha a partir de la cual esas acciones o participaciones dan derecho a beneficios, y todas las particularidades relativas a ese derecho; la fecha en la cual las operaciones de la sociedad absorbida o escindida serán, desde el punto de vista contable, consideradas cumplidas por la o las sociedades beneficiarias de las aportaciones; la fecha en la cual se paralizarán las cuentas de las sociedades interesadas, utilizadas para establecer las condiciones de la operación; el informe de canje de derechos sociales; el montante previsto por la prima de fusión o de escisión; y, los derechos acordados para los socios con derechos especiales y para los portadores de títulos distintos de las acciones, y en su caso las particulares ventajas de las que disfruten.

Tanto el depósito del proyecto de fusión y de escisión como su publicidad, deberán tener lugar al menos un mes antes de la fecha de la primera asamblea acordada para fijar las condiciones de la operación.

Dicho proyecto que será objeto de anuncio en un diario oficial⁶⁰⁵, perteneciente a la circunscripción del domicilio social, para cada una de las sociedades que participen en la operación, contendrá las siguientes menciones: la razón o denominación social, seguida en su caso, de sus siglas, de su forma, de la dirección de su domicilio, del montante de su capital y de los números de inscripción en el RCS y en el INSEE de cada una de las sociedades que participen en la operación; la razón o denominación social, seguida en su caso de sus siglas, su forma, la dirección de su domicilio social y el montante del

⁶⁰⁴ Chadeaux, M.; *Les fusions...*, cit., pág. 40 y ss.; Routier, R.; *Les fusions de sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 1994, págs. 38 y ss, y 43.

⁶⁰⁵ Chadeaux, M.; *Les fusions...*, cit., pág. 45 y ss.

capital de las nuevas sociedades que resulten de la operación, o el monto del aumento de capital de las sociedades existentes; la evaluación del activo y del pasivo; el informe de canje de derechos sociales; el montante previsto por la prima de fusión o de escisión; y, la fecha del proyecto, y la del depósito del proyecto de fusión o de escisión en el registro del tribunal mercantil.

Puede llevarse a cabo una única publicación, si todas las sociedades tienen su domicilio social en la misma circunscripción.

b') Realización.

Las acciones de las sociedades que desaparecen tras la fusión o la escisión serán reemplazadas por títulos que representen una determinada cuota del capital de la sociedad absorbente. Con el fin de determinar que número de nuevas acciones serán adjudicadas a los accionistas de las sociedades que desaparecen, conviene evaluar el valor de éstas últimas, que se llevará a cabo a partir del valor de una acción. Una vez sea conocido el valor de la acción, será comparado con el precio de una de las acciones de la nueva sociedad absorbente⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ De este modo se obtiene una paridad para llevar a cabo el intercambio. De este modo, si por ejemplo, en la sociedad absorbida el valor de la acción es de 100 €, y en la absorbente es de 200 €, la paridad al cambio sería de 1 por 2. Es decir que dos acciones detentadas en la sociedad desaparecida darán derecho a la atribución de una acción de la nueva sociedad. Del mismo modo, el antiguo socio de una SARL que detentara 1.000 participaciones sociales, se convertirá en propietario de 500 acciones de la nueva SAS (éstas últimas tendrán no obstante el mismo valor que las 1.000 participaciones anteriores). El número de acciones a crear resulta, pues, de la multiplicación de este informe paritario, por el número de acciones de la nueva sociedad [por ejemplo la sociedad absorbente tendrá que crear 1.250 acciones, si el capital de la sociedad absorbida estaba dividido en 2.500 acciones ($2.500 \times \frac{1}{2}$).

Los accionistas de cada sociedad participante deberán reunirse en asamblea, en fechas que pueden no obstante ser diferentes, con el fin de aprobar la operación de reestructuración. Los accionistas de la SAS pueden simplemente ser consultados por correspondencia si los estatutos lo permiten.

Los socios no podrán proceder a la votación de la fusión o de la escisión si no se les han facilitado los siguientes documentos:

- dos informes del comisario de la transformación sobre las modalidades de la fusión o la escisión y sobre la evaluación de las aportaciones *en natura*;
- el proyecto de fusión o de escisión;
- el informe del presidente, o del consejo de administración, o del órgano directivo previsto en el art. L 236-9 del Cod. de com.;
- las cuentas anuales aprobadas por la asamblea general, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participen en la operación;
- un estado contable establecido según el mismo método y con la misma presentación que el último balance anual, cerrado en fecha anterior a tres meses de la fecha de dicho proyecto.

El proyecto de estatutos de la nueva sociedad será aprobado por asamblea general extraordinaria de cada una de las sociedades que desaparezcan. No cabe la aprobación de la operación por la asamblea general de la nueva sociedad. La decisión de fusión o de escisión decidida por la sociedad interesada, se tomará de acuerdo con las condiciones de *quórum* y mayorías requeridas para la modificación de estatutos.

La fusión o escisión despliegan sus efectos:

- Frente a las sociedades que son parte en la operación: en principio, a fecha de la última asamblea que haya aprobado la operación.
- Frente a terceros: a fecha de inscripción de la o las nuevas sociedades en el RCS.

c) Consecuencias de la fusión y de la escisión.

La fusión y la escisión entrañan la disolución sin liquidación de las sociedades que desaparecen y la transmisión universal de su patrimonio a las sociedades beneficiarias, en el estado en el que se encontrasen a fecha de la realización definitiva de la operación. De igual modo entraña de forma simultánea, la adquisición por los socios de las sociedades que desaparecen, de la condición de socios de las sociedades beneficiadas, en las condiciones que determine el contrato de fusión o de escisión. Las sociedades disueltas continuarán existiendo desde el punto de vista jurídico, hasta que no sean excluidas del RCS⁶⁰⁷.

Tal como apuntábamos anteriormente, en la fusión los accionistas se verán beneficiados con los títulos que resulten del intercambio paritario que será llevado a cabo según las condiciones fijadas en el proyecto de fusión.

Además, la desaparición de las sociedades fusionadas o absorbidas pone fin a las funciones desempeñadas por sus representantes legales y a sus

⁶⁰⁷ Véase al respecto, Merle P.; *Droit commercial...*, cit., págs. 837 y ss.; Chadefaux, M.; *Les fusions...*, cit., pág. 76 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 294 a 298.

delegaciones de poder. En cambio, los de las sociedades absorbentes permanecen en sus funciones.

En principio, la sociedad absorbente se convierte en deudora de las obligaciones de la sociedad absorbida. Todo obligado que no haya solicitado el reembolso en el plazo de tres meses a contar desde la publicidad de la operación, conserva su condición en la sociedad absorbente, de acuerdo con las condiciones fijadas en el contrato de fusión.

La fusión y la escisión en este caso tampoco entrañan ninguna modificación sustancial por lo que respecta a los contratos de trabajo de las personas asalariadas, y a los beneficios de que disfrutaban⁶⁰⁸. No obstante, los asalariados de sociedades salidas de un procedimiento de escisión se encontrarán en una situación más desfavorable que en materia de fusión, ya que el reparto de asalariados entre varias sociedades puede resultar inaplicable.

Las operaciones de fusión y de escisión están sometidas a una tarifa fija de registro de 230 € cuando se realicen entre sociedades sometidas al impuesto sobre sociedades. No obstante, con el fin de favorecer las relaciones interempresariales, la fusión y la escisión puede en ocasiones disfrutar de un régimen especial, que dada su complejidad no analizaremos por escaparse de nuestro objeto de análisis.

⁶⁰⁸ No obstante, en el caso de fusión dada la duplicidad de funciones, la nueva sociedad puede encontrarse con personas que desempeñen puestos y funciones similares, que podrían resultar innecesarias para cubrir las necesidades de la sociedad, lo que incrementa el riesgo de despidos. Por esta razón antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar al personal asalariado, deberá consultarse previamente al comité de empresa.

C) Disolución.

a) Causas legales.

Son aplicables a la SAS, tanto las causas de disolución comunes a todas las sociedades, como las aplicables a las sociedades mercantiles y en concreto a la SA⁶⁰⁹. De este modo y con carácter general, la SAS se puede disolver⁶¹⁰ de acuerdo con lo que establece el art. 1844.7 del C.C. :

- por la llegada del término por el cual se constituyó, a menos que los socios hayan decidido su prórroga;
- en caso de realización o de extinción de su objeto, aunque la duración prevista para la sociedad no haya expirado;
- en caso de anulación del contrato de sociedad;
- por decisión de los socios, que podrán intervenir en todo momento;
- por decisión de un tribunal siempre que medie justa causa;
- por sentencia que pronuncie la liquidación judicial u ordene la cesión total de los activos de la sociedad;
- por cualquier otra causa prevista por los estatutos.

No obstante, los art. 1844.7.6º y 1844.5 del C.C. no son aplicables a la SAS de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 227-4 del Cod. de com., ya que no será necesario regular la situación en caso de reunión de todas las acciones en

⁶⁰⁹ Véase al respecto, Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 687 y ss. Respecto a la disolución de las SRL véase, págs. 252 a 255 del mismo libro. Del mismo modo véanse, Cozian, M., Viandier, A., y Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, cit., págs. 208 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 235 y ss.; Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 102 y ss.

⁶¹⁰ Véase art. 19 modelo de estatutos anexo.

una sola mano. En este caso, el socio único se verá inmediatamente sometido al régimen de la SAS unipersonal, que pasaremos a analizar en el siguiente epígrafe.

Además, como toda sociedad, la SAS podrá ser disuelta si ha sido creada con el objeto de cometer un crimen o delito, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 131.39.1º del Código penal (C.P.), o si su patrimonio fuera objeto de una transmisión universal a otra sociedad, que se enmarcaría más en una fusión o en su caso escisión, que en la figura que nos ocupa.

Por lo que respecta a las causas de disolución propias de las sociedades mercantiles y de la SA, también aplicables a la SAS, como apuntábamos con anterioridad, ésta podrá ser disuelta también:

- Por la reducción del capital por debajo del mínimo legal, de acuerdo con lo que establece el art. L 224-2.2º del Cod. de com⁶¹¹; o,
- por la pérdida de la mitad del capital social.

b) Disposiciones convencionales.

a') Acción de disolución por justa causa.

El derecho que se ofrece a todo socio de solicitar la disolución por justa causa (art. 1844.7.5º del C.C.) es una prerrogativa de orden público⁶¹².

⁶¹¹ Recordemos, por debajo de 37.000 €.

⁶¹² A este respecto la *Cour de cassation* en sus sentencias de 23 de enero de 1950, Recueil Dalloz 1950, pág. 300; y de 12 de junio de 1961, Bull. civ., precisa que ninguna cláusula contenida en los estatutos podrá contravenir el ejercicio de dicho derecho. De este modo el juez

No obstante, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 227-16.1^º del Cod. de com., es posible prever que la disolución de la SAS pueda evitarse si los socios recompran las acciones del demandante en disolución.

Además, podrá insertarse en los estatutos una cláusula compromisoria que reenvíe a un árbitro la misión de decidir sobre la acción en disolución⁶¹³.

b') Decisión de disolución anticipada.

Los socios pueden decidir poner fin a la sociedad anticipadamente (art. 1844.7.4^º C.C.). No obstante, una decisión de este tipo debe ser tomada de forma colectiva por los socios. Teniendo en cuenta esta restricción, los estatutos pueden reservar a un órgano o a un socio la facultad de solicitar la disolución, prever un procedimiento de recompra de acciones del demandante, conceder a un socio el derecho de oponerse a la disolución, disponer condiciones de mayoría, etc...

puede acordar la disolución de una sociedad por la demanda de un socio, a pesar de la existencia de una cláusula en los estatutos: adoptando un procedimiento especial que conduzca a una disolución amistosa (de acuerdo con *Cass.* de 12 de junio de 1961 precitada); previendo que la demanda de disolución debe ser previamente llevada ante la asamblea general (*Cass.* 5 de diciembre de 1956, Bull. civ. III, n^º 327); o, precisando que las contestaciones que afecten al interés general colectivo no pueden dirigirse contra el dirigente más que en virtud de una deliberación de la asamblea general de socios (*Cass.* 23 de enero de 1950, precitada).

⁶¹³ En este sentido se pronuncia la *Cour de cassation* en *Cass.* 30 de enero de 1967, Bull. civ. III, n^º 52.

c') Cláusulas estatutarias.

No hay libertad absoluta al respecto. Es más, los estatutos no podrán contravenir el texto legal, de modo que no podrán establecer que alguna de las cláusulas que hemos analizado con anterioridad, no entrañe la disolución de la sociedad; ni lo dispuesto por el art. L 227-9.2º del Cod. de com., analizado en el apartado anterior. Además, y en aplicación del ya citado art. 1844.7.8º del C.C., los estatutos pueden prever los hechos que de acuerdo con su entender puedan suponer la disolución automática de la sociedad⁶¹⁴. Estos hechos pueden afectar:

- a la propia sociedad: resultados negativos durante varios ejercicios, pérdida de un mercado importante (como por ejemplo, el cliente principal);
- a uno de los socios: retirada de la SAS, modificación de su situación financiera, o en el caso de que el socio sea una persona jurídica, cese de las funciones de uno de sus dirigentes, que no sea por fusión, transformación, o cambio de control;
- a uno de sus dirigentes sociales;
- o, al entorno económico: supresión de un régimen fiscal o administrativo privilegiado, aumento o disminución del precio de un producto, etc...⁶¹⁵

⁶¹⁴ Véase en este sentido, Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, cit., págs. 145 a 147.

⁶¹⁵ Véase al respecto, Lefebvre, F.; *Société par actions...*, cit., págs. 247 y ss.

c) Efectos de la disolución.

La disolución produce efectos⁶¹⁶ en dos momentos diferentes:

- En el momento del voto de los socios: los efectos son inmediatos tanto para la propia sociedad, como para sus órganos directores.
- Al día de su publicación: la disolución es oponible a terceros.

La publicidad obedece a las reglas habituales de modificación de estatutos, que ya hemos analizado a lo largo del presente trabajo: publicación de la disolución en un diario oficial de anuncios del departamento⁶¹⁷ correspondiente, depósito del dossier en el CFE que lo transmitirá al registro del tribunal de comercio para su posterior inscripción en el RCS, y publicación en el BODACC⁶¹⁸.

La disolución produce además unos efectos diferentes según los sujetos, de este modo, a la sociedad disuelta le queda prohibido finalizar las operaciones que tuviera en curso, o emprender otras nuevas, sin autorización de los socios o judicial. Además los acreedores pueden actuar directamente contra la sociedad, ya no representada por su presidente, sino por un liquidador. Una sociedad disuelta puede en tanto no haya concluido la liquidación, ser absorbida por otra sociedad, o participar en la creación de una

⁶¹⁶ A este respecto véase, Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 249 y ss.

⁶¹⁷ Recordemos que el estado francés se divide en departamentos o regiones, de ahí ese término.

⁶¹⁸ Véase al respecto epígrafe II 3 B) del capítulo II relativo a las condiciones de forma del contrato de sociedad; y III 1 C) del presente capítulo relativo a las formalidades de publicidad requeridas en la constitución de una SAS.

nueva por vía de fusión. No obstante, dicha sociedad no podrá ser transformada en ningún otro tipo, cuando la disolución se haya acordado de pleno derecho⁶¹⁹. Sus cuentas bancarias serán canceladas, salvo prórroga por necesidades relativas a las operaciones de liquidación⁶²⁰.

Además, con la disolución de la sociedad se pone fin a los mandatos de su presidente y de sus órganos directivos. Éstos últimos no estarán más habilitados para representar válidamente a la sociedad, ya que esta función será trasladada al liquidador. Los socios de una sociedad disuelta no pueden decidir ni siquiera por unanimidad, que no haya lugar a la designación de un liquidador, ya que en su ausencia, la sociedad no tendrá representación válida. A pesar de que la Ley dispone que la disolución de una SA, no pone fin a las funciones del consejo de vigilancia, a este respecto no se prevé nada similar para el caso de la SAS. Por lo tanto podremos considerar que las funciones de los miembros de los órganos de control llegarán a su fin el día de la disolución.

En la hipótesis de que sobrevenga una causa de disolución de pleno derecho y la sociedad continúe con su actividad, los socios serán asimilados a socios de hecho⁶²¹, es decir que las nuevas deudas que pudiera contraer la sociedad correrán a su cargo. No obstante, los socios siguen conservando su derecho a ceder sus acciones.

⁶¹⁹ Es decir por el transcurso del plazo por el que se constituyó, sin mediar prórroga; por la realización o extinción del objeto social; o por ausencia de justificación de un título de disfrute de domicilio social.

⁶²⁰ En este sentido véase lo dispuesto al respecto por la *Cour de cassation* en *Cass.* 16 de noviembre de 1994, Bull. Civ. IV, nº 340.

⁶²¹ En este sentido se pronuncia la *Cour de cassation* en *Cass.* De 22 de enero de 1969, Bull. Civ. IV, nº 25.

La disolución no pone fin a los contratos de trabajo de los asalariados, o a los mandatos de los representantes del personal. No obstante, cuando se dé por finalizada definitivamente la actividad, el liquidador deberá despedirlos, salvo que dichos contratos sean retomados en el marco de una fusión. Como también ocurre en la transformación, que veremos con posterioridad, el comité de empresa deberá ser previamente consultado sobre el proyecto de disolución, en la medida en que entraña una modificación en la situación jurídica del empleador.

Los acreedores tiene el derecho de actuar contra la sociedad, representada por su liquidador. Podrán optar por solicitar el pago de sus créditos, o señalar a la sociedad deudora cuando esté en suspensión de pagos⁶²².

La disolución de la sociedad pone fin a los contratos en curso, exceptuando los inmuebles utilizados para la actividad social. Los mandatos y delegaciones de poder consentidas a terceros, por mandato expreso o *ad litem*, caducan.

Excepcionalmente, la disolución puede no poner fin a las funciones de comisario de cuentas titulares o suplentes.

El proceso verbal que constate la disolución de una sociedad debe registrarse en el plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la disolución.

La disolución anticipada no permite a la sociedad eludir el pago del impuesto sobre sociedades.

⁶²² Cass. 11 de junio de 1985, Bull. civ. IV, n° 189.

D) Liquidación.

La liquidación de la SAS, que es consecuencia ineludible de su disolución⁶²³, se encuentra regulada en los arts. L 237-1 y ss. del Cod. de com. Esta tiene por objeto la realización del activo, y el pago a los acreedores sociales, en vistas de proceder al reparto entre los socios del activo sobrante.

Los estatutos de la SAS no pueden eludir esta consecuencia de la disolución y prever, por ejemplo, que la misma se opere sin liquidación, transfiriendo la totalidad del patrimonio social a un socio en concreto, o repartido entre los socios. Una cláusula de este tipo sería contraria al art. L 237-2.1º del Cod. de com., dado que el mismo establece que la sociedad se encuentra en liquidación desde el momento de su disolución, y por tanto las disposiciones al respecto son imperativas.

a) Generalidades.

Tal como apuntábamos anteriormente, la liquidación supone por un lado la venta de los activos para cubrir los créditos sociales, y por otro lado, liquidar las deudas contraídas con los acreedores.

El saldo positivo se convierte en un beneficio de la liquidación, que los socios se repartirán conforme a lo dispuesto por los estatutos. El saldo negativo

⁶²³ Véase art. 19 estatutos del anexo.

supondrá un perjuicio, que obligará al liquidador a solicitar la apertura de un procedimiento de liquidación judicial⁶²⁴.

b) Publicidad.

La publicidad de la liquidación se opera al mismo tiempo que la publicidad de la disolución⁶²⁵. El liquidador procederá a la publicidad de su designación en el RCS. Cualquier tercero podrá conocer mediante la consulta de un extracto *K bis*⁶²⁶ que la sociedad está en liquidación. Además para que los terceros obtengan una mejor información, la mención "sociedad en liquidación", junto con los nombres del o de los liquidadores deberán figurar en todos los actos y documentos destinados a terceros, en especial en las cartas, facturas, anuncios y publicaciones de diversa índole.

c) El liquidador.

Como hemos señalado con anterioridad, el liquidador, que está investido de los más amplios poderes, representa a la sociedad. Las restricciones a sus poderes, resultantes de los estatutos o del acto de

⁶²⁴ Véase, Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 225 y ss.

⁶²⁵ Véanse al respecto las consideraciones llevadas a cabo respecto de la publicidad de la disolución en el epígrafe II 4, del capítulo I del presente trabajo.

⁶²⁶ Aunque ya lo analizamos en el epígrafe II 3 B) *in fine* del capítulo II del presente trabajo, recordemos que el extracto *K bis* es como el documento de identidad de las sociedades. Es el único documento oficial y legal que prueba la existencia jurídica de una sociedad comercial. Los datos mencionados en el *K bis* informan sobre la actividad de la sociedad y la actividad de sus dirigentes, administradores y comisarios de cuentas.

designación, no son oponibles a terceros. Está habilitado para pagar a los acreedores y para repartir el beneficio resultante, en su caso.

Los liquidadores son designados en principio, por decisión de los socios, aunque también pueden ser nombrados por decisión judicial, por un plazo que no podrá exceder de tres años, salvo prórroga acordada judicialmente. No obstante, y tal como apuntábamos en el apartado anterior, ellos mismos procederán a la publicación de su nombramiento. Salvo disposición contraria, si se designan varios liquidadores, podrán ejercer sus funciones separadamente, aunque el informe que presenten deberá ser común.

Dado que la disolución resulta del término establecido en los estatutos, o de una decisión de los socios, el liquidador será nombrado por los socios por unanimidad, salvo cláusula contraria de los estatutos.

Cualquier persona podrá ser designada para desempeñar dicha función, de hecho frecuentemente los antiguos administradores suelen asumirla. De igual modo una persona jurídica también podrá desempeñarla. En cambio, no podrán ser nombrados liquidadores las personas a las cuales les haya sido prohibido desempeñar la función de director general, administrador, gerente, o miembro del consejo de vigilancia.

Antes de aceptar su nombramiento, el futuro liquidador deberá estar seguro de que su intención no sea la de adquirir uno de los activos de la sociedad, ya que una compra de este tipo no le está permitida, ni a él, ni a su conyuge, a sus ascendientes o descendientes.

Si los socios no han logrado nombrar un liquidador, éste será designado por orden del presidente de un tribunal mercantil instituido bajo requerimiento.

Cualquier interesado podrá formular oposición a dicha disposición en el plazo de quince días desde la fecha de su publicación. Esta oposición se trasladará al tribunal mercantil que podrá designar otro liquidador.

La remuneración del liquidador será fijada en principio por decisión de quien lo nombre; no obstante, si no fuese así, el liquidador tras finalizar su misión, presentará al presidente del tribunal un requerimiento con miras de obtener la fijación de la misma.

d) Desarrollo de las operaciones de liquidación.

Las operaciones de liquidación se desarrollan conforme a los estatutos o a un convenio expreso concluido entre todos los socios. En su defecto, se desarrollan según las reglas fijadas por el Cod. de com. No obstante, a falta de disposiciones estatutarias contrarias, la aplicación de las reglas legales puede ser solicitada por:

- un número de socios que represente al menos el 10 % del capital;
- los acreedores sociales.

El primer acto a realizar por el liquidador tras el cumplimiento de las formalidades relativas a la publicidad, que analizábamos con anterioridad, es un inventario del activo y del pasivo. En los seis meses siguientes convocará a los socios, para darles a conocer la situación activa y pasiva de la sociedad. En su defecto, los socios serán convocados por el órgano de control, si es que existiese o por un mandatario designado judicialmente a instancia de cualquier interesado.

e) Reparto del saldo resultante de la liquidación.

El saldo resultante se reparte de acuerdo con lo establecido por las disposiciones estatutarias. En su defecto, se efectuará según la participación de los socios en los beneficios⁶²⁷.

Las sumas afectas a reparto entre socios y acreedores se depositan en el plazo de quince días a contar desde la decisión de reparto, en una cuenta corriente abierta en un banco o cualquier otro establecimiento de crédito a nombre de la sociedad en liquidación. Estas sumas podrán ser retiradas con la firma de un solo liquidador y bajo su responsabilidad.

f) Finalización de la liquidación.

La finalización o clausura de la liquidación debe ser publicada por el liquidador en el mismo diario oficial de anuncios, en el que apareció su nombramiento. Este anuncio deberá contener las siguientes menciones: la denominación social, seguida en su caso de sus siglas; la forma de la sociedad, seguida de la mención "en liquidación"; el montante del capital social; la dirección del domicilio social; los números de inscripción de la sociedad en el RCS y en el INSEE; el nombre, apellido y domicilio de los liquidadores; la fecha y el lugar de reunión de la asamblea de clausura si las cuentas de los liquidadores han sido aprobadas en ella o, en su defecto, la fecha de la decisión judicial que aprobara las cuentas de la liquidación; y, la indicación del registro del tribunal mercantil donde están depositadas las cuentas de los liquidadores.

⁶²⁷ Art. 19 *in fine* de los estatutos anexos.

g) Exclusión del Registro mercantil y de sociedades.

Una vez efectuada la publicación de la clausura de la sociedad, el liquidador procede en el plazo de un mes a la exclusión de la sociedad del RCS.

Esta formalidad es importante dado que marca el punto de partida de las prescripciones relativas a las acciones de acreedores impagados.

h) Efectos de la liquidación.

La sociedad deja de existir legalmente desde su cancelación del RCS, aunque su personalidad jurídica subsiste hasta la extinción de las deudas y de los créditos sociales. El crédito que recaiga sobre una sociedad prescribe a los diez años, de acuerdo con lo dispuesto por el art. L 110-4 del Cod. de com.

Los representantes legales desde el día en que se produzca la disolución de la sociedad, no tendrán la facultad de representar a la misma. De igual forma, no podrán actuar en nombre y por cuenta de la sociedad, por lo que respecta a las operaciones de liquidación, o tras su clausura.

Tras la clausura de la liquidación, los socios se reparten en su caso los activos del patrimonio restantes, y los acreedores impagados al término de las operaciones de liquidación no podrán en principio recuperar sus créditos con la sociedad. No obstante si el acreedor se manifestase tras la clausura de la liquidación, y tras el reparto de beneficios, bien porque su deuda hubiese sido olvidada, o bien porque se hubiese revelado con posterioridad, podrá apelar a la responsabilidad de todos los socios de forma colectiva, a sus cónyuges

supervivientes, o herederos, para obtener el pago de su crédito. Esta acción prescribirá a los cinco años de la publicación de la liquidación en el RCS.

Los asalariados de la sociedad liquidada son despedidos por el liquidador. En algunos casos tendrán derecho a obtener una indemnización del seguro de garantía de los asalariados (AGS; *Assurance de garantie des salariés*).

El mandato del liquidador finalizará con el voto de los socios o la decisión judicial que ejecute la clausura de la liquidación. Desde ese momento el liquidador no podrá actuar más en nombre de la sociedad. No obstante, tanto los terceros, como la sociedad y los socios pueden reclamar su responsabilidad civil o penal.

Además, a este respecto se aplican de igual forma, las reglas aplicables a la disolución anteriormente analizadas. No obstante, la administración percibirá un porcentaje de la cantidad relativa al reparto del activo social.

III.- FORMAS PARTICULARES DE SOCIEDAD ANÓNIMA SIMPLIFICADA.

1.- La sociedad anónima simplificada unipersonal (SASU).

La figura de la SASU se introduce en el ordenamiento jurídico francés a partir de la Ley de 12 de julio de 1999. No obstante, y a pesar de que no resulta una novedad absoluta en Francia, pues ya se reconocía la existencia de dos tipos de sociedades unipersonales, una mercantil, la EURL, y otra civil, la SEL (sociedad de ejercicio liberal), la SASU puede considerarse como una verdadera

revolución para el Derecho francés, ya que es la primera vez que se admite la creación de una sociedad unipersonal en la que el capital social está dividido en acciones⁶²⁸.

Dicha figura también se ha visto salpicada por los beneficios que la nueva Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008 ha venido a introducir, al simplificar notablemente las formalidades requeridas para su publicidad y por extensión con la SAS la supresión de su capital mínimo requerido.

A) Características esenciales.

La SASU no es, no obstante, una forma particular de sociedad, sino una variación de la SAS con un único socio, que puede ser tanto una persona física como jurídica. Salvo disposición contraria al respecto, las normas jurídicas, sociales y fiscales aplicables a la SAS son también aplicables por analogía a la SASU. El legislador, en aras de simplificación, descarta la aplicación de los arts. L 267-13 a L 267-19 del Cod. de com. cuando la SAS sea unipersonal. Esta inaplicación se debe a que algunas de estas disposiciones autorizan una serie de restricciones estatutarias que no tienen utilidad más que en presencia de una pluralidad de socios.

La constitución de una SASU resulta de interés por lo que respecta a los grupos de sociedades, dado que se podrán crear de este modo filiales al 100 %, evitando los formalismos y exigencias de las SA. Además la SASU puede resultar, de igual modo, más ventajosa para emprendedores individuales, que

⁶²⁸ Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 709.

la EURL. Esta forma social ofrece una gran libertad estatutaria de organización y los derechos de registro son más flexibles para las cesiones de acciones que para las de participaciones sociales, lo que facilita la transmisión de la empresa.

No obstante, la SASU puede presentar ciertos inconvenientes. Por ejemplo en relación con el capital social mínimo exigido, que sería como en la SAS de 37.000 €, mientras que en la EURL no existen exigencias de este tipo. No obstante, este inconveniente se ve saldado con la Ley de modernización de la economía que suprime dicho capital. Además, la responsabilidad del socio único es solo teórica, ya que generalmente se exigirán garantías personales. Por lo que respecta a la disolución de la SASU, la totalidad de las deudas sociales correrán a cargo del socio único, salvo que, de acuerdo con la novedad introducida por la nueva ley de regulaciones económicas, se trate de una persona física. Es más, como en cualquier SAS, la designación de un comisario de cuentas es obligatoria⁶²⁹.

B) Particularidades relativas a su funcionamiento.

El socio único ejerce todos los poderes inherentes a la colectividad de la SAS. Debe por lo tanto pronunciarse de forma unilateral para designar el presidente de la sociedad, aprobar las cuentas y nombrar al comisario, aumentar el capital social...Además, el socio único no podrá delegar sus poderes, deberá tomar personalmente sus decisiones que se irán archivando en un registro. Todos los años el presidente de la SASU, sea o no socio único, deberá cerrar un informe de gestión, de cuentas anuales y en su caso, de cuentas consolidadas, so pena de sanción penal.

⁶²⁹ Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...cit.*, pág. 402 y 403..

Además en un intento de simplificación, el legislador ha dejado a la SASU fuera del juego de los arts. L 227-13 a L 227-19 del Cod de com. que autorizan, entre otras, ciertas restricciones estatutarias como la cláusula de inalienabilidad de las acciones, la cláusula de consentimiento, y la de exclusión que analizábamos con anterioridad⁶³⁰, que solo cobran interés si la sociedad reúne una pluralidad de socios.

C) Disolución de la SASU.

La sociedad se disuelve por:

- la expiración del término;
- la anulación del contrato de sociedad;
- la disolución anticipada decidida por el socio único;
- el efecto de un juicio ordenando la liquidación judicial o la cesión total de los activos de la sociedad;
- por cualquier otra causa prevista en los estatutos.

Tras la Ley de nuevas regulaciones económicas de 15 de mayo de 2001, conviene distinguir al respecto según el socio único sea una persona física o una persona jurídica. En el primer caso, la SAS disuelta debe ser liquidada en las condiciones de derecho común⁶³¹. Si se trata de una persona jurídica, no habrá lugar a la liquidación.

⁶³⁰ Concretamente en el epígrafe II 3 B) del presente capítulo.

⁶³¹ Véase al respecto lo analizado respecto a la disolución de la SAS en el epígrafe anterior.

La disolución de la SASU se caracteriza por no estar seguida de liquidación. La disolución entraña la transmisión universal del patrimonio de la sociedad al socio único, que se convierte en el titular de los derechos y obligaciones de la sociedad.

Para proteger los derechos de los acreedores de la sociedad, el legislador les concede el derecho de oponerse a la disolución en el plazo de treinta días a contar desde la publicación de la misma. La oposición se presentará ante el tribunal mercantil del lugar del domicilio social. Este procedimiento se prevé para los acreedores que tienen un crédito con la sociedad, nacido antes de la decisión de disolución.

Además el socio único deberá solicitar la exclusión de la inscripción en el plazo de un mes a partir de la realización de la transferencia del patrimonio⁶³².

2.- La sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada (SELAS).

A) Aproximación a la figura.

Recordemos que la sociedad de ejercicio liberal (SEL) surgió de una Ley, la nº 90-1258 de 31 de diciembre de 1990, "relativa al ejercicio bajo forma societaria de profesiones liberales sometidos a un estatuto legislativo o reglamentario cuyo título está protegido". De entre todas las soluciones posibles, se trataba de ofrecer a los profesionales liberales un nuevo instrumento jurídico, que les permitiese luchar eficazmente contra la

⁶³² Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 241 y ss.

competencia. Las SEL fueron creadas para permitir a los miembros de profesiones liberales ejercer su actividad bajo la forma de sociedades de capital. No obstante, esta sociedad puede adoptar distintas formas:

- SELARL: sociedad de ejercicio liberal de responsabilidad limitada;
- SELAFA: sociedad de ejercicio liberal con forma de anónima;
- SELCA: sociedad de ejercicio liberal comanditaria por acciones; y,
- SELAS: sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada, que es la que nos interesa por lo que respecta a nuestro estudio.

En el marco de la Ley NRE, el art. 130 extendió el ámbito de la SEL a la SAS, modificando los arts. 1, 2, 6, 8, 10, 12 y 19 de la Ley de 31 de diciembre. El objetivo de esta reforma era el de ofrecer a los profesionales una mayor libertad en la redacción de los estatutos, a la par que la búsqueda de simplificación de la SEL en relación con las estructuras clásicas⁶³³.

Como en la SAS, la SELAS puede reunir varios socios o constituirse con uno sólo. A pesar de que su funcionamiento se rige en buena medida siguiendo el de la SEL⁶³⁴ y la SAS en general, su régimen tiene, no obstante, ciertas particularidades propias, de entre las cuales cabe resaltar el hecho de que su presidente y sus otros dirigentes serán elegidos de entre sus socios, quienes deben ejercer obligatoriamente su profesión en el seno de la sociedad.

⁶³³ Esta figura también se ha beneficiado de las reformas introducidas por la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008. No obstante, las ventajas introducidas son más bien simples ajustes o precisiones que verdaderas modificaciones sustanciales. En este sentido la nueva Ley ha aumentado esa facultad de mayoría de capital y de derechos de voto que detentaban los profesionales en ejercicio en el seno de la sociedad.

⁶³⁴ Véase al respecto, Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...cit.*, pág. 521 a 528.

Por ello, centraremos nuestro análisis en las peculiaridades propias de esta forma social, remitiéndonos a lo expuesto respecto a la SAS en aquéllos aspectos no contemplados expresamente⁶³⁵.

B) Adquisición de personalidad jurídica.

Es importante detenerse en este punto, dado que su procedimiento de inscripción, aunque se rige en buena medida por lo dispuesto para la SAS, presenta ciertas peculiaridades. La sociedad sólo podrá ejercer la profesión o profesiones que constituyen su objeto social, cuando haya mostrado su compromiso ante las autoridades competentes, o se haya inscrito en la lista o tablón del sector profesional competente. En este sentido, los futuros socios suelen remitir, generalmente, un ejemplar de los estatutos, junto con las precisiones relativas al domicilio de la sociedad, así como el justificante de su inscripción en el sector profesional al que aspiren a pertenecer. No obstante, no debemos olvidar que, rigiendo el principio de libertad contractual, la misión del colegio profesional competente será únicamente la de velar por el cumplimiento de las normas deontológicas de la profesión, sin entrar a cuestionar la regularidad jurídica de los estatutos⁶³⁶.

⁶³⁵ Por ejemplo por lo que respecta entre otros, a su capital social, a las decisiones colectivas de sus socios, a la cesión de acciones, al control de dirección, a su régimen fiscal y a los aspectos relativos a la disolución y liquidación de la misma.

⁶³⁶ En este sentido, Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 249 y ss.

C) Denominación y domicilio de la sociedad.

Como en el caso de la SAS, la denominación de la SELAS tendrá que ir seguida de la mención de sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada, o las siglas SELAS. Los actos y documentos relativos a la sociedad y dirigidos a terceros, tales como facturas, cartas, anuncios y publicaciones, deberán indicar necesariamente la denominación social precedida o seguida de la profesión de sus socios.

Por lo que respecta al domicilio, no cabe destacar ninguna particularidad específica. No obstante, en determinadas ocasiones, las reglas específicas de cada profesión pueden limitar la apertura de establecimientos secundarios⁶³⁷.

D) Presidencia de la SELAS.

El artículo 12 de la ley de 31 de diciembre de 1990 exige que el presidente de la SELAS sea un socio que ejerza su profesión en el seno de la sociedad. Los socios no pueden, por tanto, delegar la presidencia en un tercero, y no cabe la presidencia conjunta. No obstante, determinadas profesiones exigen condiciones particulares por lo que respecta al ejercicio de su presidencia. También varían de una profesión a otra las diversas sanciones o faltas disciplinarias aplicables⁶³⁸.

⁶³⁷ Este es el caso por ejemplo de los médicos.

⁶³⁸ Por ejemplo, en el caso de un abogado el olvido de una fecha puede constituir una falta profesional grave. También podemos en este sentido hablar del secreto profesional, presente tanto en esta profesión como en otras.

E) La SELAS como soporte de la sociedad de participaciones financieras de profesión liberal (SPFPL).

La Ley de medidas urgentes de reformas con carácter económico y financiero (MURCEF) nº 2001-1168 de 11 de diciembre, aparte de la instauración de la sociedad de participaciones financieras de profesión liberal, hizo posible la constitución de grupos de sociedades y la concentración de profesiones liberales, al menos a nivel nacional.

El objeto de la SPFPL es el de detentar participaciones de capital en las SARL, en las SA, las SAS y las SCA de ejercicio liberal regidas por la Ley nº 90-1258 de 31 de diciembre de 1990.

Aunque el reconocimiento de esta figura puede resultar desde el punto de vista de nuestro Derecho novedoso y sin duda de gran interés, por lo que respecta a la materia que venimos analizando únicamente resulta interesante traerla a colación, por el hecho de que la Ley autorice expresamente la constitución de la SPFPL bajo la forma de SAS. La SAS deberá respetar las reglas de creación, de funcionamiento, de gestión, de transformación, de disolución y de liquidación inherentes a este tipo de sociedad, además de las reglas profesionales y deontológicas aplicables a la profesión que sus accionistas ejercen.

TERCERA PARTE

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

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS PRELIMINAR DE LOS CAUCES DE APLICACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL.

I.- INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES.

Una vez analizadas las peculiaridades básicas del ordenamiento francés, y especialmente el régimen jurídico propio de la SAS francesa, nuestro objetivo se centra en encontrar posibles cauces de aplicación de las principales ventajas que dicha figura ofrece a nuestro ordenamiento. Para ello y como premisa, es importante analizar no sólo las posibles vías o alternativas de introducción, sino también plantear a nuestro juicio, la forma más adecuada de adaptación a la práctica societaria española, habida cuenta de la existencia del *numerus clausus* de formas mercantiles que rige en nuestro ordenamiento⁶³⁹.

⁶³⁹ En este sentido, Fernández de la Gándara, L.; *La atipicidad en Derecho...*, cit., pág.

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 actualmente nuestra legislación en materia societaria, a efectos de la finalidad pretendida por nuestro estudio. El análisis de dicha cuestión, nos permitirá *a priori* no sólo formular un panorama de conjunto de la realidad existente en nuestra práctica societaria sino también identificar e intentar afrontar las efectivas trabas que encontremos. Estas deficiencias pueden resumirse tanto en un exceso de regulación, como en una tendencia a la imperatividad, a la rigidez y al formalismo de sus normas, que unidas a la efectiva práctica notarial y registral, hacen mermar el juego efectivo de la autonomía de la voluntad que tanto nos interesa a los efectos del presente estudio. Estas dos particularidades unidas al progresivo 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 en el primer capítulo del presente trabajo 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 nuestro 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 con anterioridad, sin duda una de las principales trabas a las que históricamente se viene enfrentando no

sólo nuestro Derecho societario sino en general todo el ordenamiento español, es el exceso de regulación y su falta de homogeneidad⁶⁴⁰, que unida a las numerosas reformas⁶⁴¹, 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 luz⁶⁴². 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”⁶⁴³, cuyas capas condicionan la configuración de una concreta sociedad mercantil. En este sentido entran en juego no sólo las diversas normas aplicables al caso concreto, sino la época de referencia que tomemos como base a la hora de abordar nuestro estudio, que sin duda supondrán un efectivo condicionante del marco de desarrollo de la autonomía de la voluntad en materia societaria y consecuentemente, y de acuerdo con lo que demuestra la práctica societaria, el mayor o menor éxito alcanzado por una determinada figura. Buena prueba de ello la encontramos en nuestra Ley de sociedades

⁶⁴⁰ 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 Villaverde, 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.

⁶⁴¹ 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.

⁶⁴² 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.

⁶⁴³ En este sentido, Embid Irujo, J.M.; “Autonomía de la voluntad...”, *cit.*, pág. 1633. 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.

anónimas de 1951 y posterior Ley de 1989, tal como apuntábamos en el capítulo I de nuestro trabajo⁶⁴⁴. 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 ésta endurece sus exigencias para reservarse a empresas de gran envergadura, como resultó tras la Ley de 1989, la limitada se expande, convirtiéndose en una figura mucho más atractiva, sin perder no obstante a pesar de ser concebida en términos generales como una figura mucho más flexible, ese halo de rigidez, sin duda heredado del excesivo paralelismo o remisión al régimen de la anónima⁶⁴⁵.

De un tiempo a esta parte, venimos constatando una demanda mucho mayor del juego de la autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico⁶⁴⁶, que unida a una clara tendencia desreguladora generalizada, no hace más que corroborar la necesaria adecuación del Derecho societario a las exigencias que demanda la práctica societaria, en ocasiones muy alejada de la legalidad. Esta tendencia que se ha plasmado en muchas de las iniciativas adoptadas por nuestros países vecinos, sigue contando en nuestro ordenamiento con ciertas reticencias, debidas no sólo a las rigideces a las que aludíamos anteriormente, sino también, como apuntábamos de igual modo con anterioridad, a las dificultades añadidas por los notarios o registradores a la hora de inscribir.

⁶⁴⁴ Véase al respecto epígrafe IV 2 *in fine* del capítulo I.

⁶⁴⁵ 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.

⁶⁴⁶ 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.

Por un lado y por lo que respecta a la función de los notarios⁶⁴⁷, estos cuentan con modelos de estatutos prerredactados o sujetos a formularios que escasa, por no decir nula cabida pueden dar a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores. Por otro, si a ello le unimos las múltiples trabas impuestas por los registradores a la hora de inscribir y su tendencia poco proclive a admitir cláusulas que se salgan de lo estrictamente aceptado por la Ley, o, en su caso, por el RRM, todavía se hace más patente esa merma al juego efectivo de la autonomía de la voluntad.

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

No obstante y aunque sin duda, esa acertada voluntad de evitar cualquier previsión estatutaria indeterminada, se utiliza como escudo para salvaguardar cualquier atisbo de confusión, reñida con la seguridad jurídica que los asientos registrales están llamados a brindar, en ocasiones resulta

⁶⁴⁷ 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", RDP, 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 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".

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 completo⁶⁴⁸. 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 estatutarias⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ 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".

⁶⁴⁹ 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

Quizás a la hora de enfrentarnos de manera abstracta a estos conceptos, resultan interesantes las consideraciones que sobre la autonomía privada y la noción de libertad contractual llevan a cabo nuestra mejor doctrina civilista. En este sentido por ejemplo el profesor De Castro arguye que “La concepción liberal de la autonomía de la voluntad hizo pensar..., que ella supone entregar a los particulares una “reserva de caza”, “una zona protegida”⁶⁵⁰ en la que el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer.... si ello es así, los poderes públicos no tendrían que intervenir para nada en esa zona privada, en tanto no se toque a la esfera de los público”⁶⁵¹.

Por su parte, el profesor Enrique Lalaguna, apunta al respecto que: “La autonomía privada no es sólo ni principalmente libertad;...es ante todo, poder...”. Además también nos dice que “la autonomía privada se nos presenta como límite de nuestro obrar; por consiguiente, como algo negativo o restrictivo de nuestra libertad”⁶⁵².

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

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”.

⁶⁵⁰ Términos empleados por Pellicani L.; *La ricoperta della autonomia privata*, en *Temì della coltura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, pág. 30.

⁶⁵¹ Véase, De Castro, F.; en “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, ADC, nº 2, 1982, pág. 1051.

⁶⁵² Véase, Lalaguna, E.; “La libertad...”, *cit.*, págs. 884 y 885.

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 materia⁶⁵³, 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.

⁶⁵³ 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. 1803 a 1838, entre otros, apuntan interesantes conclusiones al respecto.

En este sentido, Resoluciones como la de 4 de mayo de 2005⁶⁵⁴ exponen consideraciones tan interesantes como que “es cierto que el artículo 53 de la LSRL permite reforzar o aumentar las mayorías legalmente exigibles para la adopción de determinados acuerdos, pero ese margen a la libertad tiene también sus límites, tales como los establecidos en los artículos 68 y 69”⁶⁵⁵. Del mismo modo, la Resolución de la DGRN de 4 de febrero de 2003⁶⁵⁶ establece que “...respetando el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 10 de la LSA, ha dejado al buen juicio de los órganos sociales combinar sus efectos con ponderación y equilibrio, al margen de que si en algún supuesto concreto la finalidad perseguida fuese el beneficio de alguno de los socios o de un tercero en detrimento de lo intereses sociales cupiese su impugnación”.

En dichas Resoluciones, encontramos esa nota característica de sujetarse de forma taxativa a lo dispuesto por la ley que revierte en la advertida tendencia a la negativa a inscribir, a la que aludíamos con anterioridad. Esta tendencia se ve sin duda respaldada por esa formulación de principios caracterizadores de los tipos sociales que en nuestro ordenamiento vienen *ab initio* a limitar la autonomía de la voluntad en la elaboración de los estatutos. Pero sin duda, y teniendo en cuenta las necesidades de la práctica societaria actual, lo recomendable es que esa tendencia pudiera ir superándose. A este respecto juega un papel muy importante no sólo la labor del legislador, sino también tanto la de los notarios como la de los registradores, que deberían de

⁶⁵⁴ N° 2/2005 (RJ 2005/5539).

⁶⁵⁵ Véase al respecto, Navarro Matamoros, Linda; “El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar”, RDM, n° 264-265, 2007, págs. 599 y ss.

⁶⁵⁶ RJ 2003/2604.

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.

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

1.- Aproximación al panorama existente.

A pesar de los múltiples intentos de flexibilización y adopción de modelos mejor adaptados a las necesidades que de un tiempo a esta parte viene reclamando la práctica societaria internacional, y que tal como analizábamos al inicio de nuestra exposición han ido adoptando muchos de nuestros países vecinos, nuestro ordenamiento no ha resultado especialmente innovador en materia societaria. Dado que fuera del proyecto de sociedades mercantiles gestado en el año 2001 y la adopción de la sociedad limitada nueva empresa y la sociedad cotizada, no conocemos ningún otro intento de modernización de

nuestro Derecho societario actual⁶⁵⁷. 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 practica societaria y dentro del marco que nuestra legislación nos permite desenvolvernos, puedan resultar efectivas. No obstante y aunque parezca una utopía, ello no obsta para que a pesar del catálogo cerrado de figuras societarias que parece presidir nuestro ordenamiento, este resulte inamovible. En este sentido hay que tener en cuenta que la evolución legislativa lleva consigo una renovación constante de los modelos de operación puestos a disposición de los particulares; de ahí que frente a las clásicas figuras de sociedad colectiva, comanditaria y anónima, con el tiempo surgieran nuevas formas organizativas como la sociedad de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones⁶⁵⁸. 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?⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ A excepción del propósito de elaborar una Ley de sociedades de capital recogido en el reciente proyecto de reforma sobre modificaciones estructurales, citado con anterioridad.

⁶⁵⁸ Véase al respecto, Fernández de la Gándara, L.; *La atipicidad en Derecho...*, cit., pág. 78.

⁶⁵⁹ Buena prueba de ello es nuestro Cod. de com. en vigor.

Quizá esta opción que supondría sin duda un cambio legislativo importante, se extralimite de nuestras posibilidades, de ahí que nos hayamos decantado por el análisis conjunto de otras vías de aplicación como son el recurso a los estatutos y los pactos parasociales que pasaremos a analizar seguidamente. Ello no obsta, para que puedan existir otras formas igual de adecuadas no recogidas en el presente trabajo, pero bajo nuestro punto de vista, estas serían las tres formas más adecuadas para llevar a cabo esa hipotética incorporación que planteamos.

2.- Posibles vías de aplicación.

A) Modificación legislativa.

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

No obstante, las actuales características de la economía y el mercado, parecen imponer una necesaria revisión de la estructura del Derecho mercantil vigente. De ahí que de un tiempo a esta parte, con la introducción de nueva regulación tanto nacional como de ámbito comunitario que suple las múltiples carencias de que adolece nuestra regulación, 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.

En este sentido, con fecha 1 de febrero de 2006 se hizo pública en el Boletín de información del Ministerio de justicia, una Propuesta de Anteproyecto de Ley elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión general de codificación sobre "Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad".

Esta propuesta que plantea adecuar muchos de los artículos cuya redacción ha quedado obsoleta en la práctica mercantil actual, propone dar una nueva redacción a los arts. 1 y 50 a 63 del actual Cod. de com. Esta nota se hace patente si constatamos únicamente en el art. 1 la voluntad de sustituir la arcaica definición de "comerciante" por la de "empresario". Teniendo en cuenta las diversas teorías sobre la empresa desarrolladas profusamente en el pasado siglo XX, que pretendían convertirla en el eje central del Derecho mercantil, quizá con esta nueva concepción estemos asistiendo a una nueva noción del Derecho mercantil.

Del mismo modo, e intentando suplir el vacío dejado en su día por la Ley del mercado de valores al derogar los arts. 64 a 80 del citado Código, se introducen nuevos artículos sobre contratos mercantiles y se plantea la modificación de los arts. 942 a 955, que se repartirían en dos bloques, los referidos a la regulación de la prescripción (arts. 942 a 950), y los referidos a la caducidad (arts. 953 a 955).

Dicha reforma, viene a incidir en una serie de aspectos de especial interés. Por un lado, la misma pretende ofrecer el establecimiento de una

regulación general de contratos completa y autónoma, que elimine la actual remisión en algunos aspectos al Derecho civil. Por otro, la introducción tanto de principios contractualmente extendidos en la actualidad en el ámbito internacional, como, de normas específicamente dirigidas a aumentar la seguridad jurídica en el tráfico económico. Por último también es destacable la apuesta por situar dentro de la esfera del derecho mercantil, la rama especial del Derecho de los consumidores⁶⁶⁰.

Sin duda se trata de una propuesta de reforma de gran alcance dentro del Derecho mercantil español, que de ver la luz, supondrá un gran avance para nuestra legislación actual.

No obstante, dicha reforma sí se ha hecho patente en materia contable, con la Ley 16/2007 de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, que ha provocado una serie de modificaciones concretamente en los arts. 34, 35 y 36 del Cod. de com.

Junto a ésta, la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Con esta Ley, el legislador no sólo ha establecido las normas de transposición del Reglamento nº 2157/2001 de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el estatuto de la SE, sino que ha aprovechado la ocasión para modificar puntualmente algunos artículos de la LSA y de la LSRL. Estas modificaciones se refieren sintéticamente y por lo que respecta a las SA, a la aportación de valores mobiliarios admitidos a cotización

⁶⁶⁰ Véase al respecto, 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 nº 25, nº 102, 2006, págs. 303 y ss., en el que lleva a cabo un interesante y detallado análisis sobre dicha Propuesta de Anteproyecto.

en mercado secundario oficial (nuevo apartado 2 del art. 38 LSA), a la validez de la junta general ordinaria convocada o celebrada fuera de plazo (nuevo apartado 2 del art. 95 LSA), a la convocatoria de la junta general (art. 97 LSA), a la duración del cargo de administrador (art. 126 LSA), a la publicación del acuerdo de reducción de capital social (art. 165 LSA), a la publicación de la propuesta de compra de las acciones propias (apartado 2 del art. 170 LSA) y a las fusiones simplificadas (art. 250 LSA). Además, determinadas modificaciones importantes como la que se refiere a la responsabilidad de los administradores que incumplan la obligación de llevar a cabo las actuaciones necesarias para disolver la sociedad, se lleva a cabo a través del mismo texto tanto en la LSA en su art. 262.5, como en la LSRL en el 105.5⁶⁶¹.

Del mismo modo, la Ley 7/2006 de 24 de abril, que contiene un artículo y una disposición final única dispone, en el primero de ellos, que se añada un apartado 4º al hasta entonces artículo 181, y una apartado también 4º al 190. Estos preceptos establecen una prohibición de formular tanto balance abreviado, como cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, a las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Tampoco hay que olvidar la Ley 7/2003 de 1 de abril de la SLNE por la que se modifica la Ley 2/1995 de 23 de marzo de SRL, que pretendía como el propio legislador se encarga de señalar en la exposición de motivos, establecer un marco mercantil y administrativo capaz de estimular la actividad empresarial y mejorar la posición competitiva de las pequeñas y medianas empresas. Esta Ley supone una importante reforma de la LSRL dado que no

⁶⁶¹ Véase al respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; "Notas sobre las modificaciones introducidas en la regulación....", *cit.*, págs. 209 y 210.

sólo se incorpora un nuevo capítulo XII (compuesto por siete secciones y 15 artículos, del 130 al 144, ambos inclusive), relativo a la sociedad nueva empresa, sino que se añaden seis disposiciones adicionales, (octava, novena, décima, undécima, duodécima y decimotercera), a la misma ley. Estas disposiciones se refieren respectivamente a documento único electrónico, a colaboración social, a los recursos contra la calificación de las escrituras de constitución de la sociedad nueva empresa, a los modelos de cuentas anuales y a las medidas fiscales aplicables a la misma. Del mismo modo, también se modifican los artículos 29, 32, 40, 97, 101 y 102 de la Ley de SRL, y se añaden los artículos 40 bis y 40 ter. Por último, Se incorpora una nueva sección V en el capítulo IV de la misma Ley, integrada por un único nuevo, relativo a las participaciones sin voto.

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

Ciertamente y por lo que respecta a la materia societaria, el Derecho español no se caracteriza por una excesiva innovación, pero si es cierto que son varios y muy valiosos los proyectos que se han llevado a cabo al respecto. Buena prueba de ello son tanto la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles⁶⁶², como la ya indicada Ley 7/2003 de 1 de abril de SLNE⁶⁶³. Estas iniciativas, aunque sin duda fueron muy acertadas, y sí aspiraban a dar

⁶⁶² En este punto remitimos al análisis de esta cuestión llevado a cabo en el epígrafe IV 3 del primer capítulo del presente trabajo.

⁶⁶³ Véase al respecto epígrafe IV 1 del primer capítulo del presente trabajo.

respuesta a cuestiones que en la práctica requerían solución, poca flexibilización aportaron a nuestro Derecho societario.

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

B) Por vía estatutaria.

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

Sobre la base de lo dispuesto en los artículos 10 de la LSA y 12 de la LSRL, en los estatutos de una SA o de una SRL se pueden incluir además de las menciones mínimas exigidas con carácter legal, cualesquiera otros pactos o condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer. La flexibilidad del régimen jurídico que se presupone en la SRL, hace que las posibilidades de autorregulación sean mucho mayores en este tipo social que en la SA. No obstante, y buena prueba de ello es la SAS francesa, eso no siempre es cierto, ya que ésta remite en muchos aspectos de su regulación a la SA, hasta el punto de que algún sector doctrinal abanderado por el profesor Paillusseau⁶⁴, considerara que en realidad constituía una forma particular de SA. De ahí que, en el origen, quizá su régimen no resultase ni tan simplificado ni tan claro como

⁶⁴ Paillusseau, J.; "La modernisation du droit des sociétés...", *cit.*, págs. 287 y ss.

se pretendía, dificultades que se suplieron con la regulación de 1999. A pesar de las diversas concepciones al respecto, lo bien cierto es que la SAS se constituye como una nueva forma societaria y no como un subtipo de SA o una flexibilización general su régimen⁶⁶⁵, sin que ello suponga negar la indiscutible vinculación con la misma.

No obstante, y aunque en Derecho francés con el fin de eludir las trabas que supondría una modificación 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, ésta sería una buena opción, en este supuesto también nos encontramos con una serie de trabas. Por un lado, la dificultad de enfrentarnos a la exigencia de una serie de menciones obligatorias, y por otro, una serie de límites inherentes a los artículos a los que hacíamos alusión al referirnos a las consideraciones generales sobre libertad contractual y autonomía de la voluntad, al inicio de nuestra exposición⁶⁶⁶, (que son como es bien sabido los artículos antes citados tanto de la LSA como de la LSRL, así como el 1255 del C.C. y 114.2 y 175.2 del RRM). Nos referimos en este sentido a

⁶⁶⁵ 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.

⁶⁶⁶ Véase al respecto epígrafe III del I capítulo de la I Parte de la presente tesis.

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 TS, constriñen dicha facultad.

Por lo que respecta a los estatutos de la SA⁶⁶⁷, se suelen distinguir dos tipos de cláusulas: las condicionalmente obligatorias y las puramente facultativas. Las menciones condicionalmente obligatorias son aquellas que la Ley obliga a incluir en los estatutos sociales sólo si se da el presupuesto de hecho o la circunstancia a la que se refieren. Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de derechos especiales de fundadores o promotores, prestaciones accesorias, determinadas clases de acciones o restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas. Las menciones facultativas son aquellas que no estando previstas en la Ley, se reconocen expresamente a los socios fundadores, siempre y cuando respeten los límites reconocidos a la autonomía de la voluntad. En este sentido pueden destacarse, entre otras, las relativas a la junta general, por ejemplo en cuanto a quorums y mayorías de constitución y adopción de acuerdos, a los derechos de asistencia y representación. Por lo que respecta a los administradores, la exigencia por ejemplo de la condición de accionista para el acceso al cargo, o el régimen interno del Consejo de administración. Y, por último, en lo relativo a la disolución y liquidación de la sociedad, la posibilidad de añadir causas de disolución adicionales a las

⁶⁶⁷ 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.

previstas en la Ley o el establecimiento de reglas concretas en relación con los liquidadores⁶⁶⁸.

Por lo que respecta a los estatutos de las SRL⁶⁶⁹, 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

⁶⁶⁸ 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.

⁶⁶⁹ 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 Villaverde, 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.

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 social⁶⁷⁰.

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 absoluta⁶⁷¹, de modo que, tal y como apuntábamos

⁶⁷⁰ A este respecto véase, Quijano González, J.; "Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil", RdS, nº 8, 1997, págs. 55 y ss.; *Dossier práctico Francis Lefebvre, Estatutos sociales...*, cit., págs. 14 y 15.

⁶⁷¹ 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 art. 1255 del C.C. Recordemos que éste artículo reconoce el poder de los contratantes para establecer pactos, cláusulas y condiciones "siempre que no sean

con anterioridad⁶⁷², sólo serán válidas en la medida en que no contravengan las Leyes, ni se opongan a los principios configuradores del tipo social de que se trate⁶⁷³. La inobservancia de cualquiera de ambos límites determina la nulidad de la cláusula o cláusulas estatutarias afectadas.

No hay que olvidar, 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. En este sentido, se considera que resulta compatible con la esencia capitalista de la SA la cláusula estatutaria por la que se establece la prohibición de los socios, mientras ostenten esta condición, de dedicarse a las actividades que constituyan el objeto social de la compañía⁶⁷⁴.

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 éstos límites.

⁶⁷² Véase al respecto, epígrafe II del primer capítulo del presente trabajo.

⁶⁷³ Así se pronuncian al respecto tanto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) nº 216/1995 de 16 de marzo (RJ 1995/2660) al establecer en su fundamento de derecho primero que "...admiten la autonomía de la voluntad con la única limitación de que no se oponga a lo dispuesto en la Ley ni contradiga los principios configuradores de la sociedad anónima"; como las Resoluciones de la 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 (artículo 10 LSA)".

⁶⁷⁴ Véase al respecto el fundamento de derecho primero de la Resolución de la DGRN de 26 de julio de 1988 (RJ 1988/6356) que establece que "La primera de las cuestiones planteadas

También consideran que el ánimo de obtención de una ganancia común y repartible entre los socios que caracterizan y definen la SA no son contradictorias con la posibilidad de que la SA contribuya gratuita y voluntariamente a satisfacer fines de interés general mediante aportaciones o donaciones a fundaciones benéficas que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de su sustancial objeto lucrativo⁶⁷⁵.

Del mismo modo establecen que, no contradice los principios configuradores de la SA la cláusula estatutaria restrictiva de la transmisión de las acciones, que atribuye un derecho de adquisición preferente de las mismas a favor de quienes en el momento, son miembros del consejo de administración, aunque para ser administrador no se requiera la cualidad de accionista⁶⁷⁶.

Además, en el supuesto de que la cláusula estatutaria que exige para determinadas actuaciones del consejo de administración el acuerdo unánime de los accionistas asistentes a la junta general, implica a cada uno de éstos en un derecho de veto que es contrario abiertamente a un principio básico de la

en el presente recurso versa sobre la inscribibilidad de la cláusula estatutaria por la que se prohíbe a los socios, mientras lo sean, dedicarse a las actividades que constituyen el objeto social, inscribibilidad que es rechazada por el registrador en función de la incompatibilidad que dicha limitación personal guarda con la esencia capitalista de la SA y con la regulación legal de este tipo social”.

⁶⁷⁵ En este sentido se pronuncia en su fundamento de derecho tercero, la Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8637).

⁶⁷⁶ Véanse, fundamentos segundo y tercero de la Resolución de la DGRN de 9 de enero de 1995 (RJ 1995/184).

organización y funcionamiento de la SA, la adopción de sus acuerdos por mayoría⁶⁷⁷.

Por último establecen que es contraria a la naturaleza de los órganos colegiados, la cláusula estatutaria que impone la regla de la unanimidad para la adopción de determinados acuerdos por el consejo de administración⁶⁷⁸.

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

Tratándose de una nueva tipificación, tal como planteábamos en el epígrafe anterior, los problemas los encontraríamos *a priori*, para acceder a dicha regulación y reconocimiento. Una vez reconocida en el seno de nuestro ordenamiento una nueva figura a ésta se le asignaría un régimen jurídico propio.

⁶⁷⁷ Véase, fundamento de derecho primero de la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/3158). "El registrador deniega la inscripción por ser contrario a la naturaleza de los órganos colegiados la adopción de acuerdos por unanimidad".

⁶⁷⁸ Ello se extrae no sólo de la Resolución apuntada con anterioridad, sino también de la de 25 de abril de 1997 (RJ 1997/3597) que apunta en su fundamento de derecho cuarto que "...aunque es muy amplio el margen de libertad que la ley confiere a la hora de regular la organización y forma de actuar del consejo de administración, ello ha de entenderse no sólo dentro de los límites legales, sino también de los que impone la propia naturaleza de los órganos colegiados, a la que ha de entenderse consustancial el principio de formación de la voluntad por acuerdo mayoritario".

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 estatutos⁶⁷⁹, estos carecen de la flexibilidad necesaria para regular todas y cada una de las circunstancias con las que se encuentran las sociedades en la actualidad debido a su rigidez de forma. Aún más si lo que intentamos es casar las particularidades de la SAS con alguna de nuestras figuras societarias, podemos encontrarnos con que éstas no puedan introducirse porque choquen con esos límites a los que antes aludíamos. De ahí que, a pesar de que los estatutos siguen siendo un arma indispensable para regular el funcionamiento interno de una sociedad, suelen acompañarse de documentos privados suscritos entre los socios, denominados pactos parasociales, que vienen a completar esas lagunas de regulación de los estatutos.

C) A través de pactos parasociales.

La tercera y última vía que planteamos como solución para la introducción de algunas de las ventajas de la SAS son los pactos parasociales. Adelantemos no obstante al respecto, que nuestro propósito en estas líneas no es introducimos 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.

⁶⁷⁹ Así lo apunta Embid Irujo, J.M.; en "Autonomía de la voluntad, estatutos sociales...", cit.; pág. 1631 *in fine*.

Como es bien sabido, los pactos parasociales son pactos privados⁶⁸⁰, que se utilizan para regular todos los aspectos que la propia sociedad y sus partícipes creen convenientes e imprescindibles establecer. Se trata, pues, de un contrato privado entendido como un conjunto de pactos o normas que regirán el funcionamiento societario, las relaciones entre los socios (todos o algunos) y la sociedad, las relaciones de los socios entre sí y la forma en que éstos actuarán frente a terceros. Su finalidad es la de completar o concretar, 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 otras⁶⁸¹.

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

⁶⁸⁰ 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 Villaverde, 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.

⁶⁸¹ Véase en este sentido, Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 55.

A la vista de esta caracterización, parece que ésta pudiera ser la herramienta que buscábamos, pero esta figura al tratarse de un simple acuerdo privado presenta un inconveniente esencial frente a los estatutos sociales. Nos referimos al conocido problema de su eficacia. Al tratarse de pactos privados suscritos entre los socios tienen fuerza de ley entre las partes, por lo que despliegan todos sus efectos únicamente frente a los socios que los hayan suscrito, pero en consecuencia, éstos no vincularán a los socios futuros, a la sociedad ni a terceros. No es de extrañar, por ello, que a veces se les tache de “meras palabras” y se desconfe de su eficacia para gobernar privadamente la vida de la sociedad⁶⁸². Por el contrario, los estatutos, al tratarse de un documento público depositado e inscrito en el Registro Mercantil, despliega su eficacia no sólo frente a los socios que los suscriben, sino también frente a los futuros socios, a la sociedad y a terceros.

A grandes rasgos y de acuerdo con la doctrina mayoritaria al respecto⁶⁸³, podemos llevar a cabo una clasificación tripartita de los pactos parasociales⁶⁸⁴.

⁶⁸² En este sentido se pronuncia, Paz-Ares, C.; “El *enforcement* de los pactos parasociales”, Actualidad jurídica Uría & Menéndez, nº 5/2003, pág. 19.

⁶⁸³ Véase en este sentido, Paz-Ares, C.; “El *enforcement* de los pactos...”, cit., pág. 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. 4715; Madrideo Fernández, A.; “Los pactos parasociales”, AAMN, nº 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, nº 242, 2000, págs. 1688, 1689 y 1704 y ss.; Girón Tena, J.; Derecho de sociedades..., cit., págs. 54 y 55.

⁶⁸⁴ Esta clasificación tripartita se inspira en la elaborada por Oppo, G.; *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1942, págs. 6 a 12.

Por un lado, encontramos una serie de pactos que se distinguen por su neutralidad frente a la sociedad. En ellos prima la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad, en aspectos, por ejemplo, como la adquisición preferente de participaciones sociales, derechos de venta conjunta, obligaciones de no incrementar el capital por encima de un determinado porcentaje, cláusulas de cobertura de pérdidas de unos socios por otros, cláusulas de valoración o cláusulas de redistribución propias distintas a las establecidas en los estatutos, entre otras. Éstas podrían identificarse bajo la denominación de pactos de relación⁶⁸⁵.

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

Por último encontramos los pactos más importantes y a la vez más conflictivos desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad. Nos referimos a los que podríamos denominar pactos de organización, que son los que expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y en definitiva el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad. Se trata de una categoría muy amplia que podría englobar aspectos tan diversos y a la vez controvertidos como la interpretación de normas estatutarias o su modificación, la composición del órgano de administración, la

⁶⁸⁵ Siguiendo la nomenclatura que el profesor Paz-Ares utiliza en, "El *enforcement* de los pactos...", cit., pág. 19 y 20.

política a desarrollar por la compañía, los acuerdos restrictivos de las competencias de administradores, las pautas sobre contratación de socios o en su caso de familiares, la disolución de la sociedad, quorums y mayorías... Éstos son, sin duda, los que mayor interés tienen a efectos de nuestro estudio, ya que a través de los mismos podría darse cabida a la opción que habíamos planteando como objeto de análisis.

Teniendo en cuenta el importante papel que pueden llegar a jugar en la práctica societaria, quizá sería conveniente plantearse la posibilidad de dotarlos de eficacia estatutaria a través de mecanismos legales. No obstante, si que parecen admitirse implícitamente en los artículos 7 de la LSA y 11.2 de la LSRL, al proclamar que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”. Además con la aparición del Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, éstos encuentran expresamente su reflejo normativo⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ A éste 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, nº 125. Boletín informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, jueves, 19 de junio de 2008.

Recordemos que éste Real Decreto se dictó en ejecución de la disposición adicional 2ª, apartado 3º de la Ley 7/2003 de 1 de abril de SLNE⁶⁸⁷. El mismo, presenta dos partes claramente diferenciadas, aunque ambas están presididas por un objetivo común: la redacción y publicidad de los protocolos familiares.

A los efectos de nuestro estudio, y dentro de las clases de protocolos familiares reconocidos, nos interesan los protocolos familiares con pactos parasociales familiares, que son aquéllos convenidos y suscritos por los socios que tienen por finalidad regular determinados aspectos societarios privados familiares y pueden ser objeto de publicidad registral. Sin duda, éste reconocimiento, a pesar de las opiniones doctrinales en contra⁶⁸⁸, 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,

⁶⁸⁷ Véase al respecto el ininteresante 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, nº 26, 2006, págs. 147 y ss.

⁶⁸⁸ Véase en este sentido Viera González, A.J.; "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Real Decreto...", *cit.*, pág. 152, nota a pie de página nº 12, en la que el Profesor Viera recoge de forma muy acertada algunos de éstos 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 éste último artículo llega a afirmar que "el registro del protocolo serviría para facilitar su blindaje, restringiría la autonomía de la voluntad de los empresarios...". No obstante ésta opinión no es la compartida por el Profesor Viera, y así lo hace saber en la pág. 152 *in fine* del artículo precitado.

que son aquéllos exclusivamente conocidos por los socios que los suscriben, y que carecen de publicidad registral; y los protocolos familiares inscribibles, que son aquéllos suscritos por los fundadores de la sociedad en el momento de su constitución, o en un momento posterior, pero siempre por unanimidad de todos los socios implicados. Éstos son inscribibles en el Registro Mercantil por afectar a la estructura de la sociedad y surten efectos frente a terceros.

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

No obstante, esto no siempre fue así. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 6 de la antigua LSA de 1951⁶⁸⁹, que proclamaba la nulidad de los pactos parasociales⁶⁹⁰, y del primitivo art. 119 del Cod. de com., a cuyo tenor "los socios no podrán hacer pactos reservados", no se admitía la validez de estos pactos ⁶⁹¹. De ahí que tengamos que agradecer que las modificaciones posteriores de nuestra legislación societaria hayan dado entrada a estos pactos,

⁶⁸⁹ Véase al respecto, Garrigues, J.; "Fundación de la sociedad", "Art. 6º Publicidad y personalidad", en Garrigues, J. y Uria, R.; *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 147 a 172.

⁶⁹⁰ 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 Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F.; *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 88. No obstante si que hay que destacar al respecto la precisión del Profesor Duque que nos habla de "sustitución de la declaración de nulidad" (de la antigua LSA de 1951) "por una declaración de ineficacia frente a la sociedad" (de la nueva Ley), que es uno de los principales obstáculos que presentan los mismos. Del mismo modo véase, Garrigues, J.; "Fundación de la sociedad", "Art. 6º...", cit., págs. 156 a 158.

⁶⁹¹ Madridejos Fernández, A.; "Los pactos...", cit., pág. 200 y 201.

dotando así de eficacia aquella parcela de la voluntad de los socios que sin contravenir lo dispuesto en las leyes, la moral o el orden público puede vincularlos.

Además, éstos cuentan con una serie de cauces o medios de tutela que permiten afianzar estos pactos y asegurar su efectividad en caso de incumplimiento. A tenor de lo dispuesto por el artículo 1091 del C.C., "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos". Si consideramos que estos pactos obligan a las partes que los firmaron⁶⁹², 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.

⁶⁹² 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*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 157 y ss.;

III.- PLANTEAMIENTO DE LA FORMA SOCIETARIA MÁS ADECUADA EN BASE A LOS TIPOS EXISTENTES EN DERECHO ESPAÑOL.

Nuestro estudio en este punto se circunscribirá a un análisis comparativo en líneas generales tanto de la SA y de la SRL como de la SLNE, con la SAS francesa.

El motivo de decantarnos por escoger concretamente estos tres tipos societarios se debe, por un lado y por lo que respecta tanto a la SA y a la SRL, porque son las figuras que mayor repercusión tienen en nuestra práctica societaria; y por otro, y por lo que respecta a la SLNE, no obstante ser meramente un subtipo de la SRL general, porque es el único intento de nueva tipificación gestado por nuestro ordenamiento en los últimos años.

Dicho estudio no pretende ofrecer un análisis completo de cada una de estas figuras, que se da por sentado, sino que lo que pretende es ofrecer un panorama general de las principales características que permiten identificarlas.

1.- Análisis comparado general de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada españolas, con la société par actions simplifiée francesa.

Tal como veíamos en la segunda parte del presente trabajo⁶⁹³, el ordenamiento francés identifica como sociedades de capital, junto a la SRL, tres tipos de sociedades por acciones, la SA y la sociedad comanditaria por acciones que también identifica el ordenamiento español, y la SAS, una figura que, a pesar de sus probadas ventajas, no reconoce nuestro ordenamiento.

A diferencia del ordenamiento francés, el español, como es bien sabido, prevé dos formas sociales distintas en materia de sociedades de capital, la SA y la SRL⁶⁹⁴, 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 podía constatar a la luz de las estadísticas reseñadas en el apartado introductorio del capítulo II del presente trabajo, de modo que cerca de un 85 % de las sociedades que se constituyen en Francia, lo hacen bajo la forma de la SRL. No obstante, en el ordenamiento jurídico francés se produjo un giro radical a raíz de la aprobación de la Ley de 12 de julio de 1999 que daba entrada a esa innovadora forma social, que constituye la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés; nos referimos a la tantas veces citada SAS. Dado el éxito alcanzado por la misma, tal

⁶⁹³ Véase al respecto epígrafe III apartado 1 del capítulo II, de la segunda parte del presente trabajo, relativo a las sociedades de capital existentes en el ordenamiento jurídico francés.

⁶⁹⁴ Véase al respecto el estudio llevado a cabo por Ruiz Peris, J.I.; *La société a responsabilité limitée en Espagne*, Rev. Soc., nº 1, Dalloz, enero – marzo, 1996, págs. 37 a 53.

como prueban las estadísticas⁶⁹⁵, en un plazo de seis años aproximadamente desde su reconocimiento el número de SAS constituido se multiplicó por 25⁶⁹⁶. 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 limitada⁶⁹⁷ y de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las sociedades anónimas⁶⁹⁸. Históricamente la figura de la SA alcanzó un extraordinario desarrollo en la práctica, en detrimento de la SRL que era una figura claramente infra-utilizada. Las razones parecen deberse al flexible régimen de la SA reconocido por la Ley de 1951, caracterizado entre otras particularidades por una inexigibilidad de capital mínimo, la admisión de restricciones a la transmisión de acciones y un cierto margen a los pactos estatutarios en materia de órganos, frente a una insuficiencia e inseguridad del régimen jurídico de la SRL en su regulación del año 1953⁶⁹⁹. No obstante, en la práctica se constata que cuando la anónima empieza a endurecer sus exigencias reservándose para empresas de gran envergadura, ésta pierde su importancia, dejando paso a una SRL mucho más flexible, capaz de adaptarse a estructuras de pequeña o mediana envergadura. De ahí que a día de hoy, la SRL sea uno de los pilares fundamentales de nuestro panorama societario actual.

⁶⁹⁵ Véanse al respecto las estadísticas analizadas en el epígrafe I introductorio, del II capítulo de la segunda parte del presente trabajo.

⁶⁹⁶ Rouzeau, L.; *Evolution statistique de la SAS*, nº 269, Bull. Joly, 2002, pág. 1263.

⁶⁹⁷ Salvador Bullón, P. y Salvador Bullón, H.; *Comentario a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 7 y ss., y 89 y 90.

⁶⁹⁸ Véanse al respecto, Garrigues, J.; "Introducción", en Garrigues, J. y Uria, R.; *Comentario a la Ley...*, cit., págs. 11 y 12; Rubio, J.; *Curso de Derecho de...*, cit., pág. 11; Girón Tena, J.; pág. 14.

⁶⁹⁹ Véase al respecto, Esteban Velasco, G.; "Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación", RdS, nº 2, 1994, págs. 135 a 137.

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 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
Nº 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	37.000 € se exige la liberación inmediata de la mitad, y el resto en los 5 años siguientes. (Con la nueva Ley de modernización de la economía esta exigencia de capital se suprime).	7.500 € se exige la liberación inmediata de una quinta parte del capital, y del resto en los 5 años siguientes
Posibilidad de llamamiento público al ahorro	Si (en cuyo caso ver supuesto anterior respecto al capital mínimo exigido)	No	No
Aportaciones en industria	No (Para la SAS con la nueva Ley de modernización de la economía si 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 ⁷⁰⁰ ...
----------------	---

Antes de entrar a abordar el estudio comparado de la SAS con nuestras principales sociedades de capital, nos parece interesante analizar con carácter general y de forma muy resumida, las particularidades propias de nuestras SA y SRL con respecto a las francesas⁷⁰¹.

Sobre la base de las peculiaridades propias de las principales sociedades de capital existentes en el ordenamiento jurídico francés extraídas del anterior cuadro sinóptico, constatamos que a pesar de que tanto la SA como la SRL reciben aunque en distinto idioma, la misma denominación y se utilizan en la práctica para dar respuesta sustancialmente a necesidades empresariales del mismo tipo, encontramos *a priori*, y sin entrar a valorar la SAS, diferencias básicas con respecto al régimen jurídico español.

Si observamos el capital mínimo requerido tanto para la SA como para la SRL, éste, aunque similar, varía con respecto al nuestro. Recordemos, que en España, de acuerdo con lo establecido por el art. 4 de la LSA una SA se puede constituir con un capital mínimo de 60.101,21 €, mientras que en Francia se requerirá un capital muy inferior, 37.000 €. Con respecto a la SRL, mientras que en España, de acuerdo con lo establecido por el también art. 4 de la LSRL el capital no podrá ser inferior a 3.005, 06 €, en Francia, que como hemos visto deberá ser como mínimo igual a 7.500 €, se exige un capital mucho más elevado, tanto que supera en más del doble al requerido por el ordenamiento español.

⁷⁰⁰ La *taxe sur la valeur ajoutée* (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.

⁷⁰¹ Para un estudio comparado de nuestras SA y SRL pueden resultar de interés, Herrero, I.; *Similitudes y diferencias entre las sociedades...*, cit., págs. 12 y ss.; *Las diferencias entre SL y...*, cit., págs. 14 y ss; así como, Cachón Blanco, J.E.; *La sociedad anónima. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Dykinson, Madrid, 1993, págs. 11 y ss.

También encontramos otra diferencia en que, mientras en la SRL española el capital deberá estar totalmente desembolsado, en el ordenamiento francés se exige una liberación de una quinta parte del capital, y el resto deberá desembolsarse en los cinco años siguientes. Quizá aquí radique una ventaja importante del ordenamiento francés con respecto al español. En la SA el capital requerido, siempre que la sociedad no haga llamamiento público al ahorro (en cuyo caso esta cifra se eleva a una cuantía igual o superior a 225.000 €), es mucho menor que a las SA españolas. Además y por lo que respecta a la SRL, aunque en origen el capital mínimo exigido sea más del doble que el requerido en las SRL españolas, la posibilidad de desembolsarse en un plazo de cinco años, facilita enormemente la labor de las sociedades. Tengamos en cuenta, que en origen éstas se ven sujetas a múltiples desembolsos no sólo en orden a este capital mínimo al que nos referimos, sino a otros cánones impuestos por organismos públicos, tales como licencias de apertura, a las que también hay que sumar los costes que por lo general, supone la iniciación de un nuevo negocio. Aunque el coste para la constitución de una SRL en Francia sea mayor, la posibilidad de retrasar ese desembolso, puede a la larga favorecer al empresario.

Por lo que respecta a los socios requeridos para la constitución de la sociedad, constatamos una diferencia con respecto a la SA francesa, dado que mientras que en estas se exige un mínimo de siete accionistas, en el ordenamiento español el límite se reduce a uno. Por lo que respecta a la SRL, no encontramos ninguna diferencia dado que tanto el ordenamiento francés, como el español exigen como mínimo dos accionistas. No obstante si que es cierto que mientras para las SRL españolas se suprime el número máximo de

socios fijado en 50 por la Ley anterior (LSRL de 17 de julio de 1953)⁷⁰², en las SRL francesas éste límite se eleva a cien.

Tampoco encontramos diferencias sustanciales en los que a la responsabilidad de sus socios se refiere y al régimen fiscal aplicable a los mismos. Donde si existe una diferencia que conviene destacar es respecto a sus órganos de dirección. Aunque tanto uno como otro ordenamiento encomiendan su dirección a órganos de índole similar, donde si encontramos un detalle a destacar es en lo referente al llamado “conseil de surveillance” del Derecho francés. Tras la reforma del Texto refundido de la LSA de 1989 en adaptación de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre SE domiciliada en España, que como es bien sabido supuso la incorporación de un nuevo capítulo XII relativo a la regulación de la SE, parece reconocerse la existencia de éste órgano de acuerdo con lo que se extrae de lo dispuesto en los arts. 327 a 329 de la LSA, pero únicamente por lo que respecta a la SE.

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. No obstante, *grosso modo*, muchas de estas diferencias ya las señalábamos al llevar a cabo la diferenciación anterior y además éstas serán objeto de estudio en el quinto y último capítulo de la presente tesis, de ahí que ahora nos limitemos a señalarlas de manera muy genérica.

⁷⁰² Cuestión que se regulaba en el segundo inciso del art. 1º de la LSRL de 1953, véase al respecto, Salvador Bullón, P. y Salvador Bullón, H.; *Comentario a la Ley de...*, cit., págs. 109 y 144 y 145.

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

Por lo que respecta a su capital social, hay que recordar que la SAS no podrá hacer llamamiento público al ahorro y que su capital deberá ser como mínimo igual o superior a 37.000 €, que deberá ser liberado en la mitad, y el resto en los cinco años siguientes. Aquí encontramos también otra ventaja ya señalada también en la comparación que llevábamos a cabo anteriormente. El capital social es mucho menor que el exigido en una SA española y aunque es bastante superior al de las SL, el hecho de poder desembolsarse durante los cinco años siguientes sin duda resulta una gran ventaja para el empresario que decida constituirse bajo ésta forma social⁷⁰³.

No obstante, la principal ventaja que presenta la SAS con respecto a las sociedades de capital españolas, y que sin duda no tiene parangón ni con una ni con otra, es el amplio margen reconocido por vía estatutaria a sus socios para adaptar la sociedad a sus necesidades concretas. En este sentido la libertad

⁷⁰³ Hay que tener en cuenta que tras la entrada en vigor de la Ley para la modernización de la economía, éste capital se suprime, de ahí que en ésta supuesta comparación con nuestros tipos societarios, la ventaja introducida por el ordenamiento francés no tendría parangón. La total libertad para establecer por vía estatutaria el montante del capital (véase art. 227 – 2 párrafo 2º del Cod. de com. francés) supone una ventaja más a tener en cuenta de la SAS.

estatutaria va más allá de lo reconocido en los derechos vigentes de SA⁷⁰⁴, 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 y sin perjuicio de que entremos a debatir esta cuestión en el último epígrafe del presente capítulo, 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.

2.- Comparación de la *société par actions simplifiée* francesa con la sociedad limitada nueva empresa española, como modelo de nueva implantación.

⁷⁰⁴ Tal como apunta muy acertadamente el profesor Esteban Velasco en "La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés...", *cit.*, pág. 441.

Antes de entrar a abordar el estudio comparativo de las particularidades propias de la SAS francesa con respecto a la SLNE española⁷⁰⁵, nos parece interesante hacer un examen preliminar de las principales diferencias que ésta última presenta con la SRL de la que toma su origen. Este estudio, puede servirnos como guía para entender si sería posible que sobre la base de la SRL sobre la cual también nosotros planteamos hipotéticamente la adopción de este modelo de flexibilización, pudieran adoptarse algunas de las ventajas que ofrece la SAS. En esta labor puede resultarnos de utilidad tener en cuenta, la experiencia práctica de un modelo consolidado y con regulación propia como es el de la SLNE, eso sí, sin entrar a valorar el dudoso éxito alcanzado por el mismo, que sin duda y lamentablemente ha sido muy escaso en nuestro ordenamiento.

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 empresas⁷⁰⁶, tal como lo expresa su propia exposición de motivos.

⁷⁰⁵ Nos remitimos en este punto al estudio que de la SLNE llevábamos a cabo en el epígrafe IV 1 del capítulo I de la primera parte del presente trabajo.

⁷⁰⁶ El hito concreto de ese proceso de agilización de trámites es la Recomendación de la Comisión Europea de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE, D.O. L 145, 5 de junio de 1997).

Desde este punto de partida, el Consejo Europeo de Ámsterdam de 16 y 17 de junio de 1997 declara el compromiso de simplificar la reglamentación jurídica y administrativa para mejorar la calidad de la legislación comunitaria y reducir la carga administrativa de las empresas, especialmente de las PYMEs. Fruto de todos estos impulsos surge la Carta Europea de la pequeña empresa adoptada en el Consejo Europeo de Santa María de Feira del 19 y 20 de junio de 2000.

El fracaso de esta figura se debe a que el legislador español a la hora de regular una normativa que favoreciese la creación de las PYMEs, cuyo peso es tan importante en nuestra economía actual, se limitó a reconocer esa agilización de trámites a la que antes nos referíamos única y exclusivamente para una forma social muy específica y con una regulación jurídica posiblemente demasiado rígida. Es decir, que, en lugar de favorecer la creación de PYMEs en general, lo que hace es favorecer la creación de un tipo de PYME muy concreto, con un capital relativamente pequeño y con un régimen jurídico no apropiado para muchas empresas necesitadas de una mayor flexibilidad⁷⁰⁷. Sin duda y a pesar de la frustración que ha supuesto esta figura en la que tantas esperanzas se habían puesto, se trata de una iniciativa valiosa, ya que a pesar de que los fines no han resultado los efectivamente deseados, la misma nos hace reparar en que el legislador es consciente de esa necesidad de cambio de la que nuestro Derecho societario está tan necesitada. Quizá este hecho deje una puerta abierta a la propuesta que nosotros planteamos en nuestro estudio.

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.

⁷⁰⁷ Véase en este sentido, Valpuesta Gastaminaza, E.M.^a; *La sociedad nueva empresa...*, cit., págs. 13 a16; 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.

Una vez analizada a grandes rasgos la iniciativa que supuso la creación de la SLNE en nuestro ordenamiento, entraremos a abordar un estudio comparativo previo de la SRL con la SLNE.

A pesar de que la SLNE es (o por lo menos pretendía ser) una SL simplificada, de ahí que no pueda hablarse de un nuevo tipo societario *stricto sensu* sino de una mera especialidad dentro de la SL⁷⁰⁸, las diferencias que presenta una y otra son sustanciales.

Con respecto a su constitución y estatutos, y en concreto en lo relativo a su denominación, mientras que la SLNE deberá contener una denominación subjetiva que incluya el nombre y apellidos de uno de los fundadores, más un código alfanumérico (art. 131 LSRL), la denominación de la SRL se llevará a cabo a elección de los fundadores, de modo que se podrá utilizar cualquier nombre siempre que no entrañe igualdad o parecido con denominaciones ya inscritas (arts. 2 LSRL y 395 y ss. del RRM).

Por lo que respecta al objeto social, el de la SLNE puede ser amplio e incluir actividades heterogéneas, siempre que no se trate de sociedades patrimoniales (art. 132 LSRL). Por el contrario y aunque la LSRL no impide que el objeto de la SRL sea amplio ni heterogéneo, no lo prevé como algo normal (de acuerdo con lo dispuesto por el art. 13 b de la LSRL y 178 del RRM). Además en este caso si podrán ser sociedades patrimoniales.

Por lo que respecta a los usos telemáticos para su constitución, quizá aquí radique una de sus novedades. Mientras la SLNE puede usar medios

⁷⁰⁸ Véase en este sentido, Díaz Echegaray, J.L; Carbajo, D. y Díaz Echegaray, M.; *La constitución de pequeñas y medianas empresas. La sociedad Limitada y la Nueva Empresa*, Ediciones experiencia, Barcelona, junio 2003, pág. 117.

telemáticos para la realización de sus trámites de constitución (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 134 de la LSRL), la SRL requiere de una tramitación presencial clásica, con la intervención de notario y registrador, así como de los organismos de la Seguridad Social y Hacienda.

En lo relativo a la utilización de estatutos orientativos, también encontramos una ventaja primordial que junto con la anterior podríamos calificar como notas características de la SLNE. Mientras en la SLNE se permite manejar unos estatutos orientativos, cuyo uso obliga al registrador mercantil a realizar la calificación en un plazo de 24 horas (art. 134.6 LSRL), en la SRL no se da cabida a este tipo de estatutos.

Por lo que respecta a la composición subjetiva y de acuerdo con lo que establecen los arts. 133.1 y 136.3 de la LSRL, sólo pueden ser socios de una SLNE las personas físicas. Por el contrario, podrán ser socios de una SRL tanto personas físicas como jurídicas.

En lo relativo al número máximo de fundadores, en la SLNE podrán ser de acuerdo con lo dispuesto por el art. 133.1 de la LSRL, no más de cinco, mientras que en la SRL este número es ilimitado.

Además y en la SLNE, una misma persona física no puede ser a la vez socio único de dos SLNE, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 133.2 de la LSRL, mientras que en la SRL (como en la SA), una misma persona física o jurídica puede ser socio único de varias SL (o SA, en su caso).

Por lo que respecta al capital social, el límite mínimo de 3.012 €, se impone para ambas figuras, no obstante en la SLNE se impone también un

límite máximo no superior a 120.202 € (de acuerdo con lo dispuesto por el art. 135.1), que en la SRL no se impone.

En relación con las aportaciones en la SLNE deberán aportarse al menos 3.012 € en metálico, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 135.2 LSRL. En la SRL las aportaciones podrán ser dinerarias o no dinerarias, sin límite de este tipo.

Como consecuencia de la nota que antes apuntábamos relativa a la imposibilidad que tienen las SLNE de constituirse por personas jurídicas, la transmisión de participaciones sólo podrá ser a favor de personas físicas de acuerdo con lo dispuesto por el art. 136.1 de la LSRL. Por el contrario, en las SRL, esta transmisión podrá llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto por el art. 29 de la LSRL, a favor tanto de personas físicas, como jurídicas.

Además, y por lo que respecta al libro registro de socios, en la SLNE, no es precisa su llevanza; de no llevarse, existe un régimen especial para la notificación y comunicación de la transmisión de participaciones y la constitución de derechos reales de acuerdo con lo dispuesto por el art. 137 de la LSRL. En la SRL por el contrario, este libro siempre debe llevarse, y así lo regula el art. 27 de la LSRL.

Por lo que respecta a los órganos sociales, en relación con la convocatoria de la junta general, en la SLNE ésta se llevará a cabo por disposición legal y podrá convocarse mediante correo certificado con acuse de recibo o por procedimientos telemáticos que hagan posible el conocimiento de la convocatoria de acuerdo con lo dispuesto en el art. 138 de la LSRL. En este punto vuelven a entrar en juego esas condiciones que tratan de encajar en la realidad práctica actual, y así teniendo en cuenta la generalizada utilización de

medios telemáticos en nuestra sociedad actual el legislador vuelve a introducir una nueva nota de modernidad aceptando la comunicación por estos medios.

Por el contrario, la SRL se atenderá al clásico modelo de convocatoria mediante anuncio publicado en el BORME y en un diario. Sólo si lo permiten los estatutos y de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 46.1 y 2 de la LSRL, podrá convocarse mediante anuncio en un diario o por un procedimiento de comunicación escrito que asegure la recepción del anuncio por todos los socios.

En relación con la constitución de un consejo de administración, hay que tener en cuenta que esta posibilidad se excluye en la SLNE de acuerdo con lo dispuesto por el art. 138, mientras que para la SRL sí que se contempla dicha posibilidad, a la luz de lo dispuesto por el art. 57.1.2 de la LSRL.

Por lo que respecta a los administradores, en la SLNE sólo podrán serlo los socios de acuerdo con lo dispuesto por el art. 139.3 de la LSRL. En la SRL, por el contrario, salvo disposición en contra de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio (art. 58.2 LSRL).

Además, en el caso de que existan varios administradores mancomunados, en la SLNE la representación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 139.2 de la LSRL, corresponderá a dos de cualquiera de ellos. En el caso de la SRL, se ejercerá al menos por dos de ellos, en la forma determinada en los estatutos de acuerdo con los que establece el art. 62.2 c).

En relación con la retribución de los administradores, en la SLNE el cargo podrá ser retribuido en la forma y cuantía que decida la junta general de acuerdo con lo dispuesto por el art. 139.3 de la LSRL. En la SRL por el contrario,

el cargo de administrador podrá ser retribuido si los estatutos así lo establecen, fijando además el sistema de retribución (art. 66 LSRL).

En relación con la duración de su cargo, en la SLNE el nombramiento del administrador es indefinido, aunque la junta podrá fijar un plazo de acuerdo con lo establecido por el art. 139.4 de la LSRL. En la SRL la duración del nombramiento del cargo de administrador es también indefinida, aunque en este caso serán los estatutos los que podrán fijar un plazo, que por lo tanto vinculará en principio al resto de administradores sucesivos (art. 60.1 LSRL).

En lo relativo a esta cuestión, hay que indicar una última diferencia que cuanto menos resulta curiosa, sobre todo teniendo en cuenta esa vocación de flexibilidad con la que en origen nació la figura de la SLNE.

Mientras en el acuerdo de separación del administrador en la SLNE el propio administrador no podrá votar de acuerdo con lo dispuesto por el art. 139.5 de la LSRL, en la SRL el administrador sí que podrá votar en el acuerdo de separación (art. 68 LSRL). Aquí se constata ese mayor endurecimiento del régimen jurídico de la SLNE al que antes nos referíamos. Aunque no sabemos la intención del legislador al excluir al propio administrador en la votación en la que se acuerde su propia separación, quizá las verdaderas razones que motivaron esta exclusión fueran una mayor imparcialidad, teniendo en cuenta que esta sociedad va dirigida a empresas de pequeñas dimensiones, en las cuales la decisión del administrador podría menoscabar la decisión común o el interés general del resto de los socios.

En relación con la modificación de los estatutos sociales, vuelve a entrar en juego una nueva restricción en la que constamos nuevamente esa mayor rigidez. En relación con las menciones objeto de modificación, en la SLNE sólo

se pueden modificar la denominación, el domicilio social, el capital social y la continuación de operaciones como SL ordinaria (arts. 140 y 144 LSRL). Por el contrario en la SRL se podrá modificar cualquier cláusula estatutaria de acuerdo con lo dispuesto por el art. 71 de la LSRL. En concreto, resulta de especial interés la modificación del capital social que en el caso de la SLNE deberá respetar en todo caso el límite máximo impuesto por el art. 135.1 de la LSRL al que antes hacíamos alusión. De no ser así, deberá optarse por la transformación en otro tipo social o por la continuación como SL, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 140.2. Por lo que respecta a la SRL, no existe límite máximo.

Además, y por lo que respecta al acuerdo de mayoría requerido en el caso de que la SLNE decida continuar su actividad como SL, será la mayoría exigible por el art. 53.1 de la LSRL⁷⁰⁹. Por el contrario, en la SRL cualquier modificación estatutaria requiere la mayoría del art. 53.2⁷¹⁰.

Ya por último, y por lo que respecta a la disolución de la sociedad, también encontramos una diferencia clave. Mientras la SRL se sujeta a las ya conocidas causas de disolución recogidas en el art. 104 de la LSRL, en la SLNE se añaden dos nuevas causas de acuerdo con lo dispuesto por el art. 142. Por un

⁷⁰⁹ Este artículo establece que: "Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco".

⁷¹⁰ El mismo dispone que: "Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior: a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales para la que no se exija mayoría cualificada requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social". b) La transformación, fusión o escisión de la sociedad, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital, la exclusión de socios....., requerirán el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social...".

lado, las pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social durante al menos seis meses, a no ser que se restablezca dicho patrimonio en dicho plazo; y por otro, por resultar aplicable el régimen de las sociedades patrimoniales.

Además, y por lo que respecta a los beneficios fiscales, aquí sí que encontramos una ventaja con respecto a la SRL. Mientras que la SRL seguirá el régimen fiscal general, la SLNE gozará de una serie de beneficios fiscales que se concretan, entre otros, en un aplazamiento de pago de determinados impuestos, atribuidos tanto por la disposición adicional decimotercera de la LSRL, como por el Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica.

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

Además y aunque la SLNE nació con la vocación de constituirse en una modalidad simplificada de SRL, la rigidez de su régimen jurídico en algunos aspectos distan bastante de convertirla en un modelo tal. Por el contrario, la SAS, sí que puede concebirse como un modelo simplificado de SA. Se trata de un tipo societario que con un marcado carácter flexible y personalista, trata de

ajustarse a empresas constituidas, por lo general, por un número reducido de socios que intentan buscar soluciones a problemas prácticos, que en el plano tipológico no se adaptan ni a la forma abierta de SA, ni al régimen de la SRL.

Si atendemos a cuestiones más formales, podemos reparar en muchos de los aspectos que ya apuntábamos con anterioridad al compararla con la SRL. En esencia muchas de las diferencias señaladas con respecto a la SRL volvemos a encontrarlas al enfrentarnos al estudio comparado con la SAS.

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

Con respecto al capital social aquí volvemos a encontrar nuevamente las cuestiones relativas a los límites. Mientras en la SLNE tal como apuntábamos con anterioridad, se impone un límite mínimo de 3.012 € y máximo de 120.020 €, la SAS regula un límite mínimo que deberá ser igual o superior a 37.000 €, pero no se estipula nada respecto a un límite máximo. No obstante, este límite se suprime con la nueva regulación introducida por la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008.

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

como veíamos antes sólo podrán ostentar la condición de socio las personas físicas.

Con respecto a las aportaciones, vuelve a entrar en juego la misma diferencia que apuntábamos con respecto a la SRL. Mientras que en la SAS podrán efectuarse aportaciones tanto en dinero como in natura, y las aportaciones en industria no pueden estar representadas por acciones⁷¹, de modo que no pueden dar la condición de socio en una SAS; en la SLNE se exige nuevamente un límite y es que al menos 3.012 € deberán aportarse en metálico. Por lo que respecta a la denominación social las diferencias son las mismas que las que ya apuntábamos con respecto a la SRL.

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

⁷¹ Recordemos que dicha prohibición se suprime con la nueva Ley de modernización de la economía.

español ha supuesto la creación de ésta figura, nos quedaríamos con la SAS. Dado que, la flexibilidad y adaptabilidad que nos ofrece la SAS no la encontramos en la SLNE, en la que salvo tres escasas ventajas que, como ya apuntábamos con anterioridad, intentan en cierto modo simplificar y agilizar los trámites de constitución de las pequeñas empresas, la rigidez de muchas otras de sus normas son la clave del fracaso que por el momento la misma ha experimentado en la práctica empresarial.

IV.- CONCLUSIONES GENERALES A LA LUZ DEL PANORAMA EXISTENTE EN EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL.

Una vez analizados los posibles cauces de aplicación de las principales ventajas que ofrece la SAS en base a las peculiaridades de nuestro ordenamiento⁷¹², así como las formas societarias que podrían resultar más adecuadas en base a los tipos existentes en Derecho español, hemos llegado a la conclusión de que el cauce idóneo sería el recurso a los pactos parasociales y la forma más idónea sería la SRL.

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

⁷¹² Estas cuestiones de aplicación concreta, serán analizadas con detalle en el capítulo V de la presente parte de esta tesis.

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

Tal como apuntábamos 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, éstos distan mucho de estar concebidos como los estatutos de la SAS, en los que la libertad estatutaria va más allá de lo que hasta ahora se había reconocido en los Derechos vigentes de SA⁷¹³. Si a ello le sumamos la tendencia de los notarios a utilizar formularios o modelos preredactados, y la tendencia de los registradores a no inscribir ciertas cláusulas a las que aludíamos en el epígrafe introductorio, no es de extrañar que en la práctica los estatutos no sean capaces en ocasiones de cumplir con el fin con el que inicialmente se concibieron y que en el supuesto planteado supondrían, aún más si cabe, un inconveniente de difícil solución.

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

⁷¹³ Véase en este sentido, Esteban Velasco, G.; "La nueva sociedad por acciones simplificada...", cit., pág. 441.

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 éstos no han cumplido con el fin que de unos años a esta parte viene reclamando el Derecho societario. Dado que, inspirados por esa tendencia desreguladora que de un tiempo a esta parte viene caracterizando a nuestro Derecho en el ámbito comunitario, en lugar de conseguir esa modernización y simplificación que propugnan constantemente los textos europeos, 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 la Propuesta de Código de sociedades mercantiles y en la normativa que dio paso a crear la SLNE. Quizá hay un apunte que nos parece interesante destacar y que claramente es el reflejo de ese *numerus clausus* que, como es notorio rige en nuestro ordenamiento. El legislador, al configurar esta nueva forma societaria se ciñó al catálogo de figuras societarias existentes, sin entrar a valorar nuevos modelos de operación societaria. Esto confirma la idea anteriormente esbozada según la cual, la posible adopción de una nueva forma societaria debería revestir la forma de una de las figuras societarias conocidas por nuestro ordenamiento, como también lo hizo el francés y otros ordenamientos europeos. Aunque no imposible, los intentos de nueva tipificación en nuestro ordenamiento parece que deben revestir la forma de un modelo preexistente, pues la nueva tipificación de un modelo desconocido, resultaría sin duda mucho más complicada. No obstante, no hay que cejar en el empeño de proponer nuevas iniciativas que fomenten esa creación de modelos más acordes con la práctica societaria, aunque ello suponga una importante reelaboración de muchas de nuestras normas en la materia.

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

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

CAPÍTULO V

VIABILIDAD EN LA APLICACIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, DE ALGUNAS DE LAS VENTAJAS QUE OFRECE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA FRANCESA.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO COMPARADO.

1.- El marco tipológico de referencia en Derecho español (remisión).

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 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 SRL⁷⁴, también consideramos interesante introducir

⁷⁴ Olivencia Ruiz, M.; en "Rasgos definitorios del tipo de sociedad de responsabilidad limitada", AA.VV.; *Nuevo régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Fundación El Monte, Sevilla, 28 y 29 de enero de 1998, págs. 29 y ss, examina detalladamente las características de la SRL tras la reforma de la Ley 2/1995 de 23 de marzo. Del mismo autor véase, "La caracterización legal de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación cultural del notariado, Madrid, 1997, págs. 148 a 151. En este sentido nos habla de una serie de postulados que identifican a la SRL como una sociedad de naturaleza híbrida; de carácter esencialmente cerrado; con un régimen jurídico flexible que supone una mayor

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 a nuestra SRL, encuentra una vía de aplicación similar a través de las iniciativas adoptadas en orden a configurar un modelo de sociedad privada europea⁷⁵. Si ésta podría ser la base del modelo de una futura SPE⁷⁶, ¿porqué no serlo de un subtipo de nuestra SRL?

amplitud al juego de la autonomía de la voluntad. En este mismo sentido véase la caracterización que de la misma lleva a cabo Fernández de la Gándara, L.; "La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital", Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 7 a 13, en la que también apunta esa mayor flexibilización y pretensión de ofrecer un marco jurídico más ajustado a las exigencias del mundo empresarial. También lleva a cabo en este mismo sentido una interesante caracterización de la misma, Velasco San Pedro, L.A.; en "Concepto y caracteres de la sociedad de responsabilidad limitada", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 39 y ss. Del mismo modo Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; en "Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada", Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 95 y ss., nos habla de una sociedad cerrada, que no puede acudir al mercado de valores y de carácter más o menos personalista, según el contenido de sus estatutos. Esta misma caracterización la encontramos en Arroyo, I.; "Concepto", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 26 y ss.

⁷⁵ Véase al respecto el estudio de esta figura llevado a cabo en el capítulo III 1 B) del capítulo I de la presente tesis.

⁷⁶ 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

No cabe duda de que nuestro ordenamiento se ha caracterizado por una dualidad de modelos societarios⁷¹⁷ abanderados tradicionalmente por la SA⁷¹⁸, que dominaron y siguen dominando nuestro panorama empresarial⁷¹⁹ y que proyectos como el gestado con la adopción de la SLNE, a pesar de su fracaso,

fermée européenne”, 1997; ANSA, 1998, doc. N° 2921; así como, Outin-Adam, A. y Simon, J; “Pour une société privée européenne », Bull. Joly, marzo 1999, pág. 337 ; y, Colombari, 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.

⁷¹⁷ Véase en este sentido, Fernández de la Gándara, L.; “La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español...”, *cit.*, pág. 7.

⁷¹⁸ Esto fue así, en principio, hasta la entrada en vigor de la LSA de 1989. La realidad mostraba una forma social predominante, la SA, con independencia de la entidad de la empresa. A su lado, la SRL aparecía como una forma claramente infrautilizada. Las razones de este fenómeno eran varias: falta de exigencia de un capital mínimo para constituir una SA; prestigio sociológico de esta forma social frente a la SRL; y sobre todo, la propia brevedad e insuficiencia del texto regulador de esta sociedad (LSRL de 1953), generador, en consecuencia, de una notable inseguridad jurídica. A partir de esa fecha se constata que creció espectacularmente el número de SRL de nueva creación, en detrimento de las anónimas. De hecho, puede estimarse que más de un 95% de las sociedades de capital que se constituyen actualmente en España lo hacen bajo la forma de la limitada. En este sentido véase la estadística del Registro Mercantil Central sobre el número de sociedades constituidas en el periodo de 1995-2005, apuntada por Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. en *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 29ª 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 ..., *cit.*, págs. 16 *in fine* y 17.

⁷¹⁹ 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.

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 socios⁷²⁰ en el Derecho de sociedades, aprovechando la experiencia de una figura consolidada y con regulación propia como es la SAS.

2.- La SAS como alternativa al marco normativo general y su evolución reciente a una mayor flexibilidad.

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

⁷²⁰ 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 como 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.

socios, así como definir libremente las condiciones de las decisiones de los mismos, todo ello unido a una gran libertad estatutaria⁷²¹.

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 nº 2008-776⁷²² de 4 de agosto de 2008, todos estos obstáculos se verán de sobra salvados⁷²³.

Sin duda éste nuevo reto propuesto en Francia con ésta Ley y especialmente con la nueva propuesta de flexibilización de la SAS, volvería a poner en tela de juicio el mantenimiento de nuestras clásicas estructuras societarias, frente a la continua modernización y flexibilización del Derecho societario francés, que no encontraría, ahora sí, parangón con ningún otro ordenamiento europeo al respecto. Ni siquiera, cabría decir, que encontraría comparación con el supuesto de simplificación propuesto por el Derecho inglés, que como ya apuntábamos en el capítulo I se caracterizaba también por una gran flexibilidad. Ya que mientras éste último, se configura sobre un modelo al que se le presupone *a priori* cierta flexibilidad, como es la SRL, el modelo

⁷²¹ En este sentido resultan de interés las cuestiones planteadas por Charvériat, A.; en *La refonte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme?*, Option Finance, nº 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.

⁷²² ECEX0808477L.

⁷²³ Véase, Hovasse, H.; "Bientôt la société par actions...", cit., pág. 6; Saintourens, B.; "Les réformes du droit des sociétés...", cit., págs. 477 y ss. Véase también, *supra* capítulo III, apartado I 2.

francés se inspira en la SA, que suele caracterizarse por una estructura mucho más rígida.

II.- PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS EN BASE A UNA COMPARACIÓN DEL DERECHO FRANCÉS Y EL ESPAÑOL.

1.- Presentación.

Dada la amplitud de la materia, nuestro estudio no pretende examinar exhaustivamente todos y cada uno de los elementos característicos de nuestras figuras societarias con respecto a la SAS, sino que únicamente se centrará en analizar *grosso modo*, algunos de los elementos básicos de la constitución, organización y funcionamiento de la SAS que podría resultar de especial interés aplicar en nuestro ordenamiento. Se trata de tres aspectos básicos a la hora de contemplar el régimen jurídico de un tipo societario, que permitirá apreciar, a su vez, el relieve de la autonomía de la voluntad en cuestiones esenciales de la existencia y funcionamiento de la sociedad.

Conviene recordar⁷⁴, que como nuestras figuras societarias de referencia, la SAS nace a la vida jurídica por constitución o por transformación de una sociedad existente.

⁷⁴ Véase al respecto epígrafe II, apartados 1 y 2 del capítulo III del presente trabajo.

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 art. 227-1 del Cod. de com. francés.

A pesar de su carácter flexible y simplificado, tantas veces señalado, la SAS no puede hacer llamamiento público al ahorro, lo cual la convierte en una sociedad cerrada, aunque este aspecto sería uno de los que menos nos interesaría a efectos de nuestro estudio, dado que éste no aspira a considerar un modelo de sociedad cotizada, sino más bien una estructura flexible, adaptable a empresas de pequeña o mediana envergadura.

Además, el hecho de que haya determinados aspectos de nuestras formas societarias que resulten más adecuados en aras de configurar un nuevo modelo societario, nos indica que lo perfecto no sería una transposición idéntica del modelo implantado por el ordenamiento francés, sino que lo que ideal sería una conjugación de lo mejor de la experiencia española, con lo mejor de la experiencia francesa.

Recordemos *a priori*, que uno de los aspectos sin duda a tener en cuenta de la SAS son sus socios, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, y que gozan de una gran autonomía para configurar la forma social que más se adapte a sus necesidades. Su capital social que habrá de ser suscrito íntegramente, deberá ser igual o superior a 37.000 €⁷²⁵. Además, pueden efectuarse aportaciones susceptibles de valoración económica o *in natura*, pero por lo que respecta a las aportaciones en industria, éstas no podrán ser

⁷²⁵ Téngase en cuenta que desde el 1 de enero de 2009 se ha suprimido la exigencia de capital.

representadas por acciones⁷²⁶, de modo que no podrán dar la condición de socio en una SAS. 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 su funcionamiento.

Por lo que respecta a su funcionamiento y gestión, los estatutos fijarán 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 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 distribución de competencias 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 configuración 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, así como la disolución y liquidación de la misma que entrañarán, según los casos, consecuencias y efectos distintos. No obstante, quizás en este punto, una flexibilidad excesiva pueda ser más perjudicial que beneficiosa, de ahí que no abogemos por una flexibilidad absoluta en lo que a modificaciones estructurales se refiere.

⁷²⁶ Prohibición también suprimida por la nueva Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008.

2.- La constitución de la sociedad.

Antes de entrar a analizar las particularidades propias de la constitución de la SAS con nuestras formas societarias, es conveniente recordar que la libertad contractual se situó por el legislador francés, en el centro del sistema jurídico de la SAS⁷²⁷. Dentro de nuestro ordenamiento, ésta misma característica parece también predicarse con respecto a la SRL; así se constata en la propia exposición de motivos de su texto regulador, en la naturaleza predominantemente dispositiva de sus normas y en el menor grado de rigor de su regulación⁷²⁸. De este modo, la autonomía de la voluntad constituye la regla general de las SRL, frente a nuestras SA⁷²⁹.

La SAS, al igual que el resto de figuras societarias francesas, se regula en el propio texto del Cod. de com. francés, concretamente en el libro II, título II, arts. L. 227-1 a 227-20. Ya encontramos aquí una diferencia esencial con nuestro ordenamiento. Mientras el Derecho francés recoge en un solo cuerpo normativo toda la regulación relativa a sus tipos societarios, en el Derecho español, a pesar de los diversos intentos y recomendaciones, la última de las cuales ha tenido lugar recientemente con el Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 30 de mayo de 2008⁷³⁰, no puede hablarse, en modo alguno, de planteamiento unitario y

⁷²⁷ Véase en este sentido a, Périn, P.L.; en *La société par actions...*, cit., pág. 35 *in fine*.

⁷²⁸ Véase en este sentido, Olivencia Ruiz, M.; en "Rasgos definitorios del tipo de sociedad de responsabilidad limitada", AA.VV.; *Nuevo régimen jurídico...*, cit., pág. 33.

⁷²⁹ Véanse al respecto, Lucena González, P.A., en "Apuntes sobre la autonomía de la voluntad...", cit., pág. 58; Bercovitz Rodríguez-Cano, A. en "Origen y evolución histórica de la sociedad de responsabilidad limitada", en *La Sociedad de Responsabilidad...*, cit., págs. 56 y ss.

⁷³⁰ 121/000004, nº 4-1.

nuestra normativa sigue encontrándose dispersa en distintas leyes que poca unidad confieren al sistema normativo societario.

Siguiendo el orden que nos facilitan tanto nuestra LSA como nuestra LSRL, abordaremos el estudio comparativo en torno a la fundación de la sociedad sobre la base de tres aspectos concretos. En primer lugar analizaremos los requisitos constitutivos de las sociedades objeto de estudio; en segundo lugar, las particularidades relativas a sus escrituras de constitución y estatutos; y en tercer y último lugar sus especificidades respecto a su nulidad⁷³¹.

Como premisa debemos apuntar que la diferencia más significativa que encontramos en punto a los requisitos constitutivos de nuestras SA y SRL con respecto a la SAS, es el necesario otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro mercantil que impone nuestra Ley para su válida constitución⁷³². En la SAS sí es necesaria dicha inscripción de los estatutos en el registro de comercio y de sociedades, pero nada se establece respecto a una necesaria escritura de constitución. Ahí radica, tal como apuntábamos anteriormente, una de las principales ventajas de la SAS, que nos permiten hablar de un régimen más flexible y simple. De ahí que los estatutos se conviertan en la pieza clave de éste tipo de sociedad. Ello unido a la gran libertad conferida a los socios para organizar el funcionamiento de la sociedad, hasta el punto de que determinados autores hablan de una "página en blanco"⁷³³, no es de extrañar el atractivo que esta figura representa en el panorama societario europeo.

⁷³¹ Véase al respecto, Garay G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas explicada*; Editorial Londonbil, S.L., Madrid, 2004, págs. 30 a 36.

⁷³² Garrido de Palma, V.M.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 5.

⁷³³ Véase en este sentido, Périn, P.L.; en *La société par actions...*, cit., pág. 57, se refiere a ellos como "une page blanche".

A) Requisitos constitutivos.

Si atendemos, a las principales peculiaridades que caracterizan tanto a la SAS como a nuestras principales figuras de referencia, no encontramos grandes diferencias. Si atendemos, por ejemplo, a aspectos como su concepto, objeto social, denominación, nacionalidad y domicilio no hay ninguna particularidad a remarcar, ya que todas ellas se rigen por parámetros similares⁷³⁴. Además en las tres sociedades, la responsabilidad de sus socios se limita al montante de sus aportaciones.

Donde si hay que reparar *ab initio*, es en la prohibición de realizar llamamiento público al ahorro tanto para la SAS⁷³⁵, como para nuestra SRL⁷³⁶. Quizás esta prohibición se deba a ese carácter personalista, flexibilizador y a la vez cerrado⁷³⁷ característico de estos tipos societarios.

⁷³⁴ Véase en este sentido, epígrafe II, 1 A) del capítulo III de la presente tesis. En este punto se explica que las condiciones de constitución de la SAS, además son las mismas que las exigidas para la constitución de la SA francesa. A este respecto, le serán de aplicación las reglas relativas a la SA, a excepción de los arts. L 225-17 a L 225-126, y L 225-243, tal como establece el propio artículo. Véanse en este sentido, Périn, P.L.; *La société par actions...*, cit., pág. 40 a 42; Azarian, H.; *La société par actions simplifiée. Création, fonctionnement, évolution*, Litec NexisLexis, 2ª ed., Paris, 2007, págs. 25 y ss.; y, Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 38 y ss.

⁷³⁵ Véase al respecto, Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; en *Droit des...*, cit., pág. 391

⁷³⁶ Véanse en este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; en "Noción y características de la sociedad...", cit., pág. 97; y, Arroyo Martínez, I. y Miquel González, J.; "Prohibición de emisión de obligaciones", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 86 y ss.

⁷³⁷ Véanse al respecto las interesantes consideraciones y las distintas opiniones doctrinales que al respecto recoge, 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, págs. 3131 y 3132.

Por lo que respecta a los socios tanto de la SAS como de nuestras SA y SRL, tampoco encontramos grandes diferencias. Las tres podrán constituirse por personas físicas o jurídicas, con unas exigencias de capacidad física y jurídica que no varían de las requeridas con carácter general. Además, y por lo que respecta al límite mínimo de socios, también es el mismo. Respecto a la existencia de un posible límite máximo, tampoco existe ninguna particularidad a remarcar dado que ni la SAS, ni las SA y SRL españolas estipulan un límite máximo de socios⁷³⁸.

Si atendemos al capital social de unas y otras, encontramos que tanto la SA como la SAS hablan de una división del capital social en acciones y no en participaciones como la SRL. Ello se debe sin duda no sólo a la inspiración de la SAS en este tipo societario, sino también a esa remisión normativa de la SAS a la misma. Mientras que la SAS exigía un capital mínimo igual o superior a 37.000 €⁷³⁹, nuestras SA y SRL exigen, como es bien sabido, un capital de 60.101,21 y 3.005, 06 € respectivamente. No obstante, la nueva Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008, suprime ese capital mínimo para las SAS, con lo cual en éste punto la flexibilidad reconocida por el legislador francés no encontraría comparación con nuestras figuras de referencia.

Por lo que respecta a las aportaciones sociales, al igual que en la SAS, en nuestras sociedades tanto anónimas⁷⁴⁰, como de responsabilidad limitada⁷⁴¹, las

⁷³⁸ Recordemos no obstante que la LSRL de 1953 sí que estipulaba un límite no superior a cincuenta socios.

⁷³⁹ Capital que con la nueva ley se suprime.

⁷⁴⁰ Véanse en éste sentido los comentarios del art. 36 de la LSA de Lojendio Osborne, I.; "Aportaciones sociales", en Rodrigo, U., Menéndez, A. y Olivencia, M., en *Comentario al*

aportaciones de industria no podrán conferir la condición de socio en la sociedad, sin perjuicio del reconocimiento de las prestaciones accesorias que por vía estatutaria podrán establecerse a cargo de uno o varios accionistas, pero que en ningún caso integrarán el capital social. Estas aportaciones se representan en el caso de la SAS⁷⁴² y de la SA por acciones y en la SRL por participaciones cuyo valor nominal se determinará en los estatutos sociales.

También es conveniente apuntar que mientras la normativa propia de la SAS estipula que su duración, que no podrá exceder de los 99 años, deberá estipularse en los estatutos de acuerdo con lo dispuesto por el art. L. 210-2 del Cod. de com.; nuestra LSRL dispone en su art. 14.2⁷⁴³ que salvo disposición contraria de los estatutos la sociedad tendrá duración indefinida.

Dado que las particularidades básicas propias de la SAS no presentan con respecto a nuestras figuras societarias diferencias o ventajas significativas que destacar en el tema que ahora nos ocupa, consideramos que no es necesario detenerse más en este punto. Lo que quizá sí sería recomendable para configurar un modelo societario como el que aspiramos a conseguir, sería tener en cuenta que a la hora de estipular los requisitos constitutivos básicos habría

régimen legal de las sociedades mercantiles, Civitas, Madrid, 1993, págs. 17 y ss.; y, Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R.; "Objeto y título de la aportación", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...., cit.*, págs. 391 y ss.

⁷⁴¹ Véase al respecto el comentario del art. 18 de la LSRL de, Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R.; "Objeto y título de la aportación", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...., cit.*, págs. 217 y ss.

⁷⁴² Véase epígrafe II, 1 A), c) del capítulo III

⁷⁴³ Véase, Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R.; "Comienzo de las operaciones y duración de la sociedad", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...., cit.*, págs. 190 y 191.

que atenerse a los propios de la SRL, sin perjuicio de que sigamos haciendo somera alusión a los de la SA. Esto se debe a que sobre todo en punto al límite del capital social, y en general a los requisitos de constitución y funcionamiento de la misma, este resulta mucho más atractivo que el que nos ofrece la SA.

Sobre la base de esta premisa, quizá la denominación de la sociedad que regula como es sabido el art. 2 de su texto regulador, podría incluir como lo hace la SAS la referencia al término “simplificada”, pudiendo adoptar la denominación de “sociedad limitada simplificada” o las siglas “SLS”. La eficacia de esta sugerencia, como es evidente, requiere la oportuna modificación legislativa.

B) Escritura de constitución y estatutos sociales.

Sin duda, éste es uno de los puntos más relevantes de nuestro estudio. Por un lado, porque, de acuerdo con lo que establecen los arts. 7 y 11 de la LSA⁷⁴⁴ y de la LSRL⁷⁴⁵, respectivamente, la sociedad se constituirá mediante escritura pública, inscrita en el Registro mercantil. Y por otro, porque si los estatutos se configuran por antonomasia como el documento que, sobre la base de la autonomía de la voluntad reconocida a los socios, recoge las normas de

⁷⁴⁴ Véanse al respecto el comentario de los arts. 7 y 8 de la LSA de Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R.; “Constitución e inscripción”, y “Escritura de constitución”, en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, págs. 87 y ss, y 103 y ss.

⁷⁴⁵ A este respecto véase el comentario del art. 11 de la LSRL relativo a la constitución de la SRL de, Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R.; “Constitución de la sociedad”, en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, págs. 105 y ss.

funcionamiento de la sociedad, en el ámbito de la SAS este documento alcanza su máximo exponente, convirtiéndose en una de las piezas clave de su éxito⁷⁴⁶.

La comparación del funcionamiento de este instrumento en la SAS, con respecto a las particularidades de nuestro ordenamiento, resulta, sin duda, de un gran interés, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de hacer viable en nuestro Derecho, en su caso, el amplio margen de flexibilidad que los caracteriza.

Sobre la base de lo dispuesto por los arts. 7 de la LSA y 11 de la LSRL, y de acuerdo con lo que establecen los arts. 8 y 12 de los mismos textos normativos, la escritura de constitución⁷⁴⁷ de toda sociedad deberá expresar,

⁷⁴⁶ Stucki, D.; "Statuts de société par actions simplifiée unipersonnelle", Dr. soc., novembre 1999, pág. 4 y ss. y JCPE n° 40, 7 octobre 1999, pág. 1568 ; Masquelier, F. y Simon de Kergunic, N. ; "Quelques conseils pour la rédaction des statuts d'une société par actions simplifiée", Le Dalloz, 2000, n° 9, p. 3 y ss ; Daublou, G. ; "Formule de statuts de société par actions simplifiée", Defrénois n° 7/00, pág. 413 ; Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, cit., págs. 30 a 36.

⁷⁴⁷ Véanse las consideraciones al respecto de la escritura de constitución y estatutos en la SRL de Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R.; "Escritura y estatutos" *in fine* y "Estatutos", *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 136 y 147 y 148; así como, Blanquer Uberos, R.; "Escritura y estatutos en la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 221 y ss.; Rodríguez Martínez, J.D.; "La constitución de la sociedad: escritura y estatutos", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 103 y ss.; Garrido de Palma, V.M.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 18; Domínguez García, M.A.; "La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 147 y ss. Por lo que respecta a la SA véanse, Martínez Cortés, J.; "La constitución de la sociedad anónima", en AA.VV.; *¿Sociedad anónima o ...?*, cit., págs. 74 y ss.; Sánchez Álvarez, M.; *La fundación de la sociedad anónima*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, págs.

como es bien sabido, la identificación de los otorgantes, la voluntad de fundar la sociedad en cuestión, las aportaciones realizadas por cada socio, los estatutos de la sociedad, la identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad, y en el caso de tratarse de una SRL además, la determinación del modo en que inicialmente se prevé organizar la administración de la misma. Si se trata de una SRL además, ésa escritura de constitución deberá ser otorgada por todos los socios fundadores⁷⁴⁸.

No obstante, sí que hay que apuntar que estos requisitos de constitución a pesar de ser similares son mucho más exhaustivos y rigurosos por lo que a la SA se refiere⁷⁴⁹. En éste sentido sólo hay que estar a los dispuesto por el legislador en el apartado II 3 de la exposición de motivos de la LSRL, que apunta a "la flexibilidad del régimen jurídico, relativamente simple, a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias".

Esta materia, no del todo lograda con el desarrollo de nuestra Ley, tiene su reflejo en la normativa de la SAS, que persigue un fin similar.

Si seguimos leyendo lo dispuesto por el legislador en este mismo punto podemos reparar en que al establecer que "al imprescriptible mínimo

125 y ss.; Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades...*, cit., págs. 5 y ss. Sobre todo resultan de gran interés las consideraciones que al respecto lleva a cabo Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 92 y ss, que a pesar de ser redactado sobre la base de la Ley de 1951 introduce importantes precisiones al respecto.

⁷⁴⁸ Resulta de gran interés el comentario que del mismo llevan a cabo, Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R. en "Escritura de constitución", *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 126 a 136; en el mismo sentido, G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas...*, cit., págs. 31 y ss.

⁷⁴⁹ Véase en este sentido, Sánchez Álvarez, M.; *La fundación de...*, cit., pág. 148 y ss.

imperativo se añade un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada, que los socios pueden derogar mediante las oportunas previsiones estatutarias. Los estatutos pueden acentuar el grado de personalización...”, explícitamente se está reconociendo un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los socios para configurar una sociedad que se adapte a sus necesidades prácticas, por vía estatutaria. Ésta misma nota se predica de las SAS francesas, de ahí que el eje principal sobre el que se fundamentará la autonomía de la voluntad de los socios sean los estatutos sociales.

Al entrar a analizar *grosso modo*, las particularidades propias de los estatutos de nuestras SA y SRL no es difícil apreciar que las exigencias requeridas para las SA son mucho mayores a las de las SRL. De este modo, si atendemos a lo dispuesto por el art. 9 de la LSA⁷⁵⁰ constatamos que en los estatutos de una SA se deberán hacer constar una serie de menciones detalladas que distan de conseguir una figura flexible o al amparo de la voluntad de los socios. Recordemos en este sentido que las menciones exigidas para la formalización de los estatutos de la SA se concretan, como es sabido, en los siguientes aspectos: la denominación de la sociedad, el objeto social y la duración de la misma, el domicilio social y el órgano competente para decidir en su caso el traslado de sucursales, el capital social y el número de acciones en que éste se divida, así como todas sus especificaciones, la estructura detallada del órgano al que se confía la administración de la sociedad, el modo de deliberación y adopción de acuerdos de los órganos colegiados de la sociedad, la fecha del cierre del ejercicio social, las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, el régimen de prestaciones accesorias y en su caso, los derechos especiales reservados a los fundadores. De este modo constatamos que a pesar

⁷⁵⁰ Véase, Miquel Rodríguez, J.; “Estatutos sociales”, en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 122 y ss.

de que por vía estatutaria se permite dar cabida a la autonomía de la voluntad de los socios esta exhaustiva y detallada exigencia normativa hace difícil la realización de un propósito serio de flexibilidad.

El planteamiento parece que ha de ser otro si atendemos a lo dispuesto en el art. 13 de la LSRL⁷⁵¹ con respecto a los estatutos de la SRL. A tenor de lo dispuesto por el propio artículo “en los estatutos se hará constar, al menos”; esta precisión no la encontramos en los que a la SA se refiere. En nuestro criterio, el legislador introduce con este término “al menos” un tono flexibilizador al precepto. Además, las exigencias legislativas, como apuntábamos con anterioridad son mucho menores limitándose a la denominación de la sociedad, el objeto social, la fecha de cierre del ejercicio social, el domicilio, el capital social y las participaciones en las que el mismo se divida y el modo o modos de organizar la administración de la sociedad.

Si atendemos abstractamente a las características de un tipo y otro⁷⁵², sin duda volvemos a reparar en que los estatutos de la SRL se adecuan con mayor facilidad al modelo societario flexible que aspiramos a conseguir, dado que, los mismos se acercan más a las particularidades propias de los estatutos de la SAS que analizábamos en el capítulo III⁷⁵³. Esa mayor flexibilidad y simplificación que los caracteriza, frente a la rigidez típica de los de la SA, y que los hace más proclives a dar cabida a la autonomía de la voluntad de los socios, también se predica respecto a su procedimiento de fundación, mucho más complejo, como es bien sabido, por lo que a la SA se refiere.

⁷⁵¹ Véase el comentario de este artículo de, Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R.; “Estatutos”, en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, págs. 136 y ss.

⁷⁵² Véase en este sentido, Equipo jurídico DVE, *Las diferencias entre S.L...., cit.*, págs. 26 a 31.

⁷⁵³ Véase en este sentido, II, 1 B) del capítulo III.

Además, y aquí si encontramos una diferencia que marca esa mayor flexibilidad de las SAS respecto a nuestras sociedades en general, mientras que los estatutos de nuestras sociedades son una parte de la escritura de constitución, con la que integran una unidad inseparable, los estatutos de la SAS actúan de forma autónoma y constituyen su carta fundadora⁷⁵⁴. Su firma marca el punto de partida de la constitución de la sociedad. No obstante, tanto unas (SA y SRL) como otra (SAS), sólo adquirirán personalidad jurídica con su inscripción en el Registro mercantil, en el caso español, y en el *Registre du commerce et des sociétés*, en el caso francés.

A pesar de que ésta posibilidad prevista por el ordenamiento francés resulta muy útil y práctica a la luz del Derecho español, sería de imposible adopción entre nosotros, ya que los dos documentos van indisolublemente unidos, aunque no se exija su redacción en un documento conjunto. Por otro lado, a pesar de la aparente flexibilidad que parecen aportarnos los estatutos de nuestras SRL, el hecho de que preceptos de su Ley reguladora, como el art. 30, estipulan expresamente una serie de cláusulas estatutarias prohibidas, lo que merma, indudablemente, la autonomía de la voluntad de sus socios.

Estas exigencias impiden esa casi total libertad reconocida a los estatutos de la SAS francesa, de ahí que, tal como apuntábamos en el capítulo anterior, a la luz de nuestra normativa, el único cauce en el que podríamos encontrar una parcela de libertad que permitiese introducir todas aquellas estipulaciones que los socios consideraran conveniente, sería a través del recurso a los pactos parasociales⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ Véase al respecto, Masquelier, F. y De Kergunic, N.S.; *Société para actions...*, cit., pág. 34 *in fine*.

⁷⁵⁵ Véase, Madridejos Fernández, J.M., "Los pactos...", cit., pág. 194.

Por otro lado, junto a los aspectos señalados anteriormente, hay que apuntar que este papel fundamental que juega el socio en la SAS, no sólo encontrará su máximo exponente, en lo que a su organización se refiere, sino que también quedará reforzado por vía estatutaria por lo que respecta a las decisiones colectivas y también a los derechos que por vía estatutaria se confieren a los socios. Sobre estas cuestiones volveremos en el epígrafe siguiente, pero por lo que afecta a las decisiones colectivas sí que es importante destacar, en este momento, que los estatutos gozan de total libertad para determinar las modalidades a través de las cuales podrán adoptarse dichas decisiones colectivas, así como, su forma de consulta⁷⁵⁶. Aquí encontramos, de nuevo, una diferencia esencial con el régimen jurídico aplicable a las sociedades españolas, determinado por la Ley; ésta sería una de las peculiaridades a tener en cuenta para articular una figura societaria verdaderamente flexible, aunque una cláusula tal sólo sería aplicable a la luz de nuestra normativa, por vía de pacto parasocial, como ya se ha indicado.

Como ya apuntábamos con anterioridad, y a pesar de la enorme flexibilidad y adaptabilidad concedida a los socios fundadores de una SAS para organizar el funcionamiento de la sociedad, que se ve acrecentada con la posibilidad de insertar numerosas cláusulas facultativas⁷⁵⁷, no se ha previsto la posibilidad de acudir a medios telemáticos para simplificar los trámites de su constitución. No obstante, dicha posibilidad sí se reconoce en la LSRL, concretamente en su art. 134.2, al referirse a la constitución de la SLNE, siendo uno de los rasgos distintivos de este subtipo societario. Sin duda, el uso de estos medios adecua los trámites de la inscripción de la sociedad a la práctica

⁷⁵⁶ Véase al respecto el epígrafe II, 2, B) del capítulo III relativo al estudio de la SAS.

⁷⁵⁷ Véase, Charvériat, A. y Couret, A.; *Société par actions...*, cit., págs. 61 y 62.

habitual de nuestros días, cada vez más acostumbrada, al uso generalizado de medios informáticos, electrónicos y telemáticos, que permiten una mayor flexibilidad y simplificación no sólo de trámites sino también del tiempo empleado para su formalización.

Del mismo modo, el hecho de que la Ley imponga al registrador la obligación de calificar e inscribir la escritura de constitución que contenga los estatutos de la sociedad en un plazo máximo de veinticuatro horas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 134.6, también simplifica mucho los trámites. Ésta es igualmente una gran ventaja no reconocida por la actual normativa de SAS francesa. No obstante, es cierto que todas estas ventajas a favor de la figura española, sin duda a tener en cuenta a la hora de articular un modelo societario flexible y capaz de adaptarse a la práctica empresarial de nuestros días, se verán eclipsadas con la propuesta de simplificación introducida por la Ley de modernización de la economía⁷⁵⁸, que permitirá una flexibilización tal de la estructura de la SAS que, como apuntábamos con anterioridad, quizá no encuentre parangón en ningún sistema societario actual. Si ya la SAS constituye un auténtico referente en el panorama societario europeo actual, ni que decir de este nuevo planteamiento que en breve pretende ver la luz. Éste supondría, en su caso, un paso más en el camino de la flexibilización tipológica del Derecho de sociedades.

C) Nulidad de la sociedad.

La inobservancia de algunas de las exigencias legales estipuladas para la válida constitución de la sociedad, tanto anónima como limitada, puede

⁷⁵⁸ Véase al respecto, Hovasse, H.; "Bientôt la société par actions...", cit., pág. 6.

conllevar la nulidad de la sociedad, en base a una serie de causas reguladas en los arts. 34 de la LSA⁷⁵⁹ y 16 de la LSRL⁷⁶⁰.

Estas causas, comunes para ambos supuestos, pueden resumirse en las siguientes: por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público; por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales las menciones requeridas; por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto en la LSA, que recordemos de acuerdo con lo establecido por el art. 12 de la LSA⁷⁶¹, deberá estar suscrito íntegramente y desembolsado en una cuarta parte por lo que respecta a la SA, y desembolsado íntegramente, por lo que respecta a la SRL; la incapacidad de todos los socios fundadores, o el no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad fundadora de al menos dos (uno en el caso de tratarse de una sociedad unipersonal) socios fundadores⁷⁶².

Si atendemos a las causas de nulidad de las SAS, podemos constatar que algunas de ellas son muy similares a las estipuladas respecto de nuestras

⁷⁵⁹ Véase el comentario de dicho artículo de, Embid Irujo, J.M.; "Causas de nulidad", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., pág. 377.

⁷⁶⁰ A este respecto véase el comentario de dicho artículo de Embid Irujo, J.M.; "Causas de nulidad", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., pág. 204.

⁷⁶¹ En este sentido, Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R.; "Suscripción y desembolso inicial mínimo", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 148 y ss.

⁷⁶² Véanse al respecto, Martínez Cortés, J.; "La constitución...", cit., págs. 78 a 80; G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas...*, cit., pág. 36; Soto Vázquez, R.; *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1990, págs. 51 y ss.; Largo Gil, R.; "La nulidad de la sociedad de responsabilidad limitada", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 259 y ss.; Rodríguez Martínez, J.D.; "Inscripción y nulidad", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 137 y ss.

sociedades. De esta forma, la incapacidad de los socios, de darse, debe afectar, al igual que en Derecho español, a todos los socios fundadores. También resultarían nulas las sociedades cuyo objeto social sea ilícito o inmoral, o aquellas en la que la causa de la sociedad sea inexistente, o no respete los intereses generales o el orden público. Nada se estipula, por el contrario, con respecto al desembolso mínimo de capital, ni a la falta de menciones mínimas; aquí volvemos a encontrar, de nuevo, un rasgo caracterizador de la flexibilidad típica de la SAS. Sí se prevén, no obstante, sanciones de carácter personal como consecuencia de la inobservancia de las reglas de constitución, o la introducción de información falsa con mala fe en la solicitud de inscripción. Estas faltas pueden ser sancionadas con multas de hasta un máximo de 4.500 € y penas de prisión de hasta seis meses; o incluso con sanciones penales más duras de hasta 9.000 € de multa o cinco años de prisión⁷⁶³.

3.- La organización de la sociedad.

Sin duda alguna, ésta es una de las piezas clave del éxito alcanzado por la SAS. Los socios gozan de una absoluta libertad para configurar por vía estatutaria el órgano de administración que más se adapte a sus necesidades concretas, con el único requisito del nombramiento de un presidente encargado de representar a la sociedad frente a terceros⁷⁶⁴. Esa libertad se manifiesta no sólo a la hora de determinar la composición del órgano de administración de la sociedad, sino también a la hora de determinar sus reglas de funcionamiento.

⁷⁶³ Véanse al respecto, Masquelier, F. y De Kergunic, N.S.; *Société para actions...*, cit., pág. 42; Périn, P.L.; *La société...*, cit., págs. 66 y ss.

⁷⁶⁴ Véase, epígrafe II, 2, A) del capítulo III de la presente tesis.

Aquí volvemos a encontrar, como veremos seguidamente, una de las diferencias esenciales con nuestros modelos sociales. Además, vuelve a entrar en juego el papel de las decisiones colectivas a las que aludíamos con anterioridad, otro de los grandes logros conseguidos con la figura de la SAS.

No obstante, y como también apuntábamos con anterioridad, con este epígrafe no se pretende realizar un estudio detallado de las peculiaridades al respecto ni de nuestras figuras societarias, porque se presupone suficientemente conocido, ni por supuesto de la SAS, dado que ya han sido analizadas en el capítulo III de la presente tesis. Es por ello que en muchas ocasiones nos remitiremos a cuestiones ya analizadas y lo que pretendemos ahora es hacer una llamada de atención sobre determinados aspectos que nos parecen relevantes desde la perspectiva de la flexibilidad societaria o que chocan con nuestro sistema normativo propio del Derecho de sociedades.

A) Adopción de acuerdos.

En la SAS, como sabemos, la celebración de una asamblea de socios no es obligatoria y puede sustituirse por una consulta por escrito a los socios. No obstante, en todo caso los estatutos serán los encargados de determinar la forma y condiciones en que serán tomadas las decisiones colectivas. Por lo que a la reunión en junta se refiere⁷⁶⁵, es interesante destacar que el ejercicio del derecho de voto es libre. Nos hemos detenido en este aspecto, porque sin duda ésta también supone una gran ventaja con respecto a otras formas societarias. Como es bien sabido, normalmente la participación en la votación de un determinado

⁷⁶⁵ Véase por lo que respecta a las particularidades del Derecho español, Boquera Matarredona, J.; *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 17 y ss.

acuerdo suele estar subordinada a la inscripción en un libro registro de socios; buena prueba de ello la encontramos en nuestras leyes tanto de SA, si bien referido a las acciones nominativas, y no propiamente a los socios, como de SRL, concretamente en sus arts. 55.2⁷⁶⁶ y 27⁷⁶⁷, en los que se reconoce expresamente la necesaria existencia del mismo, aunque su significado jurídico no sea del todo el mismo en uno y otro. Aquí volvemos a encontrar nuevamente ese rasgo flexibilizador que la caracteriza y que en este supuesto concreto y dada la expresa referencia legal, es de difícil aplicación a nuestro ordenamiento.

Esa nota simplificadora volvemos a encontrarla nuevamente en lo que a representación de socios se refiere. Dicha representación es libre, de modo que un socio podrá ser representado por otro socio o por un tercero. Tampoco se exige una forma especial para el poder de representación. No obstante, por vía estatutaria podrá acordarse cualquier limitación o restricción a la misma. Si comparamos esta facultad de representación con la de nuestras sociedades, constatamos una nueva diferencia, y es que nuestros arts. 106 de la LSA⁷⁶⁸ y 49.2 y 3 de la LSRL⁷⁶⁹, sí que exigen una determinada forma para dicho poder. No

⁷⁶⁶ En este sentido, Recalde Castells, A.; "Libro registro de acciones nominativas", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., pág. 537, apunta que "la ley claramente señala en el art. 55.2 que la sociedad anónima sólo debe tener por accionista el que se halle inscrito en el libro registro".

⁷⁶⁷ Véase el comentario de este artículo llevado a cabo por, Alonso Espinosa, J.; "Libro registro de socios", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 315 y ss.

⁷⁶⁸ A éste respecto véase el comentario del artículo de, Miquel Rodríguez, J.; "Representación", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 1035 y ss.

⁷⁶⁹ Martínez Nadal, A.; "Asistencia y representación", *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., pág. 545 a 547.

obstante y a pesar de la ventaja que ello supone, es cierto que esa ausencia total de formalismo puede en ocasiones acarrear problemas de prueba.

Por lo que respecta a la consulta en el domicilio del socio, ésta comprende el voto por correspondencia y la consulta por escrito. También se reconoce la posibilidad de optar por la consulta a través de videoconferencia, lo cual supone sin duda una auténtica novedad, no reconocida por nuestro ordenamiento⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰ No obstante, sobre esta cuestión se plantean algunas reformas ya aprobadas y otras en curso. En este sentido la Ley de Transparencia 26/2003, modificó la LSA en su art. 105 para introducir dos nuevos apartados 4º y 5º que permiten el voto y la representación a distancia por correo o por medios electrónicos. Por su parte, la Ley 19/2005 sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, incluyó un nuevo apartado 5º en el artículo 97 de la LSA, que prevé la posibilidad de una asistencia a la junta por medios telemáticos. No obstante, esta posibilidad de voto a distancia, por correo o por medios electrónicos sólo se contempla como una opción de la que pueden hacer uso las SA a través de sus estatutos. Véanse en este sentido, Recalde Castells, A.; "Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", *InDret*, 3/2007, págs. 13 a 16; así como, del mismo autor, "La propuesta de directiva europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas", en Roque Vítolo, D.; y Embid Irujo, J.M. (coord.); *El Derecho de sociedades...*, *cit.*, págs. 329 a 331. Con respecto al voto electrónico, resultan de interés las consideraciones de la profesora Boquera Matarredona, J.; "El voto electrónico transfronterizo", en Roque Vítolo, D.; y Embid Irujo, J.M. (coord.); *El Derecho de sociedades...*, *cit.*, págs. 347 y 348, que desde la perspectiva que puede aportarnos la práctica societaria española al respecto, apunta la regulación del voto a distancia por medios electrónicos llevada a cabo por muchas sociedades cotizadas españolas en las convocatorias de juntas ordinarias a celebrar en el primer semestre de 2006, además de la posibilidad efectiva de permitir el voto electrónico, previendo la asistencia de sus socios a través de medios de comunicación a distancia en tiempo real o asistencia remota (señándonos como ejemplo, el Banco Santander Central Hispano). Sobre ésta misma cuestión véase, Alcover Garau, G.; "Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico", *RDM*, nº 254, 2004, págs. 1341 y ss. También resultan de interés al respecto los estudios de Muñoz Paredes, J.M.; *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y*

El hecho de que exista en el Derecho español un órgano específico encargado de la deliberación y adopción de los acuerdos por los socios con normativa propia, impide una comparación como tal con el régimen de la SAS carente, como hemos visto, de un órgano de estas características y dotado de una libertad total en lo que a la adopción de decisiones colectivas se refiere. No obstante, es cierto que si comparamos lo dispuesto por el art. 227-9-2 del Cod. de com. francés que señala los asuntos que deberán someterse a decisión colectiva de los socios, con el art. 44 de la LSRL⁷¹, podemos constatar una cierta similitud en muchos de los asuntos encomendados. Esta similitud es más difícil de encontrar con respecto a la SA en la que la normativa al respecto es mucho más detallada y rigurosa⁷².

de los consejos de administración, Civitas, Madrid, 2005, págs. 83 y ss.; así como del mismo autor, "Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas", RDBB, nº 102, 2006, págs. 97 y ss.; Rodríguez Artigas, F.; "Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la junta general de la SA", RDM, nº 121, 1971, págs. 351 y ss.; Ibáñez Jiménez, J. W.; "El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas", RDM, nº 249, 2003, págs. 1029 y ss. y 1094; Sánchez Ruiz, M.; "Medios electrónicos para la comunicación y la difusión de información en las sociedades anónimas", RdS, nº 26, 2006, págs. 333 y ss.; Fernández del Pozo, L. y Vicent Chuliá, F.; "Internet y derecho de sociedades: una aproximación crítica", RDM, nº 237, 2000, págs. 953 y ss, y 970 y ss.; Quintana Carlo, I.; "Internet y su impacto en el Derecho mercantil", Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 4, 2001, págs. 153 y ss.

⁷¹ Alcover Garau, G.; "Competencia de la junta general", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., pág. 204, lleva a cabo una enumeración comentada de los distintos asuntos que deberán deliberarse por la junta general.

⁷² Véase al respecto, Madina, F.; *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. Dicha monografía realiza un estudio integral de la junta de socios de la SA en relación con dos momentos fundamentales de su funcionamiento: la constitución y la toma de acuerdos; aunque también alude someramente a la SRL.

Si atendemos a priori a lo dispuesto por los arts. 93 de la LSA⁷⁷³ y 43 de la LSRL⁷⁷⁴ relativos a las disposiciones generales de la junta general⁷⁷⁵, ya constatamos esa mayor rigidez. Mientras que el primero impone que los accionistas deban decidir los asuntos propios de la junta por mayoría, el segundo da cabida no sólo a la mayoría legalmente establecida sino también a la mayoría prevista en los estatutos.

Por lo que respecta a la SAS los quorums y mayorías requeridos, serán fijados en cada caso por los estatutos, según la naturaleza y el tipo de decisión a adoptar. A la luz de nuestra normativa ésta posibilidad también sería aplicable a la SRL española o a un posible subtipo de la misma, según lo dispuesto por la Ley⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Véase comentario de éste artículo por, Miquel Rodríguez, J.; "Junta general", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 947 y ss.

⁷⁷⁴ Véanse al respecto los comentarios que de este artículo llevan a cabo, G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas...*, cit., pág. 55; y, Alcover Garau, G.; "Disposición general", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 515 a 517.

⁷⁷⁵ Véanse al respecto, Rodríguez Artigas, F.; "La junta general de socios", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 587 y ss.; Bisbal Méndez, J.; "La junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 663 y ss.; Boquera Matarredona, J.; *La Junta General...*, cit., págs. 166 y ss.; Barba de Vega, J.; "Junta general", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 211 y ss.; Alcover Garau, G.; "Disposición general", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 26 y ss.

⁷⁷⁶ A este respecto resulta de gran interés la obra de Madina, F.; *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima...*, cit., págs. 55 y ss. Esta obra viene a destacar el papel de la junta general a la vista del progresivo declive en que se ha visto inmersa en los últimos años, en beneficio del poder de los administradores. Dicha monografía lleva a cabo un interesante análisis de las normas relativas al procedimiento de adopción de acuerdos por la junta general de la SA referidas, en particular, al quorum y a las mayorías.

Donde sí encontramos una diferencia sustancial es en lo que a la convocatoria se refiere. Mientras que la convocatoria de nuestras SA y SRL (aunque en éste último caso presenta particularidades especiales que apuntaremos seguidamente), exige un procedimiento mucho más riguroso y costoso con una exigencia, como es bien sabido, de publicación formal tanto en el BORME como en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en el que esté situado el domicilio de la sociedad en cuestión, la convocatoria de la SAS es mucho más sencilla, pudiendo acudir a medios usualmente utilizados⁷⁷⁷. No obstante, no hay que olvidar que para nuestras SRL el art. 46.2 de su texto regulador prevé un sistema de convocatoria más flexible y menos costoso, que deberá establecerse por vía estatutaria y que podría equipararse al previsto para la SAS.

Además, aquí entra en juego una novedad introducida por nuestra LSRL, al regular la SLNE que sin duda supone un gran avance. El art. 138 de la LSRL reconoce la posibilidad de convocar la junta general, no sólo por los medios clásicos sobradamente conocidos por nosotros, sino que introduce la posibilidad de acudir a procedimientos telemáticos tales como el correo electrónico. Dada la generalización del uso de estos procedimientos en nuestra sociedad actual, dicho reconocimiento supone un gran adelanto y un gran acierto por parte del legislador. De ahí que a pesar de los conocidos defectos de los que adolece la regulación de SLNE introducida en nuestra LSRL, éste aspecto concreto supone un destacado avance en su tratamiento, a tener en

⁷⁷⁷ Estos medios que se determinarán por vía estatutaria podrán ser escritos, tales como la carta (ordinaria o certificada con o sin acuse de recibo), el fax, el correo electrónico, el anuncio público a través de un boletín de anuncios legales, o incluso verbales. No obstante, lo más apropiado será utilizar medios que por sus características sean susceptibles de servir como prueba. Véase al respecto, Périn, P.L.; *La société par actions...*, cit., pág. 223.

cuenta para posteriores modificaciones legislativas, o tipificación, en su caso, de nuevas formas societarias en el Derecho español.

B) La dirección de la sociedad.

Hay que tener en cuenta, a tenor de lo dispuesto por el art. 262-6 del Cod. de com., que el propio texto normativo regulador reconoce expresamente esa total libertad que apuntábamos con anterioridad al disponer que “los estatutos fijan las condiciones en las cuales la sociedad será dirigida”. A pesar de su brevedad la remisión total a los estatutos es la que permite esa gran libertad a los socios para configurar un modelo que puede variar según las intenciones de los socios fundadores. De este modo, con la única exigencia de la existencia de un presidente, la dirección podrá encomendarse a ese único presidente en solitario, o a un órgano colegiado, inspirado en la SA, con Consejo de administración⁷⁷⁸. Dicho presidente estará investido de los más amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad, con el único límite que el derivado de su objeto social.

Esa libertad a la que hacíamos referencia también se extiende al acceso y duración a dichas funciones, así como su designación que, de igual modo,

⁷⁷⁸Véase, epígrafe II, 2, A) del capítulo III de la presente tesis. Del mismo modo véanse, Masquedier, F. y De Kergunic, N.S.; *Société para actions...*, cit., págs. 143 y ss; Périn, P.L.; *La société...*, cit., págs. 87 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 129 y ss.; Le Carnu, P.; *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, Rev. Soc., nº 8, 1994, pág. 242 ; Attar, F. y Tourmu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 71 y ss. ; Informe ANSA, Nº 347, C.J. du 7 juillet 1995, nº 2 803, “Societes par actions simplifiees (SAS): notion de dirigeants”; así como, Informe ANSA, Comité juridique du 4 décembre 2002, “Representation de la societe par actions simplifiee (SAS): Consequences juridiques de la notion de dirigeant”.

también serán libremente fijadas por los estatutos, tal como analizábamos en el capítulo III.

Junto con las posibilidades que apuntábamos anteriormente en torno a la dirección de la sociedad, para la correcta constitución de la SAS se exigirá la existencia de un órgano destinado al control de la dirección de la sociedad⁷⁷⁹ que se encargará al llamado comisario de cuentas. El comisario de cuentas es un órgano ajeno a la dirección pero de obligatoria existencia. Cada SAS deberá contar con uno o varios comisarios de cuentas para su correcto funcionamiento⁷⁸⁰. Los primeros comisarios de cuentas serán designados por los estatutos constitutivos y a través de decisión colectiva.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, el esquema de organización básico tanto de la SA como de la SRL es muy diferente. Éste está integrado, como es bien sabido, por dos órganos⁷⁸¹. Por un lado, por la junta general, como órgano no permanente y de carácter asambleario en el que se centraliza el debate y la participación de los socios o accionistas titulares de las acciones o participaciones en que se divide el capital social. Y por otro, por el órgano de administración y representación, en el cual pueden estar presentes o no los accionistas o socios de la sociedad, que tienen como misión la ejecución

⁷⁷⁹Véase, epígrafe II, 2, C) del capítulo III de la presente tesis.

⁷⁸⁰ Masquelier, F. y De Kergunic, N.S.; *Société para actions...*, cit., págs. 116 y ss; Périn, P.L.; *La société...*, cit., págs. 145 y ss.

⁷⁸¹ Véanse al respecto, Garrido de Palma, V.M.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 77; Soto Vázquez, R.; *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada: (comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1990, pág. 79.

de las decisiones de la junta, así como llevar a cabo los actos o acciones necesarias para el desarrollo de las actividades que integran el objeto social⁷⁸².

⁷⁸² Por lo que respecta a la SRL véase la descripción de los órganos sociales necesarios y facultativos que lleva a cabo Esteban Velasco, G.; "Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 555 y ss. Así como del mismo autor, "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 689 y ss. Del mismo modo, Barba de Vega, J.; "Administradores", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 211 y ss.; Martínez Sanz, F.; "Modos de organizar la administración", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 624 y ss., también se ocupan del estudio de ésta cuestión. Por lo que respecta a la SA véase, Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas...*, cit., págs. 55 y ss. También resultan de gran interés las consideraciones de Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 130 y ss. y 266 y ss., y 335 y ss., a pesar de estar inspiradas en la LSA del 51. Del mismo modo, Esteban Velasco, G.; *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 389 y ss., sobre la base del mismo texto normativo, analiza, en concreto en el capítulo V, los aspectos más relevantes de la distribución de competencias entre los órganos sociales. En esa misma obra lleva a cabo un interesante análisis comparado de las distintas estructuras de administración en las SA del Derecho vigente en aquel entonces, que nos parece relevante destacar. El profesor Esteban Velasco distingue entre tres tipos de situaciones legislativas. Por un lado los países en los que se prevé un único órgano de administración, entre los que se encuentran Italia, Bélgica, Luxemburgo, Inglaterra, Irlanda, y como no podría ser de otra forma también España. Frente a éste sistema analiza el sistema dualista, típico del ordenamiento alemán, que establece una bipartición de órganos de administración. Y por último, reconoce un tercer modelo que resulta un híbrido entre ambas formas de organizar la administración. Aunque hay que distinguir entre aquellas a las que el legislador concede total libertad a la hora de configurar la estructura del órgano de administración, de aquellas en que es el legislador el que impone de manera imperativa la estructura dualista para las sociedades que reúnan determinados requisitos, dejando total libertad al resto de sociedades. Este último supuesto es el caso por ejemplo de Holanda y Dinamarca. Francia, caracterizada ya desde antaño como un ordenamiento más liberal, se enmarcaría dentro del primer supuesto. Véanse al respecto págs. 362 a 364 del libro

Aunque tanto la LSA como la LSRL contienen una regulación muy minuciosa de los órganos sociales, la propia normativa en vigor permite a los estatutos la posibilidad de completar y en ocasiones sustituir el régimen legal existente.

No obstante, esta libertad es limitada y no tiene nada que ver con el amplio margen otorgado por los estatutos de la SAS, aunque por lo que respecta a la SRL de corte familiar, se reconocen en la práctica órganos con suficiente autonomía como el consejo de familia o la asamblea familiar, capaces de adaptarse a las necesidades concretas de la sociedad en cuestión⁷⁸³, que permiten una mayor reflejo de la autonomía de la voluntad de los socios.

precitado, que, obviamente, han de ser leídas desde una perspectiva no estrictamente actual, por los relevantes cambios habidos en la legislación societaria europea desde entonces.

⁷⁸³ A este respecto nos sirven de utilidad las apreciaciones llevadas a cabo por Rodríguez Díaz, I., en *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Edersa, Madrid, 2000, págs. 121 y 122 al establecer que, " ...la adopción de acuerdos en las sociedades familiares debe ir presidido de un sistema abierto donde cada sociedad, según el momento en que se encuentre en virtud de la normal evolución de la propiedad y de las relaciones personales entre quienes la conforman, sea la que decida sobre cómo tomar sus decisiones, optando, dentro de un abanico amplio de posibilidades, por aquella fórmula que mejor se adapte a sus caracteres particulares"; Garrido de Palma, V.M. en "La Sociedad de Responsabilidad Limitada Familiar y la de Profesionales", Garrido de Palma, V.M. (dir.), *La sociedad de Responsabilidad...*, cit., págs. 43 y ss., así como del mismo autor, "La empresa familiar y el Derecho de Sociedades", Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de noviembre de 2002 , págs. 13; 26 y ss., Del mismo modo, Tena, R., en "Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica", *El Notario del siglo XXI, Ensayos de actualidad*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2005, pág. 31, se refiere a la posición de la DGRN no inclinada a defender una doctrina flexible

En lo que a SA se refiere, a diferencia de la SAS, muy escasa por no decir nula cabida se le da a los estatutos sociales por lo que respecta a esta cuestión. Ello se debe a que la rigurosa y minuciosa regulación que de los órganos sociales lleva a cabo la LSA, hace prácticamente imposible la fijación de cláusulas estatutarias no previstas por la Ley; de ahí que, en la práctica y por lo que respecta a la junta general, las únicas menciones que pueden encontrar cierto desarrollo por vía estatutaria sean, por ejemplo, aquéllas que impongan un régimen de mayoría reforzado para la adopción de determinados acuerdos o aquellas que impongan ciertas limitaciones en el desarrollo de los debates de la junta u otras de análoga naturaleza. De este modo encontramos ésta remisión a los estatutos en artículos como el 104 de la LSA al referirse a la legitimación para asistir a la junta, que podrá ser condicionada por los mismos, siempre y cuando no se impida el ejercicio de dicho derecho. Así como, el art. 105 del mismo texto normativo, que vuelve a hacer hincapié en dicho aspecto al referirse a las limitaciones de los derechos de asistencia y voto en la junta.

Por lo que respecta al consejo de administración, en cambio, sí que se deja cierta parcela a la autonomía de la voluntad de los socios manifestada a través de los estatutos sociales a la hora de hacer constar la forma de deliberar y tomar acuerdos por los órganos colegiados. Sin duda, esa mayor libertad estatutaria se hace patente en lo que a SRL se refiere, ya que del mismo modo que apuntábamos anteriormente, la excesiva y detallada regulación de la SA deja poco margen de maniobra a los socios fundadores. No obstante y sin perjuicio de este reconocimiento expreso, el amplio margen de libertad reconocido a la SAS no sería aplicable a nuestro ordenamiento más que con una modificación legislativa que reconociese la posible existencia de una figura más simplificada. Otra opción, tal y como está configurada a día de hoy nuestra normativa, sería el recurso a pactos parasociales entre los socios, siempre y cuando no contravinieran la normativa básica del tipo social del que se trate, y

siempre y cuando se tenga en cuenta *a priori*, que éstos no se integrarán como es sabido en los estatutos y que sus límites son los de la libertad contractual en general.

C) Los derechos conferidos por las acciones o las participaciones como manifestación de la libertad de los socios y el control de las acciones y las participaciones como límite a la libertad de los mismos.

a) Los derechos de los socios.

Por lo que respecta a los derechos de los socios, es cierto que nuestra normativa tanto de anónimas como de limitadas reconoce una serie de derechos a los socios de toda sociedad (en este sentido se pronuncian arts. como el 48 de la LSA ⁷⁸⁴y el 49 o el 51 de la LSRL⁷⁸⁵). Pero, a pesar de que muchos de los derechos reconocidos a los socios de la SAS son también aplicables a nuestras SA y SRL, hay que tener en cuenta que el importante papel de los socios en esta

⁷⁸⁴ En este sentido, Duque Domínguez, J.; "Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de mayoría", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.); *Derecho de sociedades...*, cit., tomo II, vol. 1, págs. 32 y ss.; Fernández -Albor Baltar, A. ; "La acción como conjunto de derechos", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 468 y ss., lleva a cabo un detallado análisis de éste artículo. Del mismo modo, Sánchez Andrés, A.; "La acción y los derechos del accionista", en Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV, vol. 1º, Civitas, Madrid, 1994, págs. 99 y ss.

⁷⁸⁵ Véanse, Martínez Nadal, A.; "Asistencia y representación", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 545 a 547; y, Embid Irujo, J.M.; "Derecho de información", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 551 y ss.

forma social repercute notablemente en lo que a sus derechos se refiere, de modo que hay derechos que exclusivamente se atribuyen a los socios de la SAS.

Si la voluntad de los socios juega un papel esencial en la SAS, sin duda alguna uno de los campos en los que éste reflejo se hará más patente será en el ámbito de los derechos de los que disfrutarán los socios en el seno de la sociedad. Si los socios disponen de un amplio margen de libertad para determinar el funcionamiento de la sociedad, también disfrutarán de un amplio margen de libertad para configurar los derechos que les serán inherentes⁷⁸⁶.

A este respecto, los estatutos juegan un papel esencial dado que también serán ellos los que determinarán muchos de los derechos que disfrutarán los accionistas de la SAS. En este sentido se reconocen una serie de derechos generales correspondientes a cualquier partícipe en la vida social y unos derechos propios de los accionistas de la SAS⁷⁸⁷. Estos derechos tal como analizábamos en el capítulo III, pueden agruparse en dos categorías: unos derechos de intervención en la vida social; y otros derechos de carácter pecuniario o económico⁷⁸⁸.

Por lo que respecta a los primeros, aunque a grandes rasgos podamos compararlos con los reconocidos por nuestra legislación, y aunque también ésta de cabida, incluso en sede de anónimas a la vía estatutaria (véase en este sentido lo dispuesto por el por nosotros conocido art. 48 de la LSA), éste

⁷⁸⁶ Véase en este sentido el análisis de los derechos de los accionistas de la SAS que se lleva a cabo en el epígrafe II, 3, A) del capítulo III de la presente tesis.

⁷⁸⁷ Véanse al respecto, Jeantin, M.; "Les associés...", *cit.*, pág. 223; Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, *cit.*, págs. 102 y ss.; Périn, P.L.; *La société par actions...*, *cit.*, págs. 215 y ss.

⁷⁸⁸ En este sentido, Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée...", *cit.*, pág. 1527; Azarian, H.; *La société par actions...*, *cit.*, págs. 93 a 103.

reconocimiento no tiene nada que ver con el que la Ley francesa hace en sede de anónima simplificada, condicionada por el importante papel que el socio desempeña en aras de configurar la sociedad a sus necesidades prácticas concretas. En este sentido, y por lo que se refiere al generalizado derecho de información de los socios⁷⁸⁹, en las SAS éste adquiere su especial sentido al poder beneficiarse los socios de una serie de facultades pensadas exclusivamente para dicho tipo social. No nos referimos exclusivamente a la posibilidad de que los estatutos recojan cláusulas que determinen modalidades diversas al acceso a la información más acordes con la voluntad de los socios, o a una mayor comunicación o información de las deliberaciones acontecidas en la vida social. En este sentido, también se plantea la posibilidad de que cualquier socio pueda pedir la revocación o recusación del comisario de cuentas, así como de que puedan solicitar la designación de un experto encargado de presentar un informe sobre una o varias operaciones de gestión y la facultad de que puedan formular dos veces al año cuestiones por escrito al presidente. Estos derechos son, sin duda, el reflejo de una mayor participación en la vida social.

Por lo que respecta al derecho de voto, que sobradamente conocemos, en sede de anónima simplificada éste adquiere una dimensión especial al reconocerse en determinados casos y teniendo en cuenta como también es conocido las reglas de la indisponibilidad y proporcionalidad que lo caracterizan, que a determinadas acciones podrá concedérseles un derecho de voto doble. Ésta especie de derecho de voto plural también podrá verse

⁷⁸⁹ Véase, Esteban Velasco, G.; "Derecho de información del accionista", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.); *Derecho de sociedades...*, cit., tomo II, vol. 1, págs. 177 y ss.; Ruiz Peris, J.I.; *Igualdad de trato en el Derecho de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 173 y ss.

limitado por vía estatutaria. La cercanía de este supuesto a la posibilidad reconocida en el art. 184 del RRM para la sociedad limitada⁷⁹⁰ no permite ignorar la prohibición del voto plural en el art. 50.2 de la LSA.

Sin duda alguna, uno de los derechos que mayor relevancia adquiere en la SAS es el derecho a participar en las decisiones colectivas, analizado con anterioridad, las cuales se adoptarán, como también hemos visto, en la forma y con las mayorías que estipulen los estatutos.

En última instancia y de acuerdo el orden seguido en el análisis que realizábamos de los mismos en el capítulo III, encontramos el derecho a ejercer las acciones judiciales pertinentes que no presenta particularidad alguna con respecto al reconocido en nuestro ordenamiento.

Por lo que respecta a los derechos económicos también reconocidos para nuestras sociedades, hay que señalar que en lo que atañe a la SAS éstos se inspiran en los propios de la SA francesa. De ahí que, fuera de la posibilidad de participar en los beneficios y en las pérdidas en función de sus aportaciones⁷⁹¹, pocas novedades tenemos que resaltar al respecto. La única particularidad es que los socios tendrán derecho a los mismos en la proporción fijada en los estatutos, pero ésta posibilidad también se reconoce en nuestro ordenamiento.

⁷⁹⁰ Véase, Fernández de la Gándara, L.; “La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital”, en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 26.

⁷⁹¹ A este respecto, Muñoz Martín, N.; “El derecho al dividendo”, en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.); *Derecho de sociedades...*, cit., tomo II, vol. 1, págs. 305 y ss.; Ruiz Peris, J.I.; *Igualdad de trato en el Derecho...*, cit., pág. 275 y ss.

También se reconoce la posibilidad del reembolso de acciones en el caso de separación de la sociedad y el derecho de suscripción preferente⁷⁹².

No obstante en lo que se refiere al Derecho español convendría antes de concluir el análisis de ésta cuestión, señalar ciertos matices significativos, y muy positivos, en aras a configurar un tipo de sociedad que se adapte a las necesidades concretas del socio, que se manifiesta por ejemplo en sede de limitadas con respecto a determinados derechos, como por ejemplo, el derecho de separación⁷⁹³. Aquí entra en juego, nuevamente, el marcado carácter flexible

⁷⁹² Véase al respecto, Velasco San Pedro, L.A.; "El derecho de suscripción preferente", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.); *Derecho de sociedades...*, cit., tomo III, vol. 1, págs. 519 y ss.; Gómez Mendoza, M.; "Derechos especiales de fundadores y promotores", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.); *Derecho de sociedades...*, cit., tomo I, págs. 823 y ss.

⁷⁹³ Véanse al respecto entre otros, Martínez Sanz, F., "Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RdS, 1996, nº. 6, págs. 61 y ss.; Sánchez - Calero Guilarte, J., "La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada", RdS, 1996, nº. 6, pág. 13; Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R., *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 26 y ss.; Bonardell Lenzano, R., "Causas estatutarias de separación en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", RdS, 1996, nº. 6, pág. 189; Motos Guirao, M., "La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español", RDN, 1956, pág. 116; De la Cámara Álvarez, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1978, pág. 699; Duque Domínguez, J.F., "Las formas del derecho de separación del accionista y la reorganización jurídica y financiera de la sociedad", en Boletín de Estudios Económicos, abril 1990, págs. 99 y 100; Carbajo, F., "Sociedades de responsabilidad limitada. ¿Separación libre y voluntaria de los socios de Sociedades Limitadas?", RCDI, nº. 685, 2004, pág. 2567; Rueda Pérez, M.A.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, págs. 439 a 440; Alonso Espinosa, F.J., "La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995", RdS, nº 6, 1996, pág. 26; Martínez Jiménez, M^o I., "Comentario del artículo 96 LSRL", en Arroyo, I/Embid, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad...*, cit., ,pág. 960; Navarro Matamoros, L.; "El

que tantas veces hemos señalado de nuestra SRL, y que la separa notoriamente de la SA. De este modo conviene apuntar la previsión que la propia LSRL reconoce, en base a lo dispuesto por el art. 96, de incluir por vía estatutaria causas distintas a las previstas por la Ley, posibilidad que no parece reconocer la LSA.

b) El control de las acciones y de las participaciones.

A pesar de que esa total libertad reconocida a los socios de la SAS deba contar con un control capaz de limitar la actuación de los socios, en éste control también tiene su reflejo la libertad estatutaria característica de la SAS.

Éste control de las acciones y de los titulares de las mismas se ejerce mediante la inserción de dos tipos de cláusulas en los estatutos⁷⁹⁴. Por un lado las llamadas cláusulas de exclusión, cuyos motivos y procedimiento serán fijados por los estatutos. Y por otro las llamadas cláusulas de cesión de acciones que prevén la existencia de ciertas disposiciones estatutarias en materia de transmisión de acciones. Estas diferentes posibilidades se concretan en la llamada cláusula de intransmisibilidad de acciones, que se fijará libremente por un periodo que no exceda los diez años; también debemos destacar la cláusula de consentimiento de los socios para la cesión de las acciones, que también será manifestada por vía estatutaria y que viene condicionada por el mayor papel que juega el *intuitus personae* en las SAS.

derecho de separación de los socios de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, CDC, n° 44, diciembre 2005, págs. 180 y 181.

⁷⁹⁴ Véase al respecto, epígrafe II, 3, B) del capítulo III de la presente tesis.

Además de las cláusulas apuntadas, y teniendo en cuenta que la voluntad de los socios expresada en los estatutos rige casi por completo la vida de la sociedad también podrá preverse cualquier otra cláusula lícita, siempre que no contravenga el orden público⁷⁹⁵.

Dicho control también lo encontramos tanto en nuestra LSA⁷⁹⁶ como en nuestra LSRL. En ambos textos normativos topamos con límites a la transmisibilidad de las acciones, que, como es sabido, se acentúan por lo que a nuestra SRL se refiere, teniendo en cuenta el carácter personalista y cerrado que la caracteriza⁷⁹⁷. No obstante, es cierto que, al igual que en la SAS, a pesar de que la libertad de la que gozan los socios no tiene comparación, también se da cabida a las disposiciones estatutarias como punto de partida⁷⁹⁸, aun cuando en

⁷⁹⁵ Véase epígrafe II, 3, B), apartado c'), del capítulo III de la presente tesis.

⁷⁹⁶ Véanse, García Luengo, R.B.; "Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F.; *Derecho de sociedades...*, cit., tomo I, págs. 169 y ss.; Yanes Yanes, P.; "Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones: supuestos especiales", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F.; *Derecho de sociedades...*, cit., tomo II, vol. 2, págs. 1154 y ss.

⁷⁹⁷ Véanse al respecto el comentario de Alonso Espinosa, F.J., "Régimen de la transmisión de las participaciones sociales", *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, cit., págs. 329 a 359. Sánchez González, J.C., "Transmisión de participaciones sociales", en AA.VV., Garrido de Palma, V.M. (dir.), *La sociedad de Responsabilidad...*, cit., pág. 43; Perdices Huetos, A.B.; "La transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. Régimen general (arts. 26-28 LSRL)" en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 425 y ss.; así como, del mismo autor, "Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 493 y ss.

⁷⁹⁸ Véanse en este sentido las consideraciones de Nieto Carol, U. en "Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión", Bonardell Lenzano, R., Mejías Gómez, J. y Nieto Carol, U.; *La reforma de la sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 336, que reconoce que habrá que estar "en primer lugar a lo convenido en los estatutos sociales y, en su defecto, a lo establecido

ocasiones la práctica demuestre que en muchas ocasiones éstas se encuentran con el obstáculo de su inscripción en el Registro mercantil.

De ahí que cualquier posibilidad de aplicar alguna de las cláusulas de la SAS a nuestro hipotético modelo societario flexible, debería llevarse a cabo a través de la inclusión de un pacto extraestatutario al efecto. Esto es así, porque el régimen legal previsto, sobre todo en sede de limitadas, para la transmisión de participaciones es excesivamente meticuloso y riguroso. De ahí que de acuerdo con lo que establece el artículo 30 de la LSRL⁷⁹⁹, dicha transmisión por regla general, ha de considerarse restringida. En este sentido y tal como reconoce la exposición de motivos de la propia Ley⁸⁰⁰, a pesar de su carácter flexible, tratándose de una sociedad cerrada, las participaciones sociales de las SRL tienen restringida su transmisión, salvo en el caso de adquisición por socios, por el cónyuge, ascendientes o descendientes del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente⁸⁰¹. Esta previsión legal limita bastante el radio de actuación.

supletoriamente en la Ley". Del mismo modo, Barba de Vega, J., "Régimen de las participaciones sociales", *La Sociedad de Responsabilidad...*, cit., págs. 168 y 178 a 180, prevé la posibilidad de establecer por vía estatutaria un sistema diferente al previsto por la Ley.

⁷⁹⁹ Véase el comentario de Alonso Espinosa, F.J.; "Cláusulas estatutarias prohibidas", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., pág. 350 y ss.

⁸⁰⁰ Siguiendo lo indicado por Garrido de Palma, V.M., "La Sociedad de Responsabilidad Limitada Familiar y la de Profesionales", en AA.VV., Garrido de Palma, V.M. (dir.), *La sociedad de Responsabilidad...*, cit., pág. 43.

⁸⁰¹ Véanse en este sentido, Sánchez González, J.C., "Transmisión de participaciones sociales", en AA.VV., Garrido de Palma, V.M. (dir.), *La sociedad de Responsabilidad...*, cit., pág. 43; Cheves Aguilar, N.; *El derecho de adquisición preferente como cláusula restrictiva a la transmisibilidad de las acciones y de las participaciones sociales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. XXVI a XXVIII, del apartado introductorio, y 50 y ss.; Perdices Huetos, A.B.; *Cláusulas restrictivas de la transmisión...*, cit., Civitas, Madrid, 1997, págs. 25 a 29.

4.- Modificaciones estatutarias, estructurales y extinción de la sociedad.

En este epígrafe volvemos a apuntar nuevamente las precisiones ya señaladas en apartados anteriores. Nuestro fin no se centra en conocer detalladamente el complejo régimen jurídico que caracteriza las modificaciones no sólo de nuestras sociedades y de la SAS, sino que sobre la base de un análisis general, trataremos de analizar las principales ventajas que la SAS introduce y las diferencias que la separan de nuestro particular sistema societario. Un estudio más exhaustivo de esta materia, que podría sin duda ser el objeto de muchas otras tesis o estudios de gran rigor, desvirtuaría bajo nuestro punto de vista el fin con el que se concibió el presente estudio.

Al comenzar el análisis de esta cuestión, entra en juego nuevamente el papel preeminente de los estatutos en la SAS, tan patente a lo largo de todo nuestro estudio. No obstante, es interesante destacar *a priori*, que la normativa relativa a modificaciones estructurales de la SAS remite en muchos aspectos a la regulación propia de las SA francesas, de ahí que la flexibilidad que hemos visto respecto a otras cuestiones no encuentre, en la que ahora nos ocupa, su máximo reflejo.

Antes de entrar a analizar detalladamente estas cuestiones parece oportuno distinguir los grandes supuestos de estos procesos de modificación en los que puede verse inmersa una sociedad, no sólo por acciones simplificada, sino también la clásica SA y la SRL. A este respecto distinguiremos una serie de cambios de mayor o menor entidad respecto de su concepción inicial que serán la base de los epígrafes que desarrollaremos a continuación. En este sentido analizaremos desde la simple modificación estatutaria que sobre la base de la

especial caracterización del régimen de la SAS puede resultar de especial interés, hasta supuestos de mayor trascendencia (auténticas modificaciones estructurales) como la transformación, la fusión y la escisión, así como la disolución y la liquidación, cuya complejidad de tramitación es bien conocida.

A) Las modificaciones estatutarias.

A pesar de la gran libertad de la que gozan los socios para configurar los estatutos de la SAS, cualquier modificación de los mismos estará sujeta a un complejo proceso, similar al seguido en nuestro ordenamiento. Quizá ello se deba a que, tal como apuntábamos con anterioridad, muchas de estas reglas reenvían a la regulación de anónimas que sin duda resulta mucho más rígida.

En este sentido, recordaremos que las modificaciones estatutarias de la SAS, para ser válidas, tendrán que reunir unas formalidades de publicidad que deberán ser llevadas a cabo bajo la supervisión y responsabilidad del presidente de la sociedad, en su condición de representante de la misma⁸⁰². Esta publicidad se efectuará con la inserción en un diario de anuncios legal del domicilio social de la sociedad y deberá contener una serie de menciones obligatorias: la denominación de la sociedad, la forma de la misma, el montante de su capital social, la dirección del domicilio social, el número de inscripción en el RCS y en el INSEE y la indicación de las modificaciones que se van a llevar a cabo, introduciendo la reproducción de la antigua cláusula junto a la nueva.

⁸⁰² Véase al respecto, Charvériat, A. y Couret, A.; *Société par actions....., cit.*, págs. 159 y

Una vez publicadas, se procederá al depósito de dos ejemplares de las menciones de los estatutos modificables, junto con una versión de los mismos puesta al día, en el registro del tribunal de comercio del lugar donde se ubique el domicilio social. Si la modificación se produjese con objeto de una fusión o una escisión, junto a estos documentos se presentará una declaración de conformidad.

La declaración modificativa deberá ser depositada en el registro del tribunal de comercio en el plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la modificación o del acto que haga necesaria la misma.

Por último, se procederá a la inscripción de la modificación en el RCS del lugar del domicilio social, y se procederá a su inscripción en el BODACC, diligencia que correrá a cargo del registrador.

Si, a pesar de la libertad reconocida en la SAS, el procedimiento a seguir es complejo, tratándose de nuestras SA y SRL la cuestión todavía se complica más. No obstante, teniendo en cuenta la importancia que tanto para los propios socios como para terceros puede tener la alteración de cualquier disposición estatutaria, no resulta de extrañar que cualquier modificación estatutaria se vea sujeta a una serie de requisitos que garanticen su legalidad.

Estas exigencias todavía son más rígidas en el régimen de la anónima que en el de la limitada. Como es bien sabido, este régimen requiere que para cualquier modificación de los estatutos de una SA⁸⁰³ el pertinente acuerdo social

⁸⁰³ Véase en este sentido el completo estudio que lleva a cabo sobre la modificación de los estatutos en la SA, Ávila de la Torre, A.; *La modificación de estatutos...*, cit., págs. 273 y ss. Del mismo modo véase, Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas...*, cit., pág. 112; Muñoz Martín, N.; "Requisitos de la modificación" y "Límites de la modificación", en Arroyo, I. y

y su constancia en escritura pública e inscripción en el registro mercantil y tiene carácter imperativo, lo que supone que no podrá ser alterado por los estatutos sociales, no sólo en las cuestiones esenciales sino también en muchos puntos de detalle. Sí es admisible, con todo, que los estatutos endurezcan el régimen legal mediante el reforzamiento de algunos de los requisitos legales o que incluyan otros adicionales como los relativos a quórum o mayorías legalmente establecidas.

El acuerdo de modificación deberá ser acordado por la junta general, con todos los trámites que ello conlleva, y con una mayoría legalmente establecida⁸⁰⁴, previa propuesta e informe por escrito justificativo de los administradores o accionistas autores de la misma. Además, la modificación de estatutos sociales, tal como apuntábamos con anterioridad, deberá documentarse en escritura pública e inscribirse en el registro mercantil y publicarse en el BORME.

Embido, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 1541 y ss, y 1552 y ss.; Quijano González, J.; "La modificación de estatutos: Requisitos y límites generales", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F.; *Derecho de sociedades...*, cit., tomo III, vol. 1, págs. 15 y ss.

Del mismo modo, aunque inspirado en la Ley de 1951 véase, Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 458. En este aspecto el profesor Girón apunta ya una interesante posibilidad reconocida por otros países vecinos como Alemania, pero que a la luz de nuestra normativa resultaba y resulta todavía categóricamente inaplicable, que es la posibilidad de distinguir entre "cambios de mera redacción" y "alteración de los estatutos".

⁸⁰⁴ Esta mayoría será como es bien sabido de al menos 50% del capital social con derecho a voto, requiriéndose la mayoría de votos para la adopción del acuerdo en primera convocatoria. Y, de al menos el 25% de dicho capital, si bien en este caso cuando la asistencia es inferior a la mitad del capital con derecho a voto, para la válida adopción de los acuerdos se exigirá que voten a favor del mismo, al menos dos tercios del capital asistente.

Por lo que respecta a las SRL, las exigencias, aunque menores, también requieren de su formalidad, si bien en ciertos aspectos pueden asemejarse más a las señaladas con respecto a la SAS. En el seno de la SRL, de este modo, la modificación estatutaria⁸⁰⁵ deberá llevarse a cabo, como en la SA, por acuerdo de la junta general cumpliéndose los requisitos de formalización en escritura pública y publicidad que también señalábamos para la SA. A pesar de que el procedimiento es bastante complejo, en este supuesto se le da mayor cabida a la voluntad de los socios manifestada en los estatutos siempre que no contravengan las exigencias legales, ni la mayoría cualificada cifrada en el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social.

La modificación estatutaria deberá constar en escritura pública que contendrá como mínimo las siguientes menciones: declaración de que en la convocatoria se han hecho constar los puntos que hayan de modificarse, y de que el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado a disposición de todos los socios desde la convocatoria de la junta, en el domicilio social; así como la redacción literal de los nuevos artículos que se modifican o se incluyen.

Una vez otorgada la escritura pública deberá inscribirse en el registro mercantil⁸⁰⁶ y publicarse en el BORME. No obstante, cualquiera de estas

⁸⁰⁵ Véanse, García de Enterría, J.; "Modificación de estatutos", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 773 y ss.; Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; "Modificación de los estatutos sociales", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 408 y ss.; y, Machado Plazas, J. y Mercadal Vidal, F.; "Modificación de los estatutos", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 747 y ss.

⁸⁰⁶ Véase al respecto, Garrido de Palma, V.M.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 117 *in fine*.

modificaciones desde su formalización, será oponible frente a terceros de buena fe.

Sin duda alguna, y a pesar de que el proceso por lo que respecta a la SAS y a nuestra SRL, parezca a simple vista muy similar, la exigencia de la formalización en escritura pública que exige el Derecho español endurece considerablemente los trámites. No obstante, tal como está configurado nuestro Derecho, ni siquiera un modelo simplificado de sociedad podría saltarse éste trámite. De ahí que, dentro de las exigencias requeridas por el ordenamiento español y a la luz del panorama societario existente en Derecho francés, por lo que respecta a esta cuestión en concreto, el régimen que ofrece la SRL nos parezca adecuado. Cierto es que una modificación requiere de unos límites, dado que si aplicáramos aquí la regla de la absoluta flexibilización mantenida en otros aspectos de la SAS, podrían resultar lesionados intereses de los propios socios o de terceros. De ahí que el propio legislador francés no haya reconocido esa "carta blanca"⁸⁰⁷ que reconoce en otros aspectos de la SAS a los redactores de los estatutos.

B) Las modificaciones estructurales.

a) Presentación del tema.

Es bien sabido que, como en tantos otros temas, no existe en el vigente Derecho español de sociedades una regulación común de estas importantes

⁸⁰⁷ Périn, P.L.; en *La société par actions...*, cit., pág. 57, se refiere a "une page blanche", al ocuparse de la libertad de la que gozan los redactores de los estatutos de la SAS a la hora de organizar la sociedad.

modificaciones societarias. Este hecho, habitualmente criticado por la doctrina, parece encontrarse en trámite de superación sobre la base del reciente Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, de 30 de mayo de 2008, dirigido a establecer una regulación única de la materia, superadora de la actual situación de fragmentación legislativa. De ésta forma, y de acuerdo con lo establecido por la propia exposición de motivos de dicho Proyecto, se aspira a lograr una solución transitoria a la espera de que llegue esa tan esperada codificación o compilación en un solo cuerpo normativo de todo nuestro Derecho de sociedades. Este concreto punto se expresa de forma clara en la disposición final sexta de éste texto normativo, al habilitar al gobierno para que en un plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto y bajo un único título "Ley de sociedades de capital", la sección 4ª, título I, libro II del Cod. de com.; la LSA; la LSRL; el título X de la Ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de valores; y la Ley ahora indicada.

Al mismo tiempo, el Proyecto de Ley pretende unificar y ampliar el régimen jurídico de las modificaciones estructurales, entendidas como aquellas alteraciones que van más allá de las simples modificaciones estatutarias, intentando adecuar la legislación española a los postulados de mayor flexibilidad que se vienen imponiendo desde la esfera comunitaria. Este postulado se hace patente por ejemplo en la introducción de otras modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, incorporando interesantes excepciones a la exigencia del informe del experto independiente y en el régimen de autocartera y de asistencia financiera.

De igual forma, también destacan como nuevos supuestos de ampliación de esas modificaciones estatutarias, el ingreso de la cesión global del activo y del pasivo, rompiendo los moldes que se imponían hasta el momento limitando esta operación exclusivamente al ámbito propio de la liquidación.

Del mismo modo, la incorporación de la Directiva sobre fusiones transfronterizas, ha motivado la revisión del régimen jurídico tanto de la fusión como de la escisión. Por lo que respecta a la primera, destaca tal como indica la propia exposición de motivos, la regulación de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al 90% y también la de aquella operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuota correspondiente a las mismas.

Por lo que respecta a la escisión, destaca la incorporación de la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial.

Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un interesante a la par que valioso proyecto que de conseguir el fin para el que fue previsto, supondría un gran avance en nuestro Derecho societario actual.

No obstante y si la línea seguida a lo largo de nuestro trabajo ha sido la de abogar por una necesaria flexibilización que permita dar cabida a soluciones prácticas concretas, en el punto que ahora nos ocupa no consideramos conveniente postular dicha flexibilización sin mayores matices. El hecho de que optemos por una postura distinta a la sostenida hasta el momento, se debe a que en lo que a modificaciones estructurales se refiere (entendidas éstas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias, por afectar a la estructura de la sociedad), consideramos que el recurso a la flexibilización podría resultar más perjudicial que beneficioso. De ahí que, como veremos, ésta sea la línea seguida en el presente epígrafe.

b) La transformación.

La transformación de cualquier tipo de sociedad, llevará implícita en la mayoría de los casos, una profunda modificación de sus estatutos sociales.

Por lo que respecta a la SAS⁸⁰⁸, ésta podrá transformarse en sociedad de responsabilidad limitada, en sociedad en nombre colectivo, en sociedad comanditaria, en sociedad anónima y en sociedad civil.

Nuestras sociedades podrán transformarse, por lo que respecta a la SA y de acuerdo con lo establecido por el art. 223 de su texto regulador⁸⁰⁹ en, sociedad colectiva o comanditaria, o en SRL. Además, el mismo precepto en su apartado 2º impone una restricción expresa al establecer que salvo disposición legal en contrario, cualquier otra transformación distinta a las señaladas, será nula.

⁸⁰⁸ Véase, Charvériat, A. y Couret, A.; *Société par actions...*, cit., págs. 265 y ss.; Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 233 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 271 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 271 y ss.; Attar, F. y Tourmu, O.; *La société par actions...*, cit., pág. 97 y ss.

⁸⁰⁹ Véanse al respecto, Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas...*, cit., págs. 149 y ss.; Uría, R., Menéndez, A., y Carlon, L.; "Transformación", en Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M. (dir.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Transformación, fusión y escisión de la sociedad anónima*, tomo IX, vol. 1, Civitas, Madrid, 1993, págs. 7 y ss.; León Sanz, F.J.; "Transformación de la sociedad anónima", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 2147 y ss. En la Ley de 1951 éste artículo correspondía al 133 y 140, que analiza detalladamente, Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 598 y ss.

La SRL, por su parte y de acuerdo con lo que establece el art. 87 de la LSRL⁸¹⁰, podrá transformarse en sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones, en SA, y en agrupación de interés económico. Además, el apartado segundo del mismo precepto también contempla la posibilidad, como también lo hacía la SAS, de transformarse en sociedad civil, siempre y cuando su objeto no sea mercantil. Además, y de acuerdo con lo que establece el apartado 3º del artículo precitado, ésta también podrá transformarse en cooperativa.

Encontramos aquí un amplio margen de maniobra de la SRL respecto no sólo a la SA cuyas posibilidades resultan bastante restringidas, sino también con respecto a la SAS. El régimen previsto en este punto por la LSRL resulta, sin duda, el más adecuado de los tres. Es cierto, no obstante, que el Proyecto de Ley al que venimos refiriéndonos puede relativizar esta conclusión.

Si entramos a debatir las cuestiones formales de la transformación vuelven a aflorar las exigencias requeridas para la modificación estatutaria que analizábamos en el epígrafe anterior, tanto por lo que respecta a la SAS como a la SA y a la SRL. Si nos ceñimos a las exigencias de la SAS en comparación con las de la SRL, constatamos nuevamente las mismas exigencias que apuntábamos en el epígrafe anterior. Se requiere el previo acuerdo de

⁸¹⁰ Véanse al respecto el comentario de G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas...*, cit., pág. 88; Eizaguirre, J.M.; "La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 867 y ss.; Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; "Transformación", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 535 y ss.; León Sanz, F.J.; "Transformación de la sociedad de responsabilidad limitada", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley....*, cit., págs. 851 y ss.

transformación acordado por la junta general, bajo los mismos parámetros establecidos anteriormente, junto con la aprobación del balance de la sociedad cerrado el día anterior al del acuerdo. Este acuerdo será previo a la también requerida escritura pública de transformación y requerirá de una posterior inscripción en el registro mercantil, y ulterior publicación en el BORME.

Por lo que respecta a la SAS las exigencias también son las mismas que las requeridas para la modificación estatutaria que analizábamos con anterioridad, excepto la salvedad de unas condiciones de mayoría específicas para determinados supuestos de transformación⁸¹¹. De éste modo para la transformación de SAS en SRL, se exigirá el voto favorable de la mayoría de tres cuartos de los accionistas; para la transformación en SCA, se exigirá el voto unánime de los accionistas; por último y por lo que respecta a la transformación en SA, vuelve a entrar en juego la libertad estatutaria, de éste modo la mayoría exigida será estipulada por vía estatutaria, en defecto de pronunciamiento por parte de los estatutos, se requerirá la unanimidad.

Aquí encontramos un nuevo aspecto que resta flexibilidad a la figura y que nos haría de nuevo decantarnos por el régimen de la SRL española.

De hecho, ésta ha sido la línea que se ha venido siguiendo en la práctica societaria. Tal como establece en su apartado I, la propia exposición de motivos del Proyecto de Ley de modificaciones estructurales, la amplia concepción de la LSRL ha terminado por imponerse sobre la mucho más restrictiva LSA. No obstante, uno de los acertados propósitos que sigue dicho Proyecto es la unificación de la normativa sobre transformación de sociedades mercantiles, cuyo régimen se halla hasta la fecha dividido entre la LSRL y la LSA. Éste

⁸¹¹ Véase al respecto, epígrafe II, 4, A) del capítulo III de la presente tesis.

propósito logrará sin duda acabar con esta duplicidad de regulaciones, a la vez que aportará una vía más adecuada para dar respuesta a las necesidades prácticas efectivas.

c) La fusión y la escisión.

Hay que tener en cuenta que la remisión que se lleva a cabo⁸¹², en el art. 94.1 de la LSRL⁸¹³ a las secciones 2ª y 3ª del capítulo VIII de la LSA, convierte en única la legislación sobre fusión y escisión, tanto de SA como de SRL; sin embargo, la regulación legal sobre esta materia no se completará únicamente con estas remisiones a la LSA, sino que también habrá que estar a lo dispuesto por el RRM⁸¹⁴. Esta misma remisión opera en sede de anónimas simplificadas francesas, dado que, de igual modo, la legislación sobre la materia remite a la regulación de anónimas al respecto⁸¹⁵.

A priori esta remisión nos hace pensar en una mayor rigidez condicionada por las particularidades que, como venimos constatando,

⁸¹² Véase por lo que respecta a la SRL, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; "Fusión y escisión", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 570; y, Embid Irujo, J.M.; "Régimen de la fusión y de la escisión", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., págs. 931 y ss.

Por lo que respecta a la SA véase, Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas...*, cit., págs. 152 y ss.

⁸¹³ A este respecto véase el comentario de dicho artículo llevado a cabo por, Embid Irujo, J.M.; "Régimen de la fusión y de la escisión", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 931 a 934, 940 y 941.

⁸¹⁴ Véase en este sentido, Garrido de Palma, V.M.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pág. 147.

⁸¹⁵ Véase al respecto, epígrafe II, 4, B) del capítulo III de la presente tesis.

caracterizan este tipo de sociedad, no sólo en nuestro ordenamiento sino también en el francés.

Tanto en sede de anónima simplificada como en sede de limitada, habrá que tener en cuenta que la fusión por absorción no podrá llevarse a cabo con sociedades que hagan llamamiento público al ahorro, si éstas no presentan previamente una oferta pública de retracto de acciones cotizadas en bolsa.

Por lo que respecta a la escisión, como también veíamos en el capítulo III, la división de la SAS podrá dar lugar a varias SAS, a una SAS y una sociedad con otra forma y a otras sociedades con formas distintas a la SAS⁸¹⁶. Cada una de las nuevas sociedades constituidas se regirá por las reglas propias de la nueva forma social adoptada.

Del mismo modo y de acuerdo con la remisión del ya citado art. 94.1 de la LSRL, la escisión de nuestras SA y SRL se regirán por lo dispuesto en la LSA.

Por lo que se refiere a la fusión, tanto la regulación de SAS francesa como la nuestra propia regulan la necesaria fase de preparación de la misma, que se materializará en el llamado proyecto de fusión. Dicho proyecto deberá contener necesariamente una serie de menciones que, en el caso de la SAS, serán las mismas tanto para la fusión como para la escisión y que se concreta en: la forma, denominación y domicilio de todas las sociedades participantes; los motivos, objetivos y condiciones de la fusión o escisión; la determinación y

⁸¹⁶ Al respecto, Chadeaux, M.; *Les fusions de sociétés*, La Villeguerin Éditions, Paris, 1990, pág. 23; Pichard, V.; *Fusionner une SAS, une operation à risqué?*, JCP E., 2001, pág. 21; Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 209 y ss.

evaluación del activo y del pasivo; la forma y particularidades de entrega de las acciones o participaciones; la fecha de paralización de las cuentas de la sociedad; el informe del canje de derechos sociales; el monto previsto por la prima de fusión o escisión y los derechos acordados para socios con derechos especiales.

En el caso de nuestras SA y SRL, como es bien sabido, el contenido del proyecto de fusión contendrá de acuerdo con lo que establece el art. 235 de la LSA⁸¹⁷, al menos: la denominación, domicilio e identificación en el registro mercantil de las sociedades que participan en la fusión y de la nueva sociedad; el tipo de canje de las acciones y el procedimiento del mismo; la fecha de extinción de la sociedad; los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente, con especial mención de los derechos especiales, así como cualquier otra ventaja que vaya a atribuirse en la sociedad absorbente.

Por lo que respecta al proyecto de escisión y de acuerdo con lo establecido por el art. 255.1 de la LSA⁸¹⁸, junto con las menciones enumeradas para el proyecto de escisión deberán indicarse: la concreta designación y reparto de los componentes tanto del activo y del pasivo que habrán de transmitirse a las sociedades resultantes; el reparto entre los accionistas o socios de la sociedad escindida de las acciones o participaciones correspondientes, así como los criterios en que se funda dicho reparto.

Tanto en la fusión y escisión de la SAS como en la fusión y escisión de nuestras SA y SRL, será necesario recabar el informe de uno o varios expertos

⁸¹⁷ Véase al respecto, Embid Irujo, J.M.; "Contenido del proyecto de fusión", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 2246 y ss.

⁸¹⁸ Véase al respecto, Lázaro Sánchez, E.; "Proyecto de escisión", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 2440 y ss.

sobre dicho proyecto. En la SAS se requerirá la presencia del llamado comisario de la fusión o de la escisión⁸¹⁹. Además, también podrá procederse a la consulta de los acreedores de las sociedades absorbidas y al del comité de empresa de los dirigentes de las sociedades en cuestión si es que existiesen.

En el caso de nuestras SA y SRL también se podrá recabar el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, justificando dicho proyecto y sus particularidades específicas.

Tanto en una como en otras, será obligatorio un trámite de información, en el que se pondrán en conocimiento de los socios todos los documentos relevantes que resulten parte integrante de la fusión o escisión.

Como en el ordenamiento español, en el francés se pondrá en conocimiento el depósito del proyecto de fusión como mínimo con un mes de antelación a la asamblea que fijará las condiciones de la operación.

Dicho proyecto que deberá incluir una serie de menciones obligatorias⁸²⁰, será objeto de publicación en un anuncio oficial de publicaciones legales del departamento al que pertenezca el domicilio social de la sociedad en cuestión en el caso de la SAS; y en el BORME y dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan sus domicilios en el caso de nuestras SA y SRL.

⁸¹⁹ El comisario de la fusión o de la escisión podrá ser sustituido por el comisario de aportaciones de la SAS en cuestión, cuando la fusión se efectúe por una sociedad sobre una filial propia al 100%.

⁸²⁰ Véase al respecto, epígrafe II, 4, B) apartado b), a') *in fine*, del capítulo III, por lo que respecta al Derecho francés; y artículo 240.2 de la LSA por lo que respecta a Derecho español.

En éste último caso, además, las sociedades que se fusionen harán constar en escritura pública el acuerdo de fusión. En última instancia y como también apuntábamos al referirnos a las modificaciones estatutarias, dicho proyecto surtirá efecto tras su inscripción en el registro correspondiente, sin perjuicio de la correspondiente publicación que de a conocer la efectiva fusión o escisión.

Como hemos podido observar, el procedimiento de fusión y de escisión regulado en nuestro ordenamiento es muy similar al regulado en Derecho francés seguramente como consecuencia de la transposición de las Directivas europeas sobre ambas modificaciones estructurales. También es de remarcar esa igual remisión al régimen de la anónima en ambos ordenamientos. De ahí que en este apartado pocas novedades puedan introducirse que no hayamos visto en nuestro ordenamiento. No obstante, sin duda la nueva regulación establecida por el ya citado Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, puede suponer un gran avance en lo que a esta materia se refiere. En éste sentido, y tal como el propio Proyecto establece, en materia de fusión destaca la regulación de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al 90% y también la de aquélla operación a través de la cuál una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones o participaciones o cuota correspondientes a la misma.

Por lo que respecta a la escisión, la gran novedad radica en la incorporación junto a las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial, de la figura de la segregación.

Sin duda tanto para una (fusión), como para la otra (escisión), la entrada en vigor de ésta nueva normativa supondrá un paso adelante en ése

largo camino que queda por recorrer, pero que sin duda iniciativas como la adoptada tienden a favorecer de forma muy positiva.

C) La extinción de la sociedad.

a) La disolución.

En este punto volvemos a encontrar, por lo que respecta a la SAS⁸²¹, una nueva remisión no sólo a las normas reguladoras de la SA, sino también a las normas comunes aplicables a las disoluciones de sociedades mercantiles en general. De este modo tampoco hallaremos en este punto un claro reflejo de la autonomía de la voluntad manifestada por vía estatutaria, como en otros aspectos ya analizados con anterioridad.

Al igual que en el ordenamiento español, también en el ordenamiento francés se regulan una serie de causas por las cuales se podrá disolver una SAS, que en muchos aspectos coinciden con las reguladas por nuestras LSA y LSRL.

En este sentido cabe remitirse a lo dispuesto por los arts. 1844.7 del C.C. francés⁸²², y a los arts. 260.1 de la LSA⁸²³, y 104.1 de la LSRL⁸²⁴, en los cuales

⁸²¹ Véase, Merle P.; *Droit comercial...*, cit., págs. 687 y ss.; Cozian, M., Viandier, A., y Deboissy, F.; *Droit des sociétés...*, cit., págs. 208 y ss.; Azarian, H.; *La société par actions...*, cit., págs. 235 y ss.; Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions...*, cit., págs. 102 y ss.; Guyon, Y.; *Traité des contrats...*, cit., págs. 145 a 147.

⁸²² Estas causas ya fueron expuestas con detalle al analizar la disolución de la SAS en el epígrafe II, 4, C) apartado a), a'), del capítulo III.

⁸²³ En este sentido véase el comentario de éste artículo llevado a cabo por, Sequeira Martín, A.; "Causas de disolución", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 2470 y ss.

encontramos menciones idénticas tales como, el transcurso del tiempo, la conclusión de la empresa por extinción de su objeto social, por acuerdo de los socios, con las mayorías requeridas...

Resulta necesario destacar que no sólo la SAS, como parece obvio, da cabida a través de una cláusula residual a cualquier otra cláusula prevista por los estatutos, sino que también la LSRL y la LSA plantean dicha posibilidad, siguiendo, en este punto – un tanto sorprendente, desde la perspectiva de la SA – una arraigada tradición histórica.

De este modo, salvando los obstáculos que ya hemos citado en muchos de los apartados anteriores, la regulación de nuestra SRL no resulta en este punto tan perjudicial si la comparamos con la de la SAS. En contraposición con otras materias ya analizadas, aquí no rige ni debe regir una libertad absoluta el

⁸²⁴ Véanse al respecto de la SRL, G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas...*, cit., págs. 101 y 102; Soto Vázquez, R.; *Nuevo régimen jurídico de la sociedad...*, cit., págs.220 y ss. Éste último lleva a cabo un estudio de las mismas, comparándolas con las establecidas por normativas anteriores e introduciendo interesantes referencias jurisprudenciales al respecto. Del mismo modo véase, Beltrán Sánchez, E.; “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad...*, cit., págs. 937 y ss.; Rodríguez Martínez, J.D.; “Disolución de la sociedad”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad...*, cit., págs. 650 y ss.; y, Salelles, J.R.; “Causas de disolución”, en Arroyo, I y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 1003. Del mismo modo véase el análisis de estas cláusulas que regulaba el art. 150 en la Ley de 1951 de, Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, cit., págs. 564 y ss.

Por lo que respecta a SA véase, Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas...*, cit., pág. 161.

respecto. Es más, expresamente se establece que los estatutos no podrán contravenir lo dispuesto por el texto legal, de ahí que el característico juego de la autonomía de la voluntad de la SAS no encuentre cauce de aplicación por lo que a la disolución de la sociedad se refiere.

b) La liquidación.

Como es bien sabido, la liquidación de cualquier sociedad es consecuencia ineludible (excepto en la fusión y escisión) de su disolución⁸²⁵; tanto en una como en la otra se reconoce un cierto margen a la autonomía de la voluntad que se manifiesta, tal como apuntábamos con anterioridad, no sólo en la ampliación por vía estatutaria de las causas establecidas en el catálogo previsto tanto por la LSA y de SRL (posibilidad también se reconocía en la normativa reguladora de SAS)⁸²⁶, sino también en el establecimiento de normas concretas para el nombramiento de los liquidadores, así como para la determinación y reparto de la cuota de liquidación. Esta posibilidad se reconoce, de igual modo, también en la regulación francesa de la SAS⁸²⁷.

⁸²⁵ Beltrán Sánchez, E.; "Disolución y liquidación...", *cit.*, pág. 965; García-Cruces González, J.A.; "Periodo de liquidación", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, págs. 1051 y ss.; Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas...*, *cit.*, págs. 164 y ss.; así como, Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades...*, *cit.*, págs. 574 y ss.

⁸²⁶ Véase, Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, *cit.*, págs. 225 y ss.

⁸²⁷ Véase al respecto el análisis que de la liquidación llevábamos a cabo en el epígrafe II, 4, D), del capítulo III.

En este sentido, y por lo que respecta al nombramiento de liquidadores, el art. 268 de la LSA⁸²⁸ parece establecer una total libertad al disponer que “cuando los estatutos no hubieran establecido normas sobre el nombramiento de liquidadores, corresponderá su designación a la junta general”. En este punto se manifiesta claramente el principio de autonomía de voluntad reconocido a los socios fundadores de toda sociedad, dando prevalencia a lo dispuesto por los estatutos. Si atendemos a lo dispuesto por la LSRL también encontramos esa remisión estatutaria al establecer que pasarán a ser liquidadores los antiguos administradores, que cesarán en su cargo con la apertura del periodo de liquidación, siempre y cuando no se hayan designado otros en los estatutos o los designe en su caso la junta general. Ésta misma posibilidad también se prevé para los liquidadores de la SAS, que aunque podrán ser nombrados entre personas físicas o jurídicas, que hayan sido socios o no, suelen designarse frecuentemente de entre las personas que han desempeñado el puesto de administrador.

Lo que sí se estipula con respecto a los liquidadores de la SAS es que salvo disposición estatutaria contraria, el liquidador deberá ser nombrado por unanimidad de los socios, en base a lo dispuesto por el art. L 237-18 del Cod. de com.

Esa misma remisión estatutaria la volvemos a encontrar, por lo que respecta al número de liquidadores, tanto en la LSA como en la LSRL. Al no establecerse ninguna precisión legal respecto al número de liquidadores por designar, éstos podrán fijarse libremente por los estatutos, indicando un número concreto, o bien un número mínimo y máximo. Lo que sí prevé

⁸²⁸ Véase comentario de éste artículo por, Mercadal Vidal, F.; “Nombramiento y número de liquidadores”, en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 2597 y ss.

expresamente el texto regulador es que su número deba ser siempre impar, de acuerdo con lo que establece el art. 268.2 de la LSA⁸²⁹.

De nuevo encontraremos esa misma remisión por lo que respecta a la duración del cargo que deberá establecerse en los estatutos, en defecto del cual se entenderá que lo ejercen por tiempo indefinido, que se entenderá condicionado al periodo que dure la liquidación. A este respecto, la normativa relativa a SAS dispone expresamente que la duración en el cargo no podrá exceder de tres años, salvo prórroga decretada judicialmente.

Por último, volvemos a encontrar esta nueva manifestación de la autonomía de la voluntad, como apuntábamos anteriormente, en la cuota de liquidación. Concretamente, en esta fase final del proceso de liquidación las posibilidades de regulación estatutaria se concentran en dos ámbitos: por una parte, en la determinación de las reglas de división del patrimonio social resultante de la liquidación, y, por otra, en la forma de realizar el reparto de dicho patrimonio entre los socios. Hay que señalar, no obstante, que el margen de libertad estatutaria para la fijación de los privilegios en la determinación de la cuota de liquidación del capital social es mayor en el ámbito de la SRL que en el de la SA⁸³⁰. Esta misma previsión estatutaria se establece, de igual forma, en la regulación de la SAS, no sólo en el desarrollo de las operaciones de

⁸²⁹ Véase al respecto, Mercadal Vidal, F.; "Nombramiento y número de liquidadores", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de sociedades...*, cit., págs. 2597 y ss.

⁸³⁰ A este respecto, además de que se admite expresamente que la cuota de participación de cada socio no será necesariamente proporcional a su participación en el capital social, lo que parece ser la regla general en ausencia de previsión estatutaria específica, se prevén una serie de beneficios específicos que podrán reconocerse a favor de uno o varios socios, por vía estatutaria. Estos beneficios se concretan en cláusulas como la de preferencia en el cobro, o el privilegio cuantitativo que supone por ejemplo el cobro de un importe superior, la atribución de un excedente tras la restitución de todos los socios, etc...

liquidación, tal como apuntábamos con anterioridad, sino también al igual que en nuestro ordenamiento, en el reparto del saldo o cuota resultante de la liquidación.

Tras el reparto y división del haber social, se procederá en el caso tanto de nuestras sociedades como de la SAS, a la publicación y cancelación de los asientos registrales en el correspondiente registro en el que fueron inscritas, con la particularidad de que cualquier demora y en todo caso el resultado del balance final deberán ser igualmente publicados en el boletín correspondiente.

En este punto volvemos a encontrar una normativa bastante similar por lo que respecta tanto al régimen de nuestras sociedades tanto anónimas como limitadas, con la SAS, de ahí que no haya grandes novedades destacables. No obstante, y a pesar de que tan acertadamente la propia regulación reconoce expresamente este juego de la autonomía de la libertad en la determinación de algunos de los aspectos relativos a la liquidación, en la práctica se constata que en nuestras sociedades es bastante infrecuente o escasa la regulación de estos aspectos por vía estatutaria. Consideramos que teniendo en cuenta la especial caracterización de la SAS, esa mayor participación por vía estatutaria que les atribuye la Ley, encuentre cauces de aplicación más adecuados, en cuestiones no sólo como la que ahora nos ocupa sino también en muchas otras de igual o incluso mayor trascendencia.

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 hicieron 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 norteamericano, 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 sociedad anónima europea 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, a día de hoy, 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. 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 sociedad de responsabilidad limitada, 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 sólo 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 pormenorizadamente las peculiaridades propias de la sociedad por acciones simplificada introducida por el Derecho francés. La opción de decantarnos por éste 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 éste 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 ésta 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.

Antes de abordar el estudio pormenorizado de la SAS nos decantamos por analizar someramente las peculiaridades básicas del Derecho societario francés que nos sirvieran para entender su funcionamiento básico. El estudio de las mismas, argumentado en su propia lengua, aunque nos permiten concluir consideraciones muy similares a las conocidas en nuestro ordenamiento, que quizá resulten demasiado descriptivas, eran necesarias a la hora de enfrentarnos al estudio de la SAS. De este modo, se ha podido conocer no sólo el panorama societario francés en términos generales, sino también las características básicas de cada una de sus principales figuras societarias, a efectos de observar, en su caso, los paralelismos y las diferencias con los tipos reconocidos en nuestro ordenamiento.

OCTAVA.

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 art. 227-1 del Cod. de com. 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 €. 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 éste 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.

NOVENA.

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.

DÉCIMA.

Junto a la SAS, el ordenamiento francés reconoce otras figuras de igual importancia que resultan igual de novedosas, y cuya consideración podría ser de un gran interés también para el ordenamiento español. En este sentido la SASU, que no se constituye como una forma social aislada sino más bien como una variante de la SAS, puede considerarse una verdadera revolución, dado que es la primera vez que se admite la creación de una sociedad unipersonal en la que el capital social está dividido en acciones. Junto con la misma, la SEL en sus distintas variantes también podría resultar de un gran interés, sobre todo bajo la forma de SELAS, por lo que respecta a la SAS que venimos analizando. La mayor peculiaridad de esta figura regida en buena medida por las particularidades previstas tanto para la SAS como para las SEL francesas radica en el hecho de que, tanto su presidente como el resto de sus dirigentes deban ser elegidos de entre sus socios que deben ejercer obligatoriamente su profesión en el seno de la sociedad.

DÉCIMO PRIMERA.

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 éste 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

ésta parte, es en ocasiones la vía más acertada, ya que aunque positiva, ésta se sujeta a unos necesarios límites que en momentos de inestabilidad económica como los que ahora atravesamos, todavía se hacen más patentes.

DÉCIMO SEGUNDA.

En base a dichos límites y a las particularidades básicas de nuestro Derecho societario, concluimos tres cauces de aplicación para la posible introducción en nuestro ordenamiento, no sólo 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 tercero 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.

DÉCIMO TERCERA.

Una vez analizados los posibles cauces de adopción, nuestro interés se centra en determinar de todas las formas societarias existentes en nuestro Derecho, aquélla 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.

DÉCIMO CUARTA.

No obstante y después de un detallado estudio no sólo del ordenamiento francés y en especial de la SAS, sino también de nuestro propio ordenamiento, si 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 ésta 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, ésta figura podrá seguramente alcanzar cotas de flexibilidad hasta ahora desconocidas.

DÉCIMO QUINTA.

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.

DÉCIMO SEXTA.

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 éste sentido a nuestra SRL y SA), y otro (la SAS), para determinar cuales de ellas pueden resultar más ventajosas o podrían gozar de una mejor acogida por parte de la práctica societaria.

En éste 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.

DÉCIMO SÉPTIMA.

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 ésta última permitiendo una mayor participación por vía estatutaria, que deja un radio de acción mucho más amplio, en ocasiones puede resultar discutible.

DÉCIMO OCTAVA.

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, sólo puede conseguirse flexibilizando y adecuando los en ocasiones arcaicos textos reguladores y modelos implantados en los diversos ordenamientos jurídicos.

DÉCIMO NOVENA.

De ahí, que planteemos la hipotética posibilidad de crear un nuevo modelo simplificado de SRL, al que hemos decidido llamar "sociedad limitada simplificada", que sería un modelo a caballo entre la SAS francesa y nuestra SRL. En especial, la opción propuesta plantearía adaptar los principales beneficios que señalábamos con respecto a la SAS a nuestras SRL, posibilidad

que podría llevarse a cabo, como ya se hizo con la SLNE, a través de una modificación legislativa. Ésta no requeriría de una profunda revisión del régimen jurídico de nuestra tradicional SRL, ya que, como hemos constatado a lo largo de nuestro estudio, en muchos aspectos éste va a la par con el de la SAS. Incluso como también apuntábamos nos atreveríamos a decir que muchos aspectos están mejor regulados que en la SAS.

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

VIGÉSIMA.

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.

ANEXO

ESTATUTOS DE UNA SAS⁸³¹.

Los abajo firmantes :

- (Indicar nombre y apellidos, dirección y fecha y lugar de nacimiento).
-
-

han establecido, los estatutos de una sociedad por acciones simplificada⁸³².

⁸³¹ Los presentes estatutos tienen únicamente carácter indicativo, no se trata de estatutos tipo. Su única misión es aportar una visión general y práctica de las cuestiones analizadas en la teoría. Los redactores que tengan que enfrentarse a la elaboración de los mismos, podrán tomar como punto de referencia las cláusulas que detallamos a continuación pudiendo ser ampliadas o reducidas en función de su propia situación y necesidades.

⁸³² Las cláusulas que pasaremos a desarrollar seguidamente han sido extraídas de los formularios anexos en, Maskelier, F.; y Kergunic, N. S.; *Société par actions...*, cit., págs. 273 y ss; y Lefebvre, F.; *Société par actions...*, cit., págs. 313 y ss.

Preámbulo

El preámbulo es parte integrante de los estatutos. En caso de divergencia a la hora de interpretar las cláusulas estatutarias, la voluntad común de las partes prevalecerá sobre su interpretación.

- (Indicar las etapas y motivos que han presidido la constitución de la SAS).
- (Indicar las razones que han presidido la constitución de la SAS).

ARTÍCULO 1. Forma.

Ha sido constituida por los presentes, entre los titulares de las acciones creadas a continuación, y aquellas que podrán crearse con posterioridad, una sociedad por acciones simplificada. La misma estará regida por los presentes estatutos y por los arts. L 227-1 a L 227-20 del Cod. de com.

En caso de silencio por parte de los estatutos, serán aplicables las disposiciones del Cod. de com. relativas a las sociedades anónimas.

ARTÍCULO 2. Objeto.

La sociedad tendrá por objeto tanto en Francia como en el extranjero :

- la creación, adquisición, o alquiler de los fondos de comercio y el arrendamiento, instalación y explotación de todos los establecimientos, fábricas, talleres, relacionados con la actividad ;
- la adquisición, explotación o cesión de todos las patentes relativas a su actividad ;
- la participación directa o indirecta de la sociedad en todas las operaciones financieras, inmobiliarias o mobiliarias y en todas las sociedades mercantiles o industriales que estén relacionadas con el objeto social, o con un objeto similar o conexo, de forma que se favorezca su extensión y desarrollo (está cláusula puede o no incluirse).

ARTÍCULO 3. Denominación.

La denominación social es

Su nombre comercial

Todos los actos y documentos que emanen de la sociedad destinados a terceros, tales como cartas, facturas, anuncios y publicaciones diversas, deben indicar la denominación social, seguida de las palabras « sociedad por acciones simplificada » o de las siglas « SAS », y el anuncio del montante de su capital.

ARTÍCULO 4. Domicilio social.

El domicilio social está fijado en(Ciudad, departamento y dirección).

Dicho domicilio podrá ser transferido a cualquier otro lugar del mismo departamento o departamentos limítrofes, por simple decisión del órgano directivo. En cuyo caso estará habilitado a modificar si lo estima conveniente los estatutos consecuentemente.

El presidente puede libremente crear sucursales en toda Francia, en el extranjero o donde considere oportuno.

ARTÍCULO 5. Duración.

La duración de la sociedad está fijada, salvo disolución anticipada o prórroga, en 99 años a contar desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil.

ARTÍCULO 6. Aportaciones.

Los abajo firmantes hacen aportan a la sociedad :

- D....., la suma en numerario de €.
- D....., la suma en numerario de €.

En total, la suma deque corresponde a acciones de € cada una, suscritas en su totalidad y liberadas a la mitad, tal como prueba el certificado emitido, depositado en la cuenta de la sociedad en formación en el banco....., agencia (indicar la dirección).

ARTÍCULO 7. Capital social.

El capital social está fijado en €, dividido en acciones de €.

ARTÍCULO 8. Modificaciones de capital.

El capital social podrá aumentarse o reducirse según las condiciones previstas por la Ley o por los socios, de acuerdo con las condiciones establecidas por el art. 14 de los presentes estatutos.

ARTÍCULO 9. Forma de las acciones.

Las acciones que serán nominativas, estarán inscritas a cuenta o en nombre de los accionistas en el registro de la sociedad, fijado siguiendo las condiciones y modalidades establecidas por la Ley.

ARTÍCULO 10. Cesión de las acciones.

1º Las acciones se pueden ceder libremente. La transmisión de acciones se opera a través de una trasposición de cuenta a cuenta de las acciones cedidas, bajo las instrucciones del cedente o en su caso de su representante legal.

No obstante los estatutos pueden prever cláusulas particulares relativas a la cesión de las acciones tales como :

2º Inalienabilidad.

3º Cláusula de consentimiento de los socios para la cesión de las acciones.

4º Modificación en el control de un socio.

5º Remplazo de un socio tras una fusión, escisión o disolución.

6º Exclusión.

7º Prelación.

8º Derecho de acompañamiento.

9º Salida de la sociedad.

El precio de las acciones cedidas o adquiridas será fijado :

- Según las modalidades de cálculo siguientes.....
- Por acuerdo entre las partes o en su defecto, en las condiciones previstas en el art. 1843-4 del C.C.

Toda cesión efectuada violando las cláusulas estatutarias es nula de pleno derecho.

ARTÍCULO 11. Derechos y obligaciones vinculados a las acciones.

Cada acción da derecho a una parte proporcional de los beneficios y del activo, proporcional a la cuota de capital que representa. Los accionistas soportan las pérdidas en relación con sus aportaciones.

La propiedad de una acción conlleva la adhesión a los estatutos y a los actos y decisiones colectivas.

Las acciones son indivisibles.

En caso de usufructo, el derecho de voto vinculado a la acción pertenece al nudo propietario de la misma, salvo para decisiones concernientes a resultados

en cuyo caso se reservará al usufructuario⁸³³. (Esta cláusula podría o no establecerse potestativamente por los accionistas en función de sus intereses y condiciones particulares).

ARTÍCULO 12. Dirección.

La sociedad estará dirigida por :

- un presidente, o bien,
- por un presidente⁸³⁴ y otros dirigentes (tales como, un director general, un consejo de administración, o un comité especial).

El presidente o restantes miembros directores serán nombrados :

- por decisión colectiva de los socios, o del socio mayoritario, o en su caso por decisión de un tercero designado expresamente ;
- en las siguientes condiciones : condiciones de *quorum* y mayoría, criterios de elección, elección de entre los socios o fuera de ellos...
- por una duración de años.

Conforme a lo dispuesto por la Ley el presidente representa a la sociedad frente a terceros, y está investido de los más amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad dentro de los límites de su objeto social. No obstante, el presidente no podrá tomar decisiones relativas a....., sin contar con la consulta de (Esta cláusula puede ser incluida de forma potestativa).

⁸³³ Sobre esta cuestión resulta de interés, Castagne, S.; *L'usufruit et la nue-propreté dans la SAS*, nº 6, Dr. soc., abril 1996.

⁸³⁴ Puede incluirse igualmente al final de los estatutos una cláusula de nombramiento del primer presidente.

ARTÍCULO 13. Decisiones de los accionistas.

Las decisiones colectivas de los accionistas son tomadas, a discreción del presidente, en asamblea, lo que implica una reunión física de los socios en un mismo lugar, o su consulta por correspondencia.

- Deliberación en asamblea (las condiciones y modalidades de la asamblea se fijan libremente).
- Deliberación por consulta (serán de igual forma fijadas libremente).
- *Quorum* y mayoría.....
- Reparto de votos
- Naturaleza de la decisión.

ARTÍCULO 14. Convocatoria e información de los accionistas.

Los socios son convocados, a toda asamblea o consulta por correspondencia, días antes de la fecha prevista para el voto de las resoluciones inscritas en el orden del día. Esta convocatoria podrá realizarse por fax o carta recomendada con acuse de recibo.

El orden del día , el texto de las resoluciones y los documentos necesarios de información a los accionistas se comunicará a cada uno de ellos, al menos.....días antes de la asamblea o consulta. Los medios de comunicación son libres : videoconferencia, correo electrónico, fax u otros medios, podrán ser utilizados por la sociedad para informar a sus socios de las resoluciones adoptadas.

ARTÍCULO 15. Ejercicio social.

El ejercicio social comienza el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre.

Excepcionalmente, el primer ejercicio podrá clausurarse el

ARTÍCULO 16. Cuentas anuales y resultados sociales.

Dentro de los seis meses siguientes a la clausura del ejercicio social, el presidente o director general tendrá que contrastar con los socios las cuentas y resultados del ejercicio social transcurrido. Dicho plazo podrá no obstante prorrogarse por decisión judicial.

Tras la aprobación de las cuentas y la constatación de la existencia de un beneficio distribuible, los socios decidirán si el mismo se afectará a las reservas o deberá ser distribuido. En éste último caso, los dividendos distribuibles a los accionistas serán proporcionales a su participación en la sociedad.

ARTÍCULO 17. Control de las cuentas.

Son nombrados comisarios de cuentas para una duración de seis ejercicios :

- Titular : D..... residente en....., que acepta.

- Suplente : D..... residente en....., que acepta.

ARTÍCULO 18. Comité de empresa.

Los delegados del comité de empresa ejercerán los derechos que les son atribuibles por la Ley, junto con el presidente.

ARTÍCULO 19. Disolución y liquidación.

La sociedad será disuelta por la llegada de su término, salvo prórroga, por extinción total de su objeto, por efecto de un juicio ordenando su liquidación judicialmente, o la cesión total de sus activos, por decisión judicial siempre que medie justa causa.

La disolución anticipada puede resultar igualmente de una decisión colectiva de los socios, tomada por mayoría....., con un *quorum*.....

La disolución no surtirá efectos frente a terceros hasta la fecha de su publicación en el RCS. La personalidad de la sociedad subsistirá hasta la finalización de la liquidación. La mención « sociedad en liquidación », así como el o los nombres de los liquidadores deberán figurar en todos los actos y documentos que emanen de la sociedad.

La liquidación se efectuará conforme a la Ley.

Los socios que decidan la disolución designarán un liquidador amistoso elegido de entre los socios o fuera de ellos.

El producto neto de la liquidación será empleado en principio para reembolsar el montante de las acciones que no haya sido reembolsado. El saldo resultante de la liquidación se repartirá entre los accionistas proporcionalmente al número de acciones que detentasen.

ARTÍCULO 20. Resolución de controversias.

Todas las diferencias que puedan surgir durante la pervivencia de la sociedad, o en el curso de las operaciones de liquidación, ya sea entre los socios y entre los representantes legales de la sociedad o entre los mismos socios, en relación con los asuntos sociales o la ejecución de las disposiciones estatutarias, serán sometidas a arbitraje.

ARTÍCULO 21. Compromisos adquiridos por la sociedad en formación.

En caso de existencia de actos que deban cumplirse antes de la firma de los estatutos :

1º Estado detallado de los actos que deba cumplir la sociedad en formación. Dicho informe estará a la disposición de los socios, al menos tres días antes de la firma de los presentes estatutos.

2º Por otro lado, los socios ceden el mandato a :

- D....., con domicilio en.....

que firman y aceptan, con el fin de tomar conjunta o separadamente los compromisos adquiridos por la sociedad.

ARTÍCULO 22. Gastos.

Los gastos, derechos y honorarios de los presentes estatutos, y aquéllos que resultasen en consecuencia, correrán a cargo de la sociedad.

ARTÍCULO 23. Publicidad.

Se atribuyen poderes especiales al presidente abajo firmante que acepta cumplir todas las formalidades prescritas por la Ley en orden a la inscripción de la sociedad en el RCS, así como la inserción del anuncio de constitución en un diario habilitado a publicar anuncios legales en el departamento del domicilio social.

Hecho en 4 originales⁸³⁵, en..... (lugar de la firma de los estatutos), a(año, día y mes)⁸³⁶.

Nombre y firma de los intervinientes⁸³⁷.

⁸³⁵ Uno para el registro, dos para los depósitos legales y uno para los archivos sociales.

⁸³⁶ En letra.

⁸³⁷ En ocasiones junto a los estatutos se suele incluir una aceptación manuscrita de las funciones del presidente y del comisario de cuentas.

BIBLIOGRAFÍA:

- Abriani-Marco Maltoni, A.; "Elasticità organizzativa e reparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata", RDS, nº 2/2007.
- Accettura, S.; "La posizione del socio di S.R.L." en Bauco C. (coord.); *La nuova S.P.A. e la nuova S.R.L. Le novità delle riforma e l'adeguamento degli statuti*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- 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, nº 4, 1995.
- Alcalá Díaz, M.A.; "Ley 31/2006 de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas", RdS, nº 27, 2006.
- Alcover Garau, G.; "Competencia de la junta general" y "Disposición general", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Alcover Garau, G.; "Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico", RDM, nº 254, 2004.
- Alemán Laín, P.; *Función del valor nominal en las acciones. Una aproximación desde el Derecho Norteamericano*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- 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.

- Alfaro Águila-Real, J.; "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", InDret, Revista para el análisis del Derecho, 308, 4/2005, Barcelona, octubre 2005.
- Alfonso Sánchez, R. (dir.); *La sociedad cooperativa europea*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- Almela Díez, B.; "El nuevo Derecho de sociedades y el Buen Gobierno en la Unión Europea", Partida doble, nº 153, 2004.
- Alonso Espinosa, F.J., "La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995", RdS, nº 6, 1996.
- Alonso Espinosa, J.; "Libro registro de socios" y "Régimen de la transmisión de las participaciones sociales" y "Cláusulas estatutarias prohibidas", en Arroyo, I. y Embid, J.M. (coord.); *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 1997.
- 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.
- Alonso Ureba, A.; "El modelo de administración de la SA cotizada en el Código unificado de buen gobierno", en *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.
- Alpa, G.; "European Community Resolutions and the Codification of Private Law", *European Review of Private Law*, 2000/2.
- Alterini, A. y López Cabana, R.M.; *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1989.
- 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.
- Ansón Peironcelly, R. y, Gutiérrez Dorronsoro, C.; *La sociedad anónima europea. Análisis del reglamento (CE) nº 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.

- Attar, F. y Tournu, O.; *La société par actions simplifiée*, Editions du puits fleuri, St. Just-La-Pendue (France), mars, 2000.
- Arroyo Amayuelas, E. y Vaquer Aloy, A.; "Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo", *La Ley*, nº 5482, 14-02-2002.
- Arroyo Martínez, I. y Miquel González, J.; "Prohibición de emisión de obligaciones", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Ávila de la Torre, A.; *La modificación de estatutos en la Sociedad Anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Azarian, H.; *La société par actions simplifiée. Création, fonctionnement, évolution*, Litec NexisLexis, 2ª 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 nº 9, 1 september 2008.
- Barba de Vega, J.; "Junta general" y "Administradores" y "Régimen de las participaciones sociales", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Baranger, G.; "La belle simplification du droit", *Bull. Joly*, 2005.
- Baranger, G. ; *La succursale en France des Sociétés étrangères*, *Bull. Joly*, 1992.
- Baranger, G.; "Le Droit des sociétés bouleversé à la sauvette : l'ouverture de la SAS unipersonnelle", *Bull. Joly Société*, juillet 1999.
- Barderas Nieto, A.; "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.
- Barthelemy, J.; *SAS et Droit social*, JCP ed., 2000.
- Bastian, D.; *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce*, en *Études de Droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968.

- Bauvert, P. ; y Siret, N. ; *Droit des sociétés et autres groupements*, 4ª ed., ESKA, Paris, 2004.
- Bebchuk, L.A.; "The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law", *Columbia Law Review*, nº 89, 1989.
- Bebchuk, L.A. "Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law", *Harvard Law Review*, mayo 1992, vol. 105, nº 7.
- Bebchuk, L.A. y Ferrell, A.; "Federalism and Corporate Law: The Race to Protect Managers from Takeovers", *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, nº 5.
- Bebchuk, L.A.; Cohen, A.; Ferrell, A.; "Does the Evidence Favor State Competition in Corporate Law?", *California Law Review*, diciembre 2002, vol. 90, nº 6.
- Beck, U.; *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- Beltrán Sánchez, E.; *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- Beltrán Sánchez, E.; "Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- Benedettelli, M.; "L'autonomia negoziale tra lex contractus, lex societatis, e lex mercatus nel mercato comunitario delle regole", *RDS*, nº 2/2007.
- 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 nº 25, nº 102, 2006
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *En torno a la unificación del Derecho privado, Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, I, 1976.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; en "Noción y características de la sociedad de responsabilidad limitada", "Modificación de los estatutos sociales" , "Transformación" y "Fusión y escisión", Bercovitz Rodríguez-Cano, A.; *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. en "Origen y evolución histórica de la sociedad de responsabilidad limitada", *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.); Rodríguez Martínez, J.D.; y Barba de Vega, J., Aranzadi, Navarra, 1998.
- 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.
- Berlioz, G.; *SAS la Révolution sociétarire*, Marchés et technique financières-haute finance (MTF), n° 59, mars 1994.
- Beriloz, G.; "Corporate Governance, l'indispensable réforme du droit des sociétés", Banque Stratégie, 1995.
- Bertrel, J.P.; *La société européenne entre son passé et son avenir*, Droit et patrimoine (Dr. et patrimoine), n° 125, Lamy, Paris, abril 2004.
- Bertrel, J.P.; "La SAS : bilan et perspectives", Droit et patrimoine n° 74, septembre 1999.
- Besnard Goudet, R.; *La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes*, Droit des sociétés (Bulletin du juris-classeur des sociétés), (Dr. Sociétés), diciembre 2001.
- 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 n° 9, 1 september 2008.
- Billion, P.; *SARL, SAS et SA en 50 questions pratiques*, Litec NexisLexis, Paris, 2006.
- Bissara, Ph.; *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Rev. Sociétés, 1990.
- Blaise, J.B.; *Droit des affaires*, 3ª ed., L.G.D.J., Paris, 2002.

- Blanc, G. ; "La société européenne : la pluralité des rattachements en question (à propos du Règlement CE nº 2157/2001 du 8 octobre 2001) " , Le Dalloz, nº 12, 2002.
- Blanquer Uberos, R.; "Escritura y estatutos en la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- Blanquet, F.; *Le statut de la société européenne: enfin!*, RDUE, 1/2001.
- 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.
- Bolas Alfonso, J.; "La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada", RDP, 1996.
- Bonardell Lenzano, R., "Causas estatutarias de separación en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", RdS, 1996.
- Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R., *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R.; "Objeto y título de la aportación" en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Bonardell Lenzano, R. y Cabanas Trejo, R.; "Comienzo de las operaciones y duración de la sociedad", en Arroyo, I. y Embid, J.M.; *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Bonardell Lenzano, R., Mejías Gómez, J. y Nieto Carol, U. (coord.); *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Ciclo de Conferencias "La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada", Madrid, 1994.
- Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006.

- Boquera Matarredona, J., "La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa", Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- Boquera Matarredona, J.; "Sociedad anónima europea con domicilio en España", N.U.E, nº 252, 2006.
- Boquera Matarredona, J.; "El voto electrónico transfronterizo", en Embid Irujo, J.M.; et Roque Vítolo, D. (dir.); *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, 2007.
- 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.
- Boquera Matarredona, J.; *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- Bouloukos, M. ; "Le régime juridique de la société européenne (SE) : vers une société européenne « à la carte » ?, The legal status of the european company (SE) : towards a european company « à la carte » ", RDAI / IBLJ, nº 4, 2004.
- Bureau y Molfessis, *Le nouveau Code de commerce, une mystification?*, Dalloz affaires, Cahier droit des affaires, 361, 2001.
- Burgard, J. ; *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, (préface de Lagarde, G.) ; Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968.
- Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R., "Escritura de constitución" y "Estatutos", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R.; "Constitución e inscripción" y "Suscripción y desembolso inicial mínimo", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Cachón Blanco, J.E.; *La sociedad anónima. Cien preguntas clave y sus respuestas*, Dykinson, Madrid, 1993.

- 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.
- Campins Vargas, A.; "Derogación singular de los estatutos sociales", RDM, nº 242, 2000.
- Cano Zamorano, L., "Incidencia de la LSLNE en la situación de la empresa familiar", en AA.VV., Reyes López, M^a. J. (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- Carbajo, F., "Sociedades de responsabilidad Limitada. ¿Separación libre y voluntaria de los socios de Sociedades Limitadas?", RCDI, nº. 685, 2004.
- Cary, W.L.; "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware", *The Yale Law Journal*, marzo 1974, vol. 83, nº 4.
- Castagne, S.; *L'usufruit et la nue-propiété dans la SAS*, nº 6, Dr. soc., abril 1996.
- 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.
- Caussain, J.J.; "Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs", *JCPE* nº 42, 21 octobre 1999.
- Centoni, S.; y Stucki, D.; "Clauses statutaires relatives au capital" *JCP* ed., 2000.
- Cesarini Sforza, W.; *El Derecho de los particulares* (traducido al español por José Calvo González), Civitas, Madrid, 1986.
- Conac, P. H.; "The new french preferred shares: moving towards a more liberal approach", *ECFR* 4/2005.
- Conac, P. H.; "Quelques reflexions sur un avant-projet de Loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle", *Bulletin Joly*, nº 6, junio 1999.
- Conrad, A.F.; *Corporations in perspectiva*, Nueva York, 1976.
- Convert, L.; *L'imperatif et le supplétif dans le droit des sociétés. Étude de droit comparé (Angleterre, Espagne, France)*, LGDJ, 2003.

- Cocquelin, Ch.; "Des sociétés commerciales en France et en Angleterre", *Revue des deux mondes*, 1 agosto 1983.
- Coipel, M.; "La pluralité des rattachements aux normes applicables à la société européenne", en Malherbe, J. (coord.); *La société européenne*, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2005.
- Colombani, J.L. ; "La société par actions simplifiée sera-t-elle un moteur pour la société européenne ? ", *Petites affiches*, 29 de marzo de 1999.
- Corella, A.; "Justicia reactiva la redacción del Código de sociedades mercantiles", *Cinco Días*, Madrid, 5 de diciembre de 2005.
- Couret, A., "La société para actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée", en Alonso Ureba, A.; Lévi, A.; y Viera González, A.J.; *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*; Madrid, 4 de febrero de 2004.
- Cozian, M.; Viandier, A.; y Deboissy, F.; *Droit des sociétés*, 20 ed., Litec, Paris, 2007.
- Cuenca García, A. y Ferrando Villalba, L.; "Las competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada" en Embid Irujo, J.M. (coord.), *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades mercantiles de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Cuñat Edo, V.; "Disposiciones generales", en *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Boquera Matarredona, J. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2003.
- Chadeaux, M.; *Les fusions de sociétés*, La Villeguerin Éditions, Paris, 1990.
- Champaud, Cl. ; *Rapport du groupe d'étude présidé par Cl. Champaud, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée dans le droit français*, RTD com. 1979.
- Charvériat, A.; *La refonte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme?*, *Option Finance*, nº 556, 1999.
- Cheves Aguilar, N.; *El derecho de adquisición preferente como cláusula restrictiva a la transmisibilidad de las acciones y de las participaciones sociales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

- Daigre, J.J.; "Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de Droit financier et de Droit des sociétés", JCP E, 2001, nº 25.
- Daublou, G.; "Formule de statuts de société par actions simplifiée", Defrénois nº 7/00.
- Davies, P.L.; *Gower's principles of modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997.
- Davies, P. y Rickford, J.; "An introduction to the New UK Companies Act", ECFR 1/2008.
- De Castro, F.; en "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC, nº 2, 1982.
- De Elías-Ostua y Ripoll, R.; "La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas", CDC, nº 32, septiembre, 2000.
- De la Cámara Álvarez, M.; "Los estatutos de la sociedad anónima y la autonomía de la voluntad", RDP, 1972.
- De la Cámara Álvarez, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1978.
- De la Cámara Álvarez, M.; "Analogías y diferencias fundamentales entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada", Anales de la academia matritense del notariado, tomo 36, Madrid, 1997.
- De la Cámara Álvarez, M.; "Comentarios al anteproyecto de Código de sociedades mercantiles" en Delgado de Miguel, J.F.; *Instituciones de Derecho privado*, vol. VI, tomo 2, Civitas, Madrid, 2001.
- De Kluiver, H.J.; "Toward a simpler and more flexible law of private companies – A new approach and the Dutch experience-", ECFR, 1/ 2006.
- *Delaware Laws*, march 1995 edition, CSC networks, U.S.A., 1995.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo segunda edición, Madrid, 2001.

- Díaz Echegaray, J.L.; Carbajo, D. y Díaz Echegaray, M.; *La constitución de pequeñas y medianas empresas. La sociedad Limitada y la Nueva Empresa*, Ediciones experiencia, Barcelona, junio 2003.
- Díez – Picazo, L.; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, vol. I, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2007.
- Díez-Picazo, L.; “Reforma de los Códigos y Derecho europeo”, *El Dret Civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Àrea de Dret civil, Universitat de Girona (coord.), 26 y 27 de septiembre de 2002, Gerona, 2002.
- Díez –Picazo, L.; Roca Trias, E; y Morales, A.M.; *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- Dignam, A. y Lowry, J.; *Company Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2006.
- Domínguez García, M.A.; “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, 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.
- *Dossier práctico Francis Lefebvre, Estatutos sociales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2006.
- Douniol, P.; *Les sociétés et les groupes en France*, Les éditions de l'épargne, Paris, 1989.
- Ducouloux Favard, C.; *Propos autour de la société anonyme simplifiée et de l'autonomie statutaire*, Petites Affiches, 24 janvier 2001.
- Duque Domínguez, J.F., “Las formas del derecho de separación del accionista y la reorganización jurídica y financiera de la sociedad”, en Boletín de Estudios Económicos, abril 1990.
- Duque Domínguez, J.F.; “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en Alonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.F.; Esteban Velasco, G; García Villaverde, R.; Sánchez Calero, F.; (coord.), *Derecho de sociedades anónimas, I La fundación*, Civitas, Madrid, 1991.

- Duque Domínguez, J.; "Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de mayoría", en Alonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.F.; Esteban Velasco, G; García Villaverde, R.; Sánchez Calero, F.; (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1991.
- 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.
- Easterbrook, F.H. y Fischel, D.R.; *La estructura económica del Derecho de las sociedades de capital*, Fundación cultural del notariado, Madrid, 2002.
- Eisenberg, M.A.; *Corporations and other business organizations. Cases and materials*, Foundation Press, New York, 2005.
- Eizaguirre, J.M.; "La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- Elías-Ostua y Ripoll, R., en *La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas*, CDC, nº 32, septiembre, 2000.
- Embid Irujo, J.M.; *Consideraciones generales sobre la "Sociedad Limitada Nueva Empresa"*, *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Boquera Matarredona, J. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2003.
- Embid Irujo, J.M.; *La "Sociedad Limitada Nueva Empresa" en el marco del Derecho español de sociedades*, Revista jurídica del notariado, nº 46, abril-junio, 2003.
- Embid Irujo, J.M. y Martínez Sanz, F.; *Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital*, RdS, nº 7, 1996.
- Embid Irujo, J.M.; "Causas de nulidad", "Derecho de información" y Embid Irujo, J.M.; "Régimen de la fusión y de la escisión", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Embid Irujo, J.M.; "Causas de nulidad" y "Contenido del proyecto de fusión", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.

- Embid Irujo, J.M.; "Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de sociedades español", en AA.VV. *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Civitas, Madrid, 1992.
- 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.
- Embid Irujo, J.M.; "A vueltas con el perfil tipológico de la sociedad de responsabilidad limitada", RDS, 2/2007.
- Embid Irujo, J.M.; "Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción", N.UE, n^o 252, 2006.
- Embid Irujo, J.M.; "Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa", RVEH, n^o10, I/2004.
- Embid Irujo, J.M.; "La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de *holding* y por fundación de filial común", Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- 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.
- Embid Irujo, J.M.; "Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en al Unión Europea" en Roque Vítolo, D. y Embid Irujo, J.M. (dir.) *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, 2007.
- Equipo jurídico DVE, *Las diferencias entre S.L. y S.A.*, Editorial de Vecchi, Barcelona, 1991.
- Espin Cánovas, D.; "Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado", *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho) – AUM (D)*; XIII, 1954-55.
- Espina, D.; *La autonomía privada de las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003.

- Esteban de la Rosa, F.; "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 7, 2004.
- Esteban Velasco, G.; *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas, Madrid, 1982.
- Esteban Velasco, G.; "Derecho de información del accionista", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1991.
- Esteban Velasco, G.; "La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia de la desregulación y contractualización del Derecho de sociedades de capital (Ley 94-1, de 3 de enero de 1994)", *RdS*, nº 3, 1994.
- Esteban Velasco, G.; "Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación", *RdS*, nº 2, 1994.
- Esteban Velasco, G.; "Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- Esteban Velasco, G.; "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- Esteban Velasco, G.; "La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial", *RVEH*, nº8, II/2003.
- Esteban Velasco, G.; "Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea", *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), nº 29, septiembre-diciembre 2001.
- Esteban Velasco, G.; "El compromiso de Niza: Por fin la sociedad europea", *RdS*, nº 16, 2002.

- Esteban Velasco, G.; "Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?, en AA. VV.; *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*; Mc Graw Hill, vol. II, Madrid, 2002.
- 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 cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Ezran-Charrière, N.; *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, LGDJ, 2002.
- Fajardo García, I.G.; "Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España", en Boquera Matarredona, J. (dir.); *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- Farrando Miguel, I.; "Una aproximación al buen gobierno de las sociedades anónimas abiertas", *RdS*, nº 26, 2006.
- Fernández –Albor Baltar, A.; "La acción como conjunto de derechos", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Fernández de Cordova Claros, I.; "El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea", *Diario La Ley*, nº 5465, año XXIII, 22 enero 2002.
- Fernández de la Gándara, L.; "La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital", Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- 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.
- Fernández de la Gándara, L.; *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Portico, Zaragoza, 1977.

- Fernández de la Gándara, L.; voz "Pactos parasociales" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, vol. III, Madrid, 1998.
- 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. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- 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.
- Fernández de la Gándara, L.; "Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de sociedades: un balance", en AA.VV.; *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*; Mc Graw Hill, vol. I, Madrid, 2002.
- 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*, Comares, Granada, 2006.
- Fernández de la Gándara, L.; "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.
- Fernández del Pozo, L. y Vicent Chuliá, F.; "Internet y derecho de sociedades: una aproximación crítica", RDM, nº 237, 2000.
- Fernández Pérez, N.; "El significado de la Ley de transparencia en la modernización del Derecho societario español", RdS, nº 22, 2004.
- Fernández Rozas, J.C.; "El largo camino hacia la unificación del Derecho de los contratos de la Unión Europea", *El Notario del siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, nº 18, marzo – abril 2008.
- Ferrando Villalba, M^a.L.; "Sujetos que pueden participar en la constitución de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España", en *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, dir. Boquera Matarredona, J.; Navarra, Aranzadi, 2006.

- Ferri, Jr.; "Autonomia statutaria e mercato a confronto", *Revista di Diritto commerciale (Riv. Dir. Com.)*, 1999.
- Field, B.; *Bulletin mensuel d'information des sociétés*, Joly, (Bull. Joly), 1990, nº 296.
- Field, B.; *Présentation générale en Société par actions simplifiée*; GLN, Joly Éditions, 1994.
- Flores Doña, M.S., Fradejas Rueda, O.M., y García Villaverde, R; "Diez años de constitución, diez años de reformas del Derecho mercantil español", *CDC*, nº 6, 1989.
- Foyer, J.; "La réforme du titre IX du livre III du Code Civil", *Rev. Sociétés* 1978.
- 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.
- Garay G., J. y Garay D, M.; *Ley de sociedades limitadas explicada*; Editorial Londonbil, S.L., Madrid, 2004.
- García Coso, E.; "La Sociedad Anónima Europea : transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de Leyes", *Noticias de la Unión Europea*, nº 229, 2004.
- García-Cruces González, J.A.; "Periodo de liquidación", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- 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.
- García de Enterría, J.; "Modificación de estatutos", en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- García de Enterría, J.; "El reglamento del Consejo", en AA.VV. *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006.

- García Luengo, R.B.; "Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991.
- 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.
- García Prats, F.A. ; "La residencia fiscal y la imposición sobre la renta de la Sociedad Anónima Europea en España" en *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, dir. Boquera Matarredona, J.; Navarra, Aranzadi, 2006.
- García Riestra, M.; "La sociedad anónima europea", Serie de documentos de trabajo del Instituto de estudios europeos, nº 4, Madrid, julio 2002.
- 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.
- García Vidal, A.; "La intervención de la junta general en la gestión de la sociedad como especificidad tipológica de la SRL" en *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Garcimartín Alférez, F.J.; "El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura", GJ, nº 217, enero-febrero 2002.
- Garcimartín Alférez; F.J.; "La Sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", Revista electrónica de estudios internacionales, www.reei.org, nº 1, 2000.
- Garcimartín Alférez; F.J.; "La Sentencia Centros el *status quaestionis* un año después", NUE, nº 195, 2001.
- Garcimartín Alférez, F.J.; "La Sentencia del TJCE *Überseering*: se podrá decir más alto pero no más claro"
www.uam.es/centros/derecho/privado/mercantil/investigación/fga%20%20Nota%20uberseering.pdf.

- 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.
- Garrido, J.M.; "El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea", *RdS*, nº 20, 2003-1.
- Garrido de Palma, V.M.; *La sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Trivium, Madrid, 1992.
- 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.
- Garrido de Palma, V.M.; "La empresa familiar y el Derecho de Sociedades", Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de noviembre de 2002.
- Garrigues, J.; "Exposición de motivos" e "Introducción", en Garrigues, J. y Uria, R.; *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- Gaston Lagarde, M.; *Cours de Droit commercial*, licence 3^e. année, Les cours de Droit, Paris, 1961-1962.
- Germain, M. y Périn, P.L.; *J. Cl. Sociétés*, fasc. 155-2, nº 37.
- 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.
- Gibirila, D.; *Droit des sociétés*, Ellipses, Paris, 2003.
- Giddens, A.; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000.
- Giordano, D.; *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- Girón Tena, J.; *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.
- 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.
- Gómez Mendoza, M.; "Derechos especiales de fundadores y promotores", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991.
- Gondra, J.M.; *Derecho mercantil*, tomo I, vol 1º, Servicio publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.
- Gondra Romero, J.M.; "La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades", en AA.VV. *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Civitas, Madrid, 1992.
- González-Meneses Robles, M.; "Inscripción de las escrituras de constitución de sociedades en la nueva reglamentación" en AA. VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, tomo II, Madrid, 1991.
- Grimaldos García, M.I.; "La décima Directiva relativa a la fusión transfronteriza de sociedades de capital y el daño de la fusión" en Roque Vítolo, D. y Embid Irujo, J.M. (dir.); *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, 2007.
- Guadarrama López, M. E.; "SA cerrada y SA abierta o bursátil. Caracterización y problemática general", Tesis Doctoral dirigida por Girón Tena, J., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.
- Guerra Martín, G.; *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- Guyon, Y.; *Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés*, tomo I, *Economica*, ed. 6ª, Paris, 1990.
- Guyon, Y.; *La société anonyme*, Dalloz, Paris, 1994.

- Guyon Y., *La société para actions simplifiée et le droit communautaire*, en Couret, A., y Le Cannu, P., et al. *Société para actions simplifiée*, Paris, GLN Joly, 1994.
- Guyon, Y.; *Présentation générale de la SAS*, Rev. Soc., 1994.
- Guyon, Y.; *Traité des contrats*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- Hamel, J. ; Lagarde, G et Jauffret, A. ; *Droit commercial. Introduction règles communes à toutes les personnes du droit commercial, les commerçants individus*, 2^e. ed, tome I, Dalloz, Paris, 1980.
- Hamel, J. et Lagarde, G. ; *Traité de Droit commercial*, tome premier, Dalloz, Paris, 1954.
- Hannigan, B.; *Company Law*, Lexis Nexos Butterworths, Great Britain, 2003.
- Harrigan, K.R.; *Managing for Joint Venture success*, Lexington Books, United States, 1986.
- Hernández Sáinz, E.; "Nueva propuesta de decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición", n^o 7, RdS, 1996.
- Hernando Cebriá, L.; "Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España"; n^o 692, 2005.
- Herrero, I.; Similitudes y diferencias entre las sociedades anónima y limitada a la luz de la nueva legislación, Bufete Ignacio Herrero, Madrid, 1991.
- Hertig, G. y Mc Cahery, J.A.; "Optional rather than Mandatory EU Company Law: framework and specific proposals", ECFR, 4 / 2006.
- Hierro Aníbarro, S.; *El origen de la sociedad anónima en España*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Hierro Aníbarro, S.; *La Sociedad Limitada Nueva Empresa, Tratado de Derecho Mercantil*, Olivencia, M.; Fernández-Novoa, C.; y Jiménez De Parga, R. (dir.), tomo XI, vol. 4^o, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Hommelhoff, P.; "Die Europäische Privatgesellschaft am beginn ihrer normierung", Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Zentrum für europäisches wirtschafrecht, n^o 163, Bonn, 2008.

- Hovasse, H.; "Bientôt la société par actions très simplifiée", *Droit des sociétés*, LexisNexis JurisClasseur, nº 6, juin 2008.
- Ibáñez Jiménez, J. W.; "El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas", *RDM*, nº 249, 2003.
- Jauffret, A. y Mestre, J; *Droit Commercial*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- Jeantin, M.; *Droit des sociétés*, 3ª ed., Montchrestien, Paris, 1994.
- Jeantin, M.; "Les associés de la SAS", *Rev. Soc.*, 1994.
- Juan Mateu, F.; "The private company in Spain – some recent developments ", *ECFR*, 1/2004.
- Julliot de la Morandière, L.; Rodière, R. et Houin, R.; *Droit commercial*, tome I, 3ª ed., Dalloz, Paris, 1962.
- Kübler, F.; *Derecho de sociedades*, Fundación cultural del notariado, 5ª ed., Madrid, 2001.
- Kulms, R.; "Private Company law in Europe. Time for reform?".
- Lagarde, G.; *Répertoire des sociétés, tome I, II et III*, Jurisprudence Général Dalloz, nº 18, Paris, 1970.
- Lalaguna, E.; "La libertad contractual", *RDP*, 1972.
- Lalaguna Domínguez, E.; *El contrato. Estructura, formación y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Lalaguna Domínguez, E.; *Curso de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- 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 Barres Benlloch, P.; Embid Irujo, J.M.; y Martínez Sanz, F.; Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

- Largo Gil, R.; "La nulidad de la sociedad de responsabilidad limitada", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- Largo Gil, R.; "La constitución de la sociedad anónima europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)", *RdS*, nº 18, 2002-1.
- Lázaro Sánchez, E.; "Proyecto de escisión", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Le Cannu, P. ; *Droit des sociétés*, 2ª ed., Montchrestien, Paris, 2003.
- Le Cannu, P. ; *La SAS pour tous*, Bull. Joly, 1999.
- Le Cannu P.; *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel: la société par actions simplifiée*, Defrenois, 1994.
- Le Cannu, P.; *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, *Revue des sociétés (Rev. Soc.)*, nº 8, 1994.
- Lefebvre, F.; *Société par actions simplifiée*, 3ª ed., Ed. Francis Lefebvre, Levallois, 2001.
- Lefebvre, F.; *Mémento Sociétés commerciales*, 2006, nº 1505.
- León Sanz, F.J.; "Transformación de la sociedad anónima", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Lienhard y Rondey, *Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau Code de commerce)*, Dalloz affaires, Cahier droit des affaires, 521, 2000.
- Lobato García-Miján, M.; "La influencia del Derecho comunitario en la configuración del moderno Derecho de sociedades. Apuntes sobre el concepto de causa a propósito de la STJCE Centros"; en AA. VV.; *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*; Mc Graw Hill, vol. I, Madrid, 2002.

- Lojendio Osborne, I.; "Aportaciones sociales", en Rodrigo, U., Menéndez, A. y Olivencia, M., en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1993.
- Lucena González, P.A., en "Apuntes sobre la autonomía de la voluntad en la SRL". *Jornadas de Derecho de Sociedades*. Málaga, 14,15 y 16 de mayo de 1997. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada, 1998.
- Lutter, M.; "Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del Derecho de sociedades", N.U.E, nº 210, 2002.
- Machado Plazas, J. y Mercadal Vidal, F.; "Modificación de los estatutos", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Madina, F.; *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Madridejos Fernández, A.; "Los pactos parasociales", AAMN, nº 37, 1996.
- Manteca Valdelante, V.; "Estatuto de la Sociedad Anónima Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 251, 2005.
- Marchetti, P.; "L'autonomia statutaria nella società per azioni", *Riv. Soc.*, 2000.
- Marín Calero, C.; *Requisitos constitutivos, La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Boquera Matarredona, J. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2003.
- Marini, P.; "L'attractivité de la société européenne à la française", *Journal des sociétés, Dossier Société Européenne*, nº 28, enero de 2006.
- 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.
- Martí Moya, V.; "Aproximación a la propuesta de Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales", N.U.E, nº 252, 2006.
- Martín-Ballesteros y Costea, L.; *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1963.

- Martín Casals, M.; "Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil", II Congreso de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada, 14,15 y 16 de noviembre de 2002.
- Martínez Cortés, J.; "La constitución de la sociedad anónima", en AA.VV. *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Civitas, Madrid, 1992.
- 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, nº 2, mayo 2004.
- Martínez Jiménez, M^o I., "Comentario del artículo 96 LSRL", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Martínez Nadal, A.; "Asistencia y representación", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Martínez Sanz, F., "Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *RdS*, 1996.
- Martínez Sanz, F.; "Modos de organizar la administración", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.
- Martínez Sanz, F.; "Los principios de derecho contractual europeo (Comisión Lando) en el marco de la armonización del Derecho de contratos, *El Dret Civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Àrea de Dret civil, Universitat de Girona (coord.), 26 y 27 de septiembre de 2002, Gerona, 2002.
- Maside Miranda, J.E.; "El futuro Código civil europeo de contratos", *RCDI*, año nº 80, nº 684, julio-agosto 2004.
- Maskelier, F.; y de Kergunic, N. S.; *Société par actions simplifiée*, 4^a ed., Delmas, 2005.
- Masquelier, F. y Simon de Kergunic, N. ; "Quelques conseils pour la rédaction des statuts d'une société par actions simplifiée", *Le Dalloz*, 2000, nº 9.

- Massaguer Fuentes, J.; "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada", RGD, nº 603, 1994.
- Mateu de Ros Cerezo, R.; *La Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- Mateu de Ros Cerezo, R.; *La Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- Meinhardt, P. y Davis, N.; *Company Law in Great Britain*, Coger, Great Britain, 1982.
- Menéndez Menéndez, A.; "Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada", RJN, nº 1, enero-marzo, 1992.
- Menezes Cordeiro, A.; *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Menjucq, M.; *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2001.
- Menjucq, M.; "La notion de siège social: une unité introuvable en Droit international et en Droit Communautaire", en Béguin, J.; *Droit et actualité*, LexisNexis, Litec, Paris, 2005.
- Menjucq, M.; "La société européenne, (Règlement CE nº 2157/2001 et Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)", Rev. Soc., 2, avril-juin 2002.
- Menjucq, M.; "La mobilité des entreprises", Rev. Soc., v. 119, nº 2, 2001.
- Menjucq, M.; "La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho comunitario de sociedades", N.U.E., nº 252, 2006.
- Menjucq, M.; "Les atouts et les faiblesses de la société européenne à la française", Rev. Lamy. dr. aff., nº 86, Paris, octobre 2005.
- Mercadal Vidal, F.; "Nombramiento y número de liquidadores", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Mercadal, B. y Janin, P.; *Memento pratique Francis Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2001, Francis Lefebvre, Paris, 2000.

- Mercadal, B. y Macqueron, P.; *Le Droit des affaires en France*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 1991.
- 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.
- Merle, P. ; *Droit comercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2003.
- 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.
- Mestrallet, G.; "Tenté par le statut de société européenne", publicado en el periódico *Le Monde* el 11 de agosto de 2005.
- Miquel Rodríguez, J. *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Civitas, Madrid, 1998.
- Miquel Rodríguez, J.; "Autonomía de la voluntad", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Miquel Rodríguez, J.; "Estatutos sociales", en Arroyo, I. y Embid, J.M. (coord.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Miquel Rodríguez, J.; "La reforma de la Ley alemana de sociedades anónimas (Aktiengesellschaft-Gesetz)", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2, 1995.
- Miquel Rodríguez, J.; "Representación", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Miquel Rodríguez, J.; "Junta general", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Montalenti, P.; "La reforma del Derecho societario en Italia: aspectos generales", *RdS*, nº 22, 2004, págs. 37; AA. VV., *Diritto delle società*, terza edizione, Editore Giuffrè, 01/2006.

- Moreau, J. y Terré, F.; "La simplification du Droit" en Béguin, J.; *Droit et actualité*, LexisNexis, Litec, Paris, 2005.
- Motos Guirao, M., "La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español", RDN, 1956.
- Muñoz Martín, N.; "El derecho al dividendo", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1991.
- Muñoz Martín, N.; "Requisitos de la modificación" y "Límites de la modificación", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Muñoz Paredes, J.M.; *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*, Civitas, Madrid, 2005.
- Muñoz Paredes, J.M.; "Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas", RDBB, nº 102, 2006.
- Navarro Matamoros, L., "Libertad contractual y Derecho de sociedades: el caso de la sociedad por acciones simplificada del Derecho francés", trabajo de investigación leído en el Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont" de la Facultad de Derecho de Valencia (Universidad de Valencia), el día 29 de junio de 2006.
- Navarro Matamoros, L., "El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar" (Comentario a la Resolución de 4 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado), RDM, nº 264 – 265, abril-septiembre 2007.
- Navarro Matamoros, L.; "La incorporación de la Sociedad Anónima Europea al ordenamiento francés" en Embid Irujo, J.M.; et Roque Vítolo, D. (dir.); *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, 2007.
- Navarro Matamoros, L.; "Intentos de flexibilización en el moderno Derecho societario europeo", Ceflegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº 82, noviembre 2007.

- Navarro Pérez, J.L.; *Ley de sociedades anónimas (comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1990.
- Nieto Carol, U.; "Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión", en Bonardell Lenzano, R., Mejías Gómez, J. y Nieto Carol, U. (coord.); *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Ciclo de Conferencias "La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada", Madrid, 1994.
- Olivencia Ruiz, M.; "La caracterización legal de la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C.; *Tratando de la sociedad limitada*, Fundación cultural del notariado, Madrid, 1997.
- Olivencia Ruiz, M.; en "Rasgos definitorios del tipo de sociedad de responsabilidad limitada", AA.VV.; *Nuevo régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Fundación El Monte, Sevilla, 28 y 29 de enero de 1998.
- Oppetit, B., *La décodification du droit commercial français*, Mélanges Rodière, Dalloz, Paris, 1981.
- Oppo, G.; *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1942.
- Otero Lastres, J.M.; "La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada" en AA.VV. *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Civitas, Madrid, 1992.
- Paillet, E.; *L'activité de la société en formation*, Rev. Sociétés, 419, 1980.
- Paillusseau, J. ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP éd. E 1995, I, 488.
- 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.
- Paillusseau, J.; "La modernisation du droit des sociétés commerciales", Dalloz, nº 34 et 35, 1996.
- Paillusseau, J.; "L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle"; Les petites affiches, nº 57, 13 mai 1987.

- Palao Moreno, G.; *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- Palmieri, G.; "Constituzione 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.
- Parot, J.C.; *La société européenne-Aspects de droit fiscal, Dr. et patrimoine*, n° 125, Lamy, Paris, abril 2004.
- Pascua Mateo, F.; *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Civitas, Navarra, 2006.
- Pauleau, C.; *El régimen jurídico de las "Joint Ventures"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- 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.
- Paz-Ares, C.; "Por un Derecho de sociedades reflexivo", *Expansión*, 25 de mayo de 2002.
- Paz-Ares, C.; "Anteproyecto de Código de sociedades es un modelo equivocado", *EFE*, Madrid, 9 de diciembre de 2002.
- Paz-Ares, C.; "El enforcement de los pactos parasociales", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, n° 5/2003.
- Pelegrí y Girón, J.; "Una aproximación al Derecho de sociedades de Estados Unidos", *CDC*, n° 6, 1989.
- Pellicani L.; *La ricoperta della autonomia privata*, en *Temi della coltura giuridica contemporanea*, Padova, 1981.
- Pennington, R.R.; *Company Law*, Butterworths, London, 1990, pág. 3 y 751; Dine, J.; *Company Law*, Great Britain, 2005.
- Peñas Moyano, B.; "Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límites de los estatutos de la sociedad anónima española en al jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los registros y del Notariado", *RdS*, n° 21, 2003.

- Perdices Huetos, A.B.; *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.
- Perdices Huetos, A.B.; "La transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. Régimen general (arts. 26-28 LSRL)" y "Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", en Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- Pérez Escolar, R.; *La sociedad anónima europea*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- Périn, P.L.; *La société par actions simplifiée*, Joly Editions, Paris, 2008.
- Perin, P.L. y Edwards, O.; "La société par actions simplifiée : un outil attractif pour créer sa start up", *Option finance* nº 572, 22 novembre 1999.
- Petot-Fontaine, M. ; (préface de Lagarde, G.); *La société anonyme. Dix études de cas*, L.G.D.J., Paris, 1979.
- Pichard, V.; *Fusionner une SAS, une operation à risqué?*, JCP E., 2001.
- 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).
- Polo Sánchez, E.; "La reforma y adaptación de la ley de Sociedades Anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea" en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1991.
- 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 limitada?*, Civitas, Madrid, 1992.
- Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, Comisión General de codificación. Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, Madrid, 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.
- 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, 2002.
- Quijano González, J.; "Los estatutos de la sociedad limitada en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil", *RdS*, nº 8, 1997.
- Quijano González, J.; "La modificación de estatutos: Requisitos y límites generales", en Alonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.F.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; Sánchez Calero, F.; (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo III, vol. 1, Civitas, Madrid, 1991.
- Quintana Carlo, I.; "Internet y su impacto en el Derecho mercantil", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 4, 2001.
- Quintana Carlo, I.; Ponencia presentada en la I Jornada Argentino – Española sobre mecanismos de organización y coordinación societaria. Derecho al día, año VII, nº 125. Boletín informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, jueves, 19 de junio de 2008.
- Reboul, N.; *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis*, *Rev. Sociétés* 2000.
- Recalde Castells, A.; "Libro registro de acciones nominativas", en Arroyo, I. y Embid, J.M. (coord.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Recalde Castells, A.; "Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de buen gobierno", *RVEH*, nº 7, I/2003.
- Recalde Castells, A.; "La propuesta de directiva europea sobre ejercicio de los derechos de los accionistas", en Embid Irujo, J.M.; et Roque Vítolo, D. (dir.); *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, Comares, 2007.

- Recalde Castells, A.; "Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas", *InDret*, 3/2007.
- Reinhard, Y.; "La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée", *RTD com* 52 (4), oct.-déc. 1999.
- Revesz, R.L.; "Rehabilitating interstate competition: Rethinking the race to the bottom rationale for federal environmental regulation", *New York University Law Review*, nº 67, 1992.
- Reyes López, M^a. J., "Economía de matrimonio y empresa familiar", AA.VV., Reyes López, M^a. J. (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- Ripert, G. et Boulanger, J. ; *Traité de Droit civil. D'après le Traité de Planiol*, tome II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.
- Ripert, G. y Roblot, R. ; *Traité de Droit Commercial*, L.G.D.J. 15^a ed. por Germain, M. ; Paris, 1993.
- Roca Junyent, M.; *La sociedad anónima europea*, CTESC, Barcelona, 2005.
- Rodríguez Artigas, F.; "Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la junta general de la SA", *RDM*, nº 121, 1971.
- Rodríguez Artigas, F.; "La junta general de socios", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- Rodríguez Díaz, I., en *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Edersa, Madrid, 2000.
- Rodríguez Hernández, J.; "Los estatutos y los pactos sociales ante la nueva legislación de sociedades", en AA. VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, tomo II, Madrid, 1991.
- Rodríguez Martínez, J.D.; "La constitución de la sociedad: escritura y estatutos", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Navarra, 1998.

- Rodríguez Martínez, J.D.; "Inscripción y nulidad" y "Disolución de la sociedad", en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- Rojí, J.M.; "Conveniencia de un Código de sociedades", *Expansión*, 22 de mayo de 2007.
- Rojo, A.; "La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnica legislativas" en Bonardell, R., Mejías, J., Nieto, U., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994.
- Routier, R.; *Les fusions de sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 1994.
- Roux, P.; *La responsabilité du Président dans la SAS*, nº 328, Bull. Joly, 1996.
- Rouzeau, L.; *Evolution statistique de la SAS*, nº 269, Bull. Joly, 2002.
- Rubio, J.; *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.
- Rueda Pérez, M.A.; *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- Ruiz Peris, J.I.; *Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo*, RDM, nº 226, Madrid, 1997.
- Ruiz Peris, J.I.; "La société a responsabilité limitée en Espagne", *Rev. Soc.*, nº 1, Dalloz, enero – marzo, 1996.
- Ruiz Peris, J.I.; *Igualdad de trato en el Derecho de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Ruiz Peris, J.I. y Estevan de Quesada, C.; "La propuesta de la libertad: observaciones en torno a una nueva propuesta de decimotercera Directiva en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición", *RDBB*, año nº 16, nº 66, 1997.
- Saintourens, B.; "Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie", *Rev.Soc.*, nº 3, juillet/septembre 2008.

- Salgado Salgado, M^a. B.; "La société par actions simplifiée : la estructura más flexible del derecho de sociedades francés", RDM, nº 241, Madrid, julio-septiembre 2001.

- Salelles, J.R.; "Causas de disolución", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), Tecnos, Madrid, 1997.

- Salvador Bullon, P; y Salvador Bullon, H.; *Comentarios a la Ley de sociedades limitadas*, Madrid, 1958.

- Samuel, G.; "English Private Law in the context of the Codes", *The harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000.

- Sánchez Andrés, A.; "La acción y los derechos del accionista", en Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV, vol. 1^o, Civitas, Madrid, 1994.

- Sánchez Álvarez, M.; *La fundación de la sociedad anónima*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

- Sánchez Álvarez, M.M.; "La sociedad cotizada como sociedad anónima", en AA.VV., *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Comares, Granada, 2006.

- Sánchez Calero, F.; *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill, ed. 25^a, Madrid, 2003.

- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. en *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 29^a ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

- Sánchez Calero, F.J.; en el proemio al libro *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2005.

- Sánchez Calero, F.J.; "La propuesta de la Comisión de la CEE de décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al derecho español", N. UE., nº 55-56, 1989.

- Sánchez Calero, F.J.; "Publicación del informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa", RDBB, nº 89, 2003.

- Sanchez Calero, F. J.; "Notas sobre la introducción en España de la sociedad europea", *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 33, 2003.

- Sanchez Calero, F. J.; "Sobre la sociedad europea domiciliada en España", RDBB, año nº 25, nº 101, 2006.
- Sánchez Calero, F.J.; "Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho español", RDBB, 1991.
- Sánchez Calero, F.J.; "La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del Derecho de sociedades", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- Sánchez Calero, F.J.; "Observaciones preliminares al Proyecto de Ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama", RdS, nº 20, 2003.
- 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 nº 22, nº 89, 2003.
- Sánchez – Calero Guilarte, J., "La transmisión de las participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada", RdS, 1996.
- Sánchez Gimeno, S.; *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Sánchez González, J.C., "Transmisión de participaciones sociales", en AA.VV. Garrido de Palma, V.M. (dir.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, tomo I, Trivium, Madrid, 1996.
- Sánchez Lorenzo, S.A.; *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.
- 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.
- Sánchez Lorenzo, S.; "Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea", *El Dret Civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. Àrea de Dret civil*, Universitat de Girona (coord.), 26 y 27 de septiembre de 2002, Gerona, 2002.

- 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.
- Sánchez Ruiz, M.; "Medios electrónicos para la comunicación y la difusión de información en las sociedades anónimas", *RdS*, nº 26, 2006.
- Sancho Villa, D.; "La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional", *Boletín económico de información comercial española*, nº 2674, del 4 al 10 de diciembre de 2000.
- Sanders "Vers une société anonyme européenne?", en *RS*, 1959.
- Schapira, J. ; *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, *RTD com.* 1971.
- Schmidt, J.; "The new *Unternehmersgesellschaft* (Entrepreneurial company) and the Limited – A comparison", en *Renovating the German private limited company – Special issue on the reform of the GmbH*, *German Law Journal*, volume 9, (2008), issue nº 9, 1 september 2008.
- Schmidt, K.; "La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del Derecho concursal", *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 10, 2009.
- Sequeira Martín, A.; "Causas de disolución", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo Martínez, I.; y Embid Irujo, J.M. (coord.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2001.
- Serlooten, P.; "L' affectio societatis, une notion à réviser", en *Mélanges Guyon, Y.* ; Dalloz, 2003.
- Sitarz, D.; *Limited Liability Company*, 3ª ed., Washington, mayo 2007.
- Soderquist, L.D.; Smiddy, L.O.; Sommer Jr, A.A.; y Chef, P.K.; *Corporate Law & Practice*, Practising Law Institute, New Cork, 1999.
- Soto Vázquez, R.; *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada: (comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1990.

- Sousi, G.; "L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales", *these dactyl.*, Lyon III, 1974.
- *Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law*, AA.VV., La Ley, Madrid, 1996.
- Stella Richter Jr., M.; *Trasferimento del controllo e rapporti tra soci*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- 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.
- Storck, M; *Les associés de la SAS*, en *Le nouveau régime de la SAS*, Coloquio de 21 de enero de 2000, organizado por el *Centre du Droit des affaires de l'Université Robert Schuman de Strasbourg*. Publicado en "*La nouvelle société par actions simplifiée (Loi du 12 juillet 1999)*" en *Petites Affiches Le quotidien juridique*, nº especial de 15 de septiembre de 2000.
- Storck, M.; "Corporate Governance à la française – Current Trends", ECFR, 1/2004.
- Stucki, D.; *Clauses statutaires relatives au capital*, JCP ed., 2000.
- Stucki, D.; "Statuts de société par actions simplifiée unipersonnelle", *Droit des sociétés*, novembre 1999, pág. 4 y ss. y *JCPE* nº 40, 7 octobre 1999.
- Sudreau, P.; *Rapport du Comité présidé par P. Sudreau sur la réforme de l'entreprise*, coll. 10/18.
- Symonds Jr., R.L., y O'Toole, M.J.; "*Delaware: La puerta de ingreso preferida al mercado Estadounidense*", *Corporation Service Company*, <https://www.incspot.com>.
- Tapia Hermida, A.; "Constitución y frustración de la sociedad anónima", 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.
- Teichman, C.; "La *societas europeae* (SE) entre el Derecho nacional y el europeo", *N. UE.*, nº 252, 2006.

- Tejero Sarrión, E.V.; "La constitución de la Sociedad Anónima Europea holding con sede en el exterior", *Expansión*, 13 de marzo de 2008.
- Tena Arregui, R.; *Organización de la empresa familiar: perspectivas, estática y dinámica*, El notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad, Colegio notarial de Madrid, Madrid, 2005.
- Terré. F. et Simler, P. ; *Droit civil. Les biens*, 4^e. ed, 1992, Dalloz, Paris, 1992.
- Terré. F., Simler, P. et Lequette, Y.; *Droit civil. Les obligations*, 5^e. ed, Dalloz, Paris, 1993.
- Theimer, A.; "La SAS : une nouvelle opportunité pour simplifier la gestion juridique des sociétés", *JCPE* n° 14, 6 avril 2000.
- Thieltgen, N. y Bena, M.; "Projet de modernisation du Droit des sociétés luxembourgeois", *DroitBelge.Net*, actualités, 12 décembre 2007.
- Torre de Silva y López de Letona, J; "La sociedad limitada nueva empresa: una reflexión crítica", *RdS*, n° 22, 2004.
- Tunc, A.; *Le Droit anglais des sociétés anonymes*, Dalloz, Paris, 1987.
- Unzicker, F.; *Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering- Entscheidung des EuGH*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Germany, 2004.
- Uría, R., Menéndez, A., y, Carlon, L.; "Transformación", en Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M. (dir.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Transformación, fusión y escisión de la sociedad anónima*, tomo IX, vol. 1, Civitas, Madrid, 1993.
- Uría, R. y Menéndez, A.; *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1 y 2, Civitas, Madrid, 2001, 2007.
- Vallée, T.; *Société anonyme européenne*, Delmas, Paris, 1991.
- Valpuesta Gastaminza, E.M^a.; *La sociedad nueva empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Bosch, Barcelona, 2004.
- Vaquer Aloy, A.; "La vocación europea de Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo", *La Ley*, n° 4, 2002.

- Vaquero López, C.; "Comentario a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C- 167/01, Inspire Art Ltd.", RdS, nº 22, 2004.
- Vargas Vasserot, C.; "El Derecho de sociedades comunitario en el umbral de la Constitución Europea", RVEH, nº 13, I/ 2005.
- Vázquez de Castro, E.; *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, 2002.
- Velasco San Pedro, L.A.; en "Concepto y caracteres de la sociedad de responsabilidad limitada", en Rodríguez Artigas, F.; García Villaverde, R.; Fernández de la Gándara, L.; Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.A.; y Esteban Velasco, G. (coord.); en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- 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.
- Velasco San Pedro, L.A.; "El derecho de suscripción preferente", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo III, vol. 1, Civitas, Madrid, 1991.
- 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.
- Viandier, A. y otros ; *La société en commandite entre son passé et son avenir; étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CREDA)*, Litec, Paris, 1983.
- 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 *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, dir. Boquera Matarredona, J.; Navarra, Aranzadi, 2006.
- Vicent Chuliá, F.; *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, ed. 21ª, Valencia, 2008.

- Vicent Chuliá, F.; "Problemas candentes de la Sociedad anónima", RGD, 1993.
- Vicent Chuliá, F.; "Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo", Derecho de los negocios, nº 76, 1997.
- Vicent Chuliá, F.; "La unificación del Derecho de obligaciones", R.D.Patr., nº 2, 1999.
- Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. (Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- Viera González, A.J.; *La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la Ley num. 587/1999, de 12 de julio, sobre innovación e investigación*, RdS, nº 14, 2000.
- Viera González, A.J.; *Las sociedades de capital cerradas. (Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pág. 106 y nota al pie de pág. nº 72; y también del mismo autor, *La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la Ley num. 587/1999, de 12 de julio, sobre innovación e investigación*, RdS, nº 14, 2000-1.
- 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, nº 26, 2006.
- Villiers, Ch.; "Evolución del Derecho de sociedades en el Reino Unido año 1997", RdS, nº 10, 1998.
- Villiers, Ch.; "Derecho de sociedades en el Reino Unido durante el año 1999", RdS, nº 14, 2000.
- Villiers, Ch.; "Revisión del Derecho de sociedades en el Reino Unido durante los años 2003-2004", RdS, nº 25, 2005.
- Von Bar, Ch.; "Le groupe d'études sur un code civil européen", RIDC, 2001/1.
- Weill, A et Terré A. ; *Droit civil. Introduction générale*, Dalloz, Paris, 1979.
- Winter Jr, R.K.; "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", Journal of Legal Studies, nº 6, 1977.

Libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo
de sociedades: especial referencia a la sociedad por acciones simplificada francesa.

Linda Navarro Matamoros.

- Yanes Yanes, P.; "Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones: supuestos especiales", en Alfonso Ureba, A.; Duque Domínguez, J.; Esteban Velasco, G.; García Villaverde, R.; y Sánchez Calero, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo II, vol. 2, Civitas, Madrid, 1991.

