

Juan Ignacio Ruiz Peris
Prof. titular Univ. Valencia y Univ. Alicante

Síntesis de las conclusiones

Primera.- Es necesario un cambio de paradigma en la creación e interpretación del Derecho de sociedades en cuya virtud se instaure el principio político legislativo según el cual la libertad de pactos en materia societaria no debe ser restringida mas allá de lo estrictamente necesario para tutelar un interés que el legislador considere legítimo y prevalente respecto al mantenimiento de la misma. Con lo que toda restricción a la libertad de pactos debe estar justificada.

Segunda.- En los casos en que la restricción de la libertad de pactos está justificada con carácter general, como consecuencia del anterior principio político legislativo la libertad de pactos deberá ser repuesta cuando las partes del contrato sean contratantes plenamente informados, lo que implica la incorporación de normas en el ordenamiento que faciliten la recuperación de la libertad de pactos por éstos.

Tercera.- En la disyuntiva entre una desregulación general o vinculada a supuestos de hecho concretos, en particular los de las filiales comunes, la sociedad familiar y las sociedades profesionales, parece conveniente seguir la segunda opción.

Cuarta.- La extensión del ámbito de la libertad de pactos potencia la importancia de los fedatarios públicos que deben asegurarse de la correcta comprensión por parte de los firmantes de cláusulas en cuya redacción no siempre se tiene en cuenta la existencia de un equilibrio de poderes entre los socios.

Quinta.- El procedimiento de desregulación selectiva supone una alternativa segura a los pactos parasociales.

Sexta.- Es conveniente que la desregulación societaria se produzca de forma coordinada en el ámbito de las organizaciones supranacionales para evitar, en la medida de lo posible una verdadera carrera de los legisladores nacionales de los estados miembros, para hacer mas atractivos sus ordenamientos societarios para la constitución de sociedades que tienen un fuerte componente internacional en sus socios, o en sus actividades.

Séptima.- Parece igualmente conveniente hacer una elección meditada de los aspectos que se pretenden desregular de forma armonizada siendo consciente que en el resto de los aspectos pueden presentarse desregulaciones no coordinadas que den lugar a fenómenos similares al efecto Delaware, especialmente posibles en el ámbito de Mercosur donde la homogeneidad cultural y jurídica es mayor que en la Unión Europea.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Perspectiva comparada. 3. Perspectiva comunitaria. 4. Perspectiva nacional. 5. Desregulación societaria nacional y armonización comunitaria del derecho societario. 6. Ámbito de la desregulación societaria. 7. Conclusiones.

1. Consideraciones generales

Dos de los fenómenos mas acuciantes que afectan al Derecho de sociedades en

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998)
la actualidad, son los de la armonización y unificación consecuencia de los procesos de integración supranacionales.

Tanto en el caso de la Unión Europea como en el de Mercosur¹, se plantea la necesidad de armonizar el derecho societario de los Estados miembros y, en caso de crear instrumentos de Derecho uniforme, como modo de asegurar la libertad de establecimiento, reconocida de modo directo o indirecto en los respectivos tratados².

Estos procesos exigen la comparación de los respectivos sistemas nacionales, la abstracción y elaboración de principios comunes y la reflexión respecto a las cuestiones fundamentales del derecho societario. Entre éstas se encuentra la de los límites del regulador en el Derecho societario en particular, en conexión con el principio de libertad de pactos o de libre configuración de la forma social, en virtud del cual debe reconocerse a los socios la posibilidad de configurar la sociedad en la forma por ellos deseada en tanto no violen con ello normas imperativas predisuestas por el ordenamiento en tutela de legítimos intereses de los que pueden ser portadores tanto los propios socios, como la sociedad o los terceros que se relacionan con ella, y en aquéllos ordenamientos que así lo reconocen, no se desnaturalice el tipo social elegido.

La función de esta comunicación es hacer un “status questionis” crítico acerca de los principales casos de desregulación societaria en los principales ordenamientos europeos y en el norteamericano y poner en conexión el fenómeno de la desregulación con los de la armonización o el Derecho uniforme.

Para ello es necesario partir de una serie de precisiones previas a cerca de que entendemos por desregulación en el ámbito societario, puesto que el término desregulación tiene carácter polisémico.

En efecto con el mismo se distinguía, en un primer momento, la introducción de la competencia en los llamados sectores exceptuados. Esto es en sectores tradicionalmente monopolísticos o en los que las normas de derecho público limitan en gran medida las posibilidades de competir de los operadores que actúan en ellos³.

En un segundo sentido, que es el empleado en nuestro texto, es utilizado, tanto por el legislador alemán⁴, como por la doctrina nacional⁵ y comparada⁶, como sinónimo de liberalización, flexibilización o simplificación del régimen societario, y en particular del rígido régimen al que están sujetas las sociedades de capital en muchos ordenamientos, del que puede ser ejemplo paradigmático el ordenamiento alemán⁷.

Ambas corrientes desreguladoras se inspiran en el moderno pensamiento liberal, en sus múltiples variantes - escuela de Chicago o escuela de Friburgo-, y ha pasado a formar, como en su momento sucedió con partes del pensamiento marxista, acervo compartido por las principales líneas de pensamiento europeas, y en particular por el pensamiento cristiano social y socialdemócrata.

Tan es así que el primer proyecto de una de las leyes desreguladoras más importantes de los últimos años, la loi 94-1 de 3 de enero de 1994 instituyendo la société par actions simplifiée⁸ fue introducida en el parlamento por un gobierno socialista francés, el de la señora Cresson.

Bajo el término desregulación societaria se incluyen una serie de medidas que incrementan el ámbito de la autonomía de la voluntad o de la libertad de pactos respecto a las sociedades de capital que tienen limitada la responsabilidad de sus

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) socios a lo efectivamente aportado o prometido, o que extienden, en mayor o menor medida la responsabilidad limitada de los socios a determinadas sociedades personalistas.

Esta corriente de desregulación societaria es evidente tanto desde una perspectiva comparada, como comunitaria y aun nacional.

2. Perspectiva comparada.

En los últimos años se ha podido constatar, en diversos ordenamientos, un creciente impulso favorable a la ampliación del ámbito de la libertad de pactos en las sociedades de capitales no cotizadas cuyos socios gozan de responsabilidad limitada, a la extensión de la responsabilidad limitada a nuevos tipos de sociedades personalistas que conservan su gran flexibilidad en materia de libertad de pactos, y a la simplificación de las reglas que rigen estas sociedades. Tal impulso ha tenido manifestaciones legislativas, sea a través de la creación de nuevos tipos sociales que combinan libertad de pactos y diversos grados de limitación de responsabilidad, o a través de la eliminación o conversión en dispositivas de algunas de las normas ya existentes, que regulaban un tipo social conocido.

El primer camino ha sido seguido por los USA, Francia y Alemania que han creado nuevos tipos sociales regulados a través de leyes especiales que se incluyen en esta tendencia al incremento de la libertad de pactos y preservación y extensión de la responsabilidad limitada, aunque con diferentes finalidades de política económica.

Así sucede con las múltiples leyes estatales norteamericanas relativas a la Limited Liability Companies (LLC)⁹, a través de las cuales se trató de dotar a la pequeña y mediana empresa de un estatuto más flexible garantizando la responsabilidad limitada de los socios propia de las corporations, pero evitando las normas de transparencia, de consolidación y de carácter fiscal, vinculadas a las este último tipo social.

Con la ley francesa n° 94-1 de 3 de enero de 1994, que ha creado el nuevo tipo de la SAS¹⁰ para las filiales comunes, flexibilizando su régimen societario y manteniendo la responsabilidad limitada propia de las sociedades de capital¹¹, con la finalidad de competir con Holanda como lugar de constitución y sede social de las filiales comunes con socios extracomunitarios, ya que el flexible régimen societario holandés estaba generando, que la mayor parte de las filiales comunes o “joint ventures” constituidas en Europa, incluidas aquellas que solo iban a actuar en territorio francés, se constituyeran en dicho país.

O con las leyes americanas y alemana en materia de sociedades de profesionales, que tratan de dotar a las mismas de un estatuto que conjugue la responsabilidad ilimitada del profesional que actúa, con la limitación de responsabilidad de sus socios por los actos de aquél, manteniendo la flexibilidad propia de las sociedades personalistas.

Así sucede con las distintas leyes norteamericanas que regulan las Limited Liability Partnerships (LLP)¹², y de la nueva ley de sociedades profesionales alemana¹³.

Al segundo camino, de simplificación normativa y aumento de la libertad de

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) pactos con mantenimiento de la responsabilidad limitada, por medio de la introducción de excepciones en la regulación de un tipo social existente, se ha lanzado, con dudoso éxito, Alemania, a través de la Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts de 2 de agosto de 1994¹⁴, que pese a su carácter limitado, es juzgada, generalmente, por la doctrina alemana, como un paso en la línea correcta¹⁵.

A través de esta reforma se ha pretendido acercar las medianas empresas, tradicionalmente constituidas en este país con forma de sociedad de responsabilidad limitada¹⁶, al mercado de valores, facilitando su transformación en pequeñas sociedades anónimas no cotizadas en bolsa, con un régimen aligerado, como paso previo a una conversión en sociedades cotizadas cuyas acciones podrían ser introducidas en los mercados oficiales, aumentando de esta forma el valor consolidado de la Bolsa de Francfort¹⁷, como contrapeso a la de Londres o incluso a la de París¹⁸ y ayudando, de paso, a resolver el crónico problema de financiación, a través de fondos propios¹⁹, de las medianas empresas alemanas²⁰.

Una situación intermedia es la de la loi n° 90-1258 de 31 de diciembre de 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, que permite constituir sociedades profesionales bajo la forma de sociedad anónima (SELAFA) limitada (SELARL) o comanditaria por acciones (SELCA), con una regulación especial respecto a la de estos tipos sociales²¹.

Ninguna de las técnicas de liberalización y simplificación empleadas parece carecer de inconvenientes.

La primera provoca un incremento de la inseguridad en los operadores como consecuencia de las remisiones generales realizadas por la ley a las normas de otro tipo social como regulación de carácter supletorio. Se plantea que reglas son las que serán aplicables sin violar la naturaleza del nuevo tipo social²², tal y como sucede en la actualidad en España respecto a la sociedad comanditaria por acciones²³, y respecto a ciertas cuestiones como la fusión y escisión respecto a las sociedades de responsabilidad limitada²⁴.

La segunda exige que los servicios jurídicos que deben asesorar a las pequeñas y medianas empresas al elegir su tipo social, conozcan no solo los preceptos que establecen las medidas flexibilizadoras en su favor, sino también el régimen general de las sociedades anónimas de las que éstos son una excepción²⁵, lo que a la postre resulta poco práctico y realista.

En todo caso, la creación de tipos especiales presenta la ventaja de que pueden definirse, con mayor facilidad y exactitud, los supuestos de hecho a los que se aplicará la flexibilización y tener una fácil y completa visión de su significado real.

A través de estas nuevas iniciativas legislativas se busca eliminar barreras innecesarias al ejercicio de la actividad económica, reduciendo riesgos y costes de administración, sin perjudicar los intereses dignos de tutela de terceros.

Este movimiento comparado es especialmente relevante si lo contemplamos desde la perspectiva de la globalización, la mundialización de la economía y la cada vez mayor presencia de operadores internacionales, sociedades deslocalizadas y grupos supranacionales, en los diferentes mercados nacionales, y entre ellos en el español, que llevan a que se tienda, cada vez mas, a la homogeneización de soluciones, para dotar de un marco jurídico de actuación fácilmente "reconoci-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) ble” a las sociedades o instituciones de inversión colectiva extranjeras cuyas inversiones se pretende atraer.

El incremento de las comunicaciones, en especial la posibilidad de acceder de forma confortable a los documentos legislativos o de “soft law” norteamericanos y europeos, la mayor movilidad de los universitarios al extranjero, el diálogo jurídico entre los Estados Unidos de América y Alemania, potencian un efecto de interpenetración de instituciones de unos sistemas a otros, que en el caso europeo es además consecuencia del carácter multicultural, de las tradiciones jurídicas que influyen en la creación del Derecho de la Unión europea.

Así, por solo poner algunos ejemplos, el Tribunal de Defensa de la Competencia español ha aplicado la norteamericana doctrina de las “ancillary restraints” en sede del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia, respecto a las prohibiciones de competencia contenidas en acuerdos de transmisión de empresas en sus resoluciones ICI Paints España de 2 de marzo de 1993²⁶ y Pentaservice de 15 de septiembre del mismo año²⁷.

En esta misma línea, nuestro legislador ha admitido el anglosajón criterio de la razonabilidad²⁸ respecto a las causas de indemnización por clientela o por daños y perjuicios derivados de la extinción anticipada en el contrato de agencia (art. 30 b Ley de Agencia), al declarar la procedencia de tal indemnización, pese a que la extinción del contrato se haya producido por denuncia del agente, cuando tuviera como causas la edad, invalidez o enfermedad del agente y no pudiera exigírsele **razonablemente** la continuación de sus actividades, o respecto a la remuneración del agente (art. 11.1 Ley de Agencia) que deberá ser la que sea **razonable** teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación, si no existiera pacto al respecto, ni pudiera deducirse su cuantía de los usos vigentes en la localidad en la que el agente ejerce su actividad.

En contrapartida las LLCs norteamericanas se declaran inspiradas en la continentalísima sociedad de responsabilidad limitada, y en los últimos años las cortes estatales de este país han resuelto muchos mas casos en base a una ley que en base a una norma de common law²⁹, lo que pone de manifiesto el incremento sustancial de las materias reguladas por leyes en un ordenamiento que clásicamente las concibe como solución jurídica excepcional³⁰ frente a la common law.

3. Perspectiva comunitaria.

La exigencia de flexibilización se presenta de forma común en todos los Estados miembros de la Unión Europea y puede ser contemplada, también, como principio informador del futuro Derecho societario europeo³¹, como lo demuestra que el único tipo social europeo, la agrupación de interés económica europea tenga un carácter esencialmente contractual que deja un amplio margen a la libertad de pactos, los recientes trabajos de la Comisión en materia de estructura y organización de poderes en el seno de la sociedad anónima, en los que la idea central es la simplificación de reglas³², o la todavía mas moderna propuesta de decimotercera Directiva relativa a las ofertas públicas de adquisición³³, que suprime la necesidad de establecer un sistema de OPA obligatoria, presente en anteriores versiones.

4. Perspectiva española.

Desde la perspectiva nacional la tendencia a la flexibilización se ha manifestado, sobre todo, en el campo de las intenciones. Tanto en la exposición de motivos de la reciente LSRL de 1996³⁴, como en el Informe de la Comisión especial para la simplificación del ordenamiento jurídico económico³⁵, se hace referencia a la flexibilización, pretendidamente conseguida en el caso de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, y a la necesidad de flexibilizar el régimen societario, en el caso del informe. En este sentido se destaca la necesidad de exonerar a las Sociedades Anónimas que no coticen en Bolsa de alguna de las restricciones y obligaciones que ahora dificultan su funcionamiento, y la regulación de un tipo capitalista, flexible y plurifuncional. En esta línea el informe indica que la sociedad de responsabilidad limitada debería estar regulada de manera mas flexible, y que debería estudiarse la creación de un nuevo tipo social para la pequeña empresa, basado en la sociedad civil, pero con responsabilidad limitada de sus socios³⁶.

5. Desregulación societaria nacional y armonización comunitaria del derecho societario.

Las iniciativas legislativas estatales desreguladoras pueden crear diferencias substanciales entre los distintos ordenamientos jurídicos que atraigan a las sociedades, que actúan cada vez de forma mas deslocalizada, a constituirse y fijar su domicilio en uno u otro Estado.

En esta línea asistimos en los años 80 a una verdadera competencia entre los estados miembros de los USA para flexibilizar sus sistemas societarios.

Tanto en el ordenamiento societario comunitario como en el de la Unión europea nos encontramos con una tensión continua entre iniciativa armonizadora o regulación uniforme del poder federal o de los órganos de la Unión, especialmente el Consejo, y la autonomía legislativa de los Estados miembros.

En el caso europeo y como es de sobra conocido la iniciativa armonizadora se ha centrado en el ámbito de las sociedades de capitales. Desde la perspectiva de las sociedades a las que afectan las Directivas comunitarias en materia de sociedades aprobadas hasta el momento, pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por las que afectan exclusivamente a las sociedades anónimas: son la segunda, tercera y sexta directiva, relativas respectivamente a la protección del capital, la fusión y la escisión. El segundo grupo son las que afectan a todas las sociedades capitalistas o a la mayor parte de ellas. Este es el caso de la primera y cuarta directiva en materia de constitución y cuentas anuales singulares, respectivamente, que afectan a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y limitadas, y de la duodécima directiva en materia de sociedad unipersonal que afecta a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. El tercer grupo está constituido por las que afectan a cualquier tipo de sociedad independientemente de su forma jurídica. Esto es la octava y undécima directiva relativas al auditor de cuentas y a la publicidad de sucursales respectivamente³⁷.

Desde la perspectiva del mercado de valores se han armonizado cuestiones

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) relativas a las empresas de inversión colectiva en valores mobiliarios, a los servicios de inversión, al prospecto que debe publicarse para la admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una Bolsa de valores, a la información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en una bolsa de valores, al reconocimiento mutuo de los folletos de ofertas públicas de valores negociables, a las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y de la cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en bolsa, y a la información privilegiada.

En el caso norteamericano la iniciativa armonizadora excluye, en cambio, las "corporations". La Revised Uniform Partnership Act de 1994, la Uniform Limited Partnership Act de 1976 y la Uniform Limited Liability Company Act de 1994³⁸, contienen regulaciones completas de estos tipos de sociedades de carácter personalista o mixto, en tanto que las únicas regulaciones federales aplicables a las corporations son las relativas al mercado de valores, extensión y desarrollo de la muchas veces reformada Securities Act de 1933³⁹.

Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea la iniciativa armonizadora supone: que la creación de las normas jurídicas societarias quede abierta a las diferentes influencias estatales⁴⁰, y que la discusión jurídica y la elaboración teórica se desplacen, al menos parcialmente, del ámbito estatal al supraestatal, con acusada influencia del órgano supraestatal competente - Comisión o Gobierno federal- y de los estados económicamente y jurídicamente más potentes o con intereses más claros en el tema, quedando los demás estados en la condición de meros receptores de normas, con la única posibilidad de elegir entre diferentes soluciones previstas en la norma de armonización o de determinar el instrumento jurídico, ley, reglamento, decisiones de órganos administrativos de control del mercado, a través del cual introducirán la única solución establecida en ella.

De esta forma la doctrina de los estados receptores de ideas y soluciones jurídicas tiende a autolimitarse, en estos casos, a explicar los efectos derivados de la introducción de las nuevas reglas en el bloque normativo estatal⁴¹.

En el ámbito europeo el terreno de competencia entre ordenamientos está constituido, por tanto, por los aspectos no regulados de los tipos sociales cuyos socios tienen limitada su responsabilidad a lo aportado o comprometido, incluyendo las propias reglas de la anónima en aquellas cuestiones que no han sido objeto de armonización, o que habiendo sido armonizadas ofrecían opciones distintas al legislador que pueden hacer más atractivo un ordenamiento u otro. La diferencia de idiomas y de tradiciones jurídico culturales, prácticamente inexistente en los USA, supone, en todo caso, en Europa un freno a la competencia entre ordenamientos, pero un freno semejante no puede considerarse existente en Mercosur.

Sin embargo esta competencia se produce. Sobre todo en el ámbito de las filiales comunes, uno de cuyos socios es extracomunitario - habitualmente norteamericano, japonés, taiwanés, coreano o árabe- cuyo ámbito de actuación es uno o varios países europeos. Muestra de ello es el número espectacular de filiales comunes que han sido constituidas y tienen su sede en Holanda y la reacción del legislador francés al respecto mediante la aprobación de la reciente ley sobre las sociedades por acciones simplificadas, que crea un estatuto flexible para las filiales comunes y que puede servir como base de reflexión al legislador español res-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998)
pecto a la desregulación societaria en estos casos.

La finalidad original del legislador francés, con la nueva reforma, era la de dotar de un estatuto flexible a las filiales comunes⁴², para prevenir, en el ámbito comunitario, cualquier efecto Delaware⁴³, perjudicial a los intereses franceses. En particular en aquellos casos en que uno o todos los socios de la filial común era extracomunitario. Hecho éste que incrementaba las probabilidades de que la filial común fuera constituida en otro estado miembro que gozara de una legislación mas flexible⁴⁴.

Curiosamente para evitar el presunto perjuicio derivado de un futuro efecto Delaware, se contribuye substancialmente a la aparición de tal efecto. Las medidas de liberalización tendentes a evitar un efecto Delawer contrario a los intereses del país liberalizador, se convierten en medidas que contribuyen, en cuanto no son coordinadas a nivel comunitario con las de los otros estados miembros, en medidas que favorecen la aparición de un tal efecto en beneficio del país desregulador.

Con ello se plantea la cuestión de la necesidad de intervención armonizadora del legislador comunitario para introducir un mínimo común entre las distintas legislaciones nacionales en materia de sociedades y de los límites de la misma en base al principio de subsidiariedad. En otras palabras la intervención del legislador comunitario deberá estar justificada caso por caso⁴⁵. Junto a ella se plantea igualmente la del papel que pueden cumplir los futuros tipos de sociedades europeas en competencia con los tipos nacionales⁴⁶.

La flexibilización societaria no coordinada, puede dar lugar, a una verdadera carrera de los legisladores nacionales de los estados miembros, para hacer mas atractivos sus ordenamientos societarios para la constitución de sociedades que tienen un fuerte componente internacional en sus socios, o en sus actividades.

6. Ámbito de la desregulación societaria.

Las razones de la política de extensión del ámbito de la libertad de pactos se cifran, desde una perspectiva neocontractualista, en los menores costes de administración de la sociedad “liberalizada”, al reducirse los derivados del cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley en tutela de los socios minoritarios, y en la mayor adaptabilidad de la sociedad, en la que los socios han recuperado la soberanía reguladora frente al Estado, a las necesidades siempre cambiantes de la empresa de la cual la sociedad es titular, y a las peculiaridades de su base personal.

Desde la primera perspectiva, y a título meramente ejemplificativo, la ampliación del ámbito de la libertad de pactos, podría permitir otorgar facilidades para la incorporación de cláusulas estatutarias que mantengan la sociedad cerrada hasta que la empresa alcance un determinado volumen de negocios, o permitir conceder el derecho de voto en junta general a los titulares de derechos de crédito contra la sociedad.

Desde la segunda perspectiva cabría una mayor adaptación a las peculiaridades de la familia que sirve de base personal a las sociedades familiares, autorizando, por solo poner un ejemplo, un tratamiento desigual de los socios a la hora de

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) ejercitar un derecho de adquisición preferente sobre las participaciones de alguno de los otros socios, en caso de transmisión inter vivos de éstas a tercero extraño a la sociedad, que favoreciera a quien ostente la mayoría de las acciones o participaciones, que puede ser extraordinariamente útil para asegurar el mantenimiento de la titularidad del capital en el ámbito familiar.

El pensamiento liberalizador parte de la base de que las alternativas que ofrece actualmente cada sistema jurídico societario, y entre ellos el nuestro, para ejercer actividades económicas, limitando a su vez la responsabilidad de los socios, no son suficientes para encauzar de forma satisfactoria las iniciativas empresariales colectivas. La actual anónima y la limitada, no bastarían, por tanto, para resolver las necesidades de nuestros empresarios⁴⁷.

El ámbito de la libertad de pactos en cada uno de estos tipos sociales no sería suficiente. Los límites impuestos a la misma por el legislador a través de las cláusulas generales que prohíben los pactos estatutarios contrarios a los principios configuradores de la sociedad anónima (art. 10 LSA) o de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 12.3 LSRL), o de las prohibiciones específicas establecidas en los preceptos particulares de ambas leyes - como, por solo poner algunos ejemplos, la prohibición legal de que los estatutos de la sociedad contengan ventajas para los fundadores que excedan del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos del art. 11.1 LSA, o la de que los estatutos de la sociedad contengan una cláusula que permita la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias sin necesidad del consentimiento individual de los obligados del art. 25.1 LSRL- , serían excesivos⁴⁸.

Y ello es claramente así en múltiples ocasiones en las que los operadores económicos buscan soluciones que son rechazadas registralmente dada su incompatibilidad con las leyes de sociedades o con el reglamento del registro mercantil. En muchos casos, y con la finalidad de proteger a contratantes desinformados, el ordenamiento impide a los que están plenamente informados pactar condiciones en las que asumen un riesgo, a juicio del legislador excesivo. El legislador obstaculiza de esta forma el desarrollo de actividades económicas o condena su ordenación a la inseguridad de los pactos parasociales⁴⁹.

El principio político legislativo a defender sería que no debe de ser restringida la libertad de pactos en materia societaria mas allá de lo estrictamente necesario para tutelar un interés que el legislador considere legítimo y prevalente respecto al mantenimiento de la misma. O si se quiere que toda restricción a la libertad de pactos debe estar justificada y que deben incorporarse normas que faciliten la recuperación de la libertad de pactos para contratantes plenamente informados.

Esta extensión del ámbito de la libertad de pactos potencia la importancia de los fedatarios públicos que deben asegurarse de la correcta comprensión por parte de los firmantes de cláusulas en cuya redacción no siempre se tiene en cuenta la existencia de un equilibrio de poderes entre los socios. La labor del fedatario, evidentemente, no es la de reponer este equilibrio allá donde las partes quisieron libremente romperlo, sino asegurarse de que los contratantes conocen y comprenden el significado de dicha diversidad de poderes.

La cuestión fundamental que se plantea desde la perspectiva de la desregulación, es elegir entre una política de desregulación general, o vinculada a supuestos de hecho concreto. A nuestro juicio este segundo parece mejor procedimiento. La

desregulación sin riesgos supone la condición de contratante plenamente informado del socio, o la concurrencia de circunstancias especiales que hagan irrelevante el grado de conocimiento del socio.

Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento existe una clara tendencia al incremento del número de sociedades de responsabilidad limitada no lo es menos que en diciembre de 1996, todavía quedaba el descomunal número de 252.870 sociedades anónimas activas⁵⁰. A nuestro juicio sería aventurado afirmar, no ya que todos los socios de las sociedades anónimas no cotizadas, sino que simplemente el socio medio de las mismas sea un socio plenamente informado. Ante la variedad de iniciativas empresariales que deben esconderse bajo esa forma única de sociedades anónimas no cotizadas, tratar de emplear criterios generales para desregular, parece aventurado.

Es por ello que parece mas razonable aislar grupos concretos de casos e intervenir normativamente para flexibilizar, simplificar y reintroducir la libertad de pactos en el régimen societario en función de las necesidades de los colectivos subyacentes.

Tres casos han surgido de manera recurrente en los últimos años en Europa y en nuestro país. El de las sociedades de profesionales, el de las sociedades familiares, y el de las sociedades filiales comunes, esto es sometidas a control conjunto⁵¹. Los tres plantean algunos problemas comunes pero también presentan diferencias substanciales que aconsejan un tratamiento separado. En los tres casos serían aconsejables medidas de desregulación societaria que tuvieran en cuenta sus peculiaridades.

7. Conclusiones.

Las conclusiones que podemos extraer de nuestra reflexión parten de la constatación de la existencia de un proceso desregulador tanto en los ordenamientos estatales como en los supraestatales.

La principal conclusión es la necesidad de un cambio de paradigma en la creación e interpretación del Derecho de sociedades en cuya virtud se instaure el principio político legislativo según el cual la libertad de pactos en materia societaria no debe ser restringida mas allá de lo estrictamente necesario para tutelar un interés que el legislador considere legítimo y prevalente respecto al mantenimiento de la misma. Con lo que toda restricción a la libertad de pactos debe estar justificada.

Este cambio, coherente con los fundamentos del sistema de Derecho privado que aborrece todo tipo de prohibición injustificada, estaría además económicamente justificado en cuanto existirían menores costes de administración de la sociedad "liberalizada", al reducirse los derivados del cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley en tutela de los socios minoritarios, y por la mayor adaptabilidad de la sociedad, en la que los socios han recuperado la soberanía reguladora frente al Estado, a las necesidades siempre cambiantes de la empresa de la cual la sociedad es titular, y a las peculiaridades de su base personal.

En segundo lugar y aun en los casos en que la restricción de la libertad de pactos está justificada con carácter general, como consecuencia del anterior principio político legislativo la libertad de pactos deberá ser repuesta cuando las par-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) tesis del contrato sean contratantes plenamente informados, lo que implica la incorporación de normas en el ordenamiento que faciliten la recuperación de la libertad de pactos por éstos.

Además en la disyuntiva entre una desregulación general o vinculada a supuestos de hecho concretos, en particular los de las filiales comunes, la sociedad familiar y las sociedades profesionales, parece conveniente seguir la segunda opción.

De otra parte hay que señalar que la extensión del ámbito de la libertad de pactos potencia la importancia de los fedatarios públicos que deben asegurarse de la correcta comprensión por parte de los firmantes de cláusulas en cuya redacción no siempre se tiene en cuenta la existencia de un equilibrio de poderes entre los socios. La labor del fedatario, evidentemente, no es la de reponer este equilibrio allá donde las partes quisieron libremente romperlo, sino asegurarse de que los contratantes conocen y comprenden el significado de dicha diversidad de poderes.

Cabe indicar también que el procedimiento de desregulación selectiva supone una alternativa segura a los pactos parasociales.

Es preciso señalar además que es conveniente que la desregulación societaria se produzca de forma coordinada en el ámbito de las organizaciones supranacionales para evitar, en la medida de lo posible una verdadera carrera de los legisladores nacionales de los estados miembros, para hacer mas atractivos sus ordenamientos societarios para la constitución de sociedades que tienen un fuerte componente internacional en sus socios, o en sus actividades.

Por último parece igualmente conveniente hacer una elección meditada de los aspectos que se pretenden desregular de forma armonizada siendo consciente que en el resto de los aspectos pueden presentarse desregulaciones no coordinadas que den lugar a fenómenos similares al efecto Delaware, especialmente posibles en el ámbito de Mercosur donde la homogeneidad cultural y jurídica es mayor que en la Unión Europea.

¹ Una excelente exposición sobre Mercosur puede verse en DUQUE DOMINGUEZ, J.F. "Caracterización institucional del Mercosur: Finalidades y estructuras al servicio de una comunidad económica, jurídica y cultural", en VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.) "Mercosur y la Unión Europea: Dos modelos de integración económica.", Valladolid (Lex Nova), 1998. (pág. 25 y ss.)

² Pese a que el Tratado de Asunción no incluye de forma expresa entre sus objetivos la libertad de establecimiento y prestación de servicios, estos parecen quedar incluidos en la libre circulación de "factores productivos" entre los estados miembros, a la que se refiere el artículo 1 de dicho Tratado. En este sentido ver la opinión de ARAYA, M.C. "El Derecho de sociedades en el Mercosur" en VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.) "Mercosur y la Unión Europea...", ob. cit. pág. 141 y ss.

³ BASEDOW, J. "La política de la competencia en los sectores exceptuados - un balance de la desregulación en Alemania y en Europa-", RDM 1993, pág. 1277 y ss (pág. 1278-1280).

⁴ En el título de una de las recientes leyes de desregulación en materia de sociedades, la Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts de 2 de agosto de 1994.

⁵ VICENT CHULIA, F. "Nuevas estrategias en el Derecho de sociedades europeo", Derecho de los Negocios 1997, n° 76, pág. 14 y ss.

⁶ AAVV "Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei Stufen-Modell, Gütersloh (Bertelsmann Stiftung) 1988; SCHMIDT, K. "Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien?" ZHR, 1996, pág. 265 y ss., o en Francia ver GUYON, Y. "Présentation générale de la société par actions simplifiée", Revue des Sociétés, 1994, pág. 207 y ss.

⁷ Con sus 355 artículos dedicados a las sociedades por acciones, tras la derogación de los §§ 339-393 y X a las sociedades de responsabilidad limitada, mas los de las leyes de transformación y el Código de comercio, el Derecho de sociedades alemán ha sido tildado en multitud de ocasiones no solo de extenso sino de excesivamente rígido y perfeccionista. En particular ha merecido esta crítica la regulación de las sociedades por acciones. Cfr. HOMMELHOFF, P. "Kleine Aktiengesellschaften" im System des deutschen Rechts" AG, 1995, pág. 529 y ss (530); una traducción al francés de este trabajo puede verse en HOMMELHOFF, P. "Les

- III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) petites sociétés anonymes' dans le système juridique allemand", *Revue des Sociétés*, 1996, pág. 245 y ss.
- ⁸ JORF de 4 de enero de 1994, pág. 129 y ss.
- ⁹ En la actualidad prácticamente todos los Estados norteamericanos han adoptado una regulación sobre las LLC y en 1994 se adoptó por la ABA una Uniform Limited Liability Company Act (ULLCA). Respecto a las LLCs ver el completo trabajo de CALLISON, J.W.-SULLIVAN, M.A. "Limited Liability Companies", St. Paul (West Publishing), 1994. Un actualizado y muy interesante estudio sobre el estado actual de desarrollo de este tipo social puede verse en RIBSTEIN, L.E. "The Emergence of the Limited Liability Company", *The Business Lawyer*, 1995, pág. 1 y ss.
- ¹⁰ Journal Officiel de 4 de enero de 1994, por la que se inserta, al capítulo IV del título I de la ley n° 66-537 de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales, una nueva sección XI, que contiene los veinte artículos que regulan el nuevo tipo social. Sobre la misma ver GUYON, Y. "Présentation...", ob.cit. pág. 207 y ss; una versión reducida del trabajo puede verse en GUYON, Y. "Die Société par Actions Simplifiée (SAS) - eine neue Gesellschaftsform in Frankreich", *ZGR* 1994, pág. 551 y ss; JEANTIN, M. "Les associés de la société par actions simplifiée", *Revue des Sociétés* 1994, pág. 223 y ss; LE CANNU, P. "Les dirigeants de la société par actions simplifiée", *Revue des Sociétés*, 1994, pág. 240 y ss.
- ¹¹ Estas características son precisamente destacadas por GUYON, Y. "Présentation...", ob.cit. pág. 207 y ss.
- ¹² Sobre las LLP ver la completa y actualizada obra de BROMBERG, A.R.- RIBSTEIN, L.E. "Limited Liability Partnerships and the Revised Uniform Partnership Act" Boston, New York, Toronto, London (Little, Brown and Company), 1995. Un buen análisis del significado actual de las LLPs, puede verse en KEATINGE, R.R. - COLEMAN, G.W. - DONN, A.G. - HESTER, E.G. "Limited Liability Partnerships: The Next Step in the Evolution of the Unincorporated Business Organization", *The Business Lawyer*, 1995, vol. 51, pág. 147 y ss. respecto a la elección entre LLC y LLP para sociedades profesionales, tomando en particular la profesión de abogado, y en particular respecto a la cuestión de la responsabilidad limitada de los abogados ver JOHNSON, J.J. "Limited Liability for Lawyers: General Partners Need Not Apply", *The Business Lawyer*, 1995, pág. 85 y ss.
- ¹³ La cuestión de las sociedades profesionales ha sido también recientemente abordada en Alemania a través de la Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freie Berufe de 25 de julio de 1994 (BGBl. I S. 1744). En este tipo social, la participación solo está autorizada a las personas físicas (§ 1 Abs. 1), que ejercen determinadas profesiones, enumeradas en el Abs. 2 del § 1, entre las que se encuentran las de abogado y auditor. La imposibilidad de que cualquier tipo de personas jurídicas sean socios de las mismas hace que desde la perspectiva de los grupos carezcan prácticamente de relevancia. El § 8 regula la responsabilidad de los socios por obligaciones de la sociedad, y tras establecer la responsabilidad personal y subsidiaria de los miembros con expresa remisión a los §§ 129 y 130 HGB, establece las causas de limitación de la responsabilidad (Abs. 2), así como la posibilidad de que la Ley establezca cifras máximas de responsabilidad frente a terceros en el ejercicio de algunas de estas profesiones (Abs.3). En particular respecto a la responsabilidad del socio que ingresa por actos que impliquen la responsabilidad de la sociedad realizados con anterioridad a su ingreso por otro de los socios ver la clara exposición de MAZZA, F. "Die Haftung des neu eintretenden Partners für Alt-Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung", *Betriebs Berater* 1997, pág. 746 y ss.
- ¹⁴ BGBl I 1994, 1961. Sobre la misma ver LUTTER, M. "Das neue 'Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts'", *AG* 1994, pág. 429 y ss; KINDLER, P. "Die Aktiengesellschaft für Mittelstand. Das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts", *NJW* 1994, pág. 3041 y ss. Para una visión de un práctico SCHABER, D. "Kleine AG' Etikettenschwindel oder neue Rechtsformalternative für den gewerblichen Mittelstand?" *GmbH Report* 1995, R. 1.
- ¹⁵ LUTTER, M. "Das neue...", ob.cit. pág. 447.
- ¹⁶ Téngase en cuenta que en 1994, existían en 500.000 sociedades de responsabilidad limitadas, frente a tan solo 3.200 anónimas, de las cuales solo alrededor de 600 cotizaban en bolsa. Tomo los datos de LUTTER, M. "Das neue...", ob. cit. pág. 429.
- ¹⁷ Tomando datos de 1992, la capitalización bursátil alemana era mucho mas baja que la británica, e inferior incluso a la francesa. En concreto la capitalización bursátil sobre el Producto Nacional Bruto británico era del 88% frente al 19% alemán, inferior al 25% francés. Tomo los datos del "Informe...", cit. pág. 8.
- ¹⁸ Al cierre de 1997 la Bolsa de Francfort que unificó la totalidad de las Bolsas alemanas a partir de 1996, era de 165 billones de pesetas, en tanto que el de la Bolsa de Londres era de 347 billones. París, por su parte, tenía un valor de 139 billones, Milán de 29 y Madrid de 63. Una reciente noticia informa de la suscripción por parte de la Bolsa de Londres y la de Francfort de una alianza para crear el embrión de una futura Bolsa única Europea, sobre la cuestión ver "El País" de 8 de julio de 1998, pág. 51, lo que podría alterar de forma sustancial el escenario de la regulación societaria a través de la normativa de mercado de valores como consecuencia de la necesaria armonización de las normas, en principio solo de ambos países, pero presumiblemente de todos los que se adhieran, que según el acuerdo debería realizarse de forma inminente y estar lista a 31 de diciembre de 1999.
- ¹⁹ La ratio de financiación con fondos propios alemana era del 30%, frente al 35% de Francia y el 40% del Reino Unido, "informe...", ob.cit. pág. 9.

- ²⁰ Resalta críticamente, en cuanto a su consecución, estas finalidades de la reforma HOMMELHOFF,P. "Kleine...", ob. cit. pág. 529.
- ²¹ JORF, de e de enero de 1991, pág. 216 y ss. En estas sociedades profesionales cada socio responde personal e ilimitadamente por los actos profesionales que realiza. A esta responsabilidad se une solidariamente la responsabilidad de la sociedad (art. 16 L 1990) y, en su caso, la del socio colectivo de la sociedad de ejercicio liberal en comandita por acciones (SELCA) (art. 13 L 1990). Frente a ello, la responsabilidad de los restantes socios por actos profesionales ajenos, esto es realizados por otros socios, está limitada a su participación en el capital, o si se quiere, y desde una perspectiva sustancial, al valor de la cuota de liquidación que les correspondería en el momento en que deba pagarse de forma voluntaria o forzosa la deuda generada por la responsabilidad contraída como consecuencia del acto profesional de su socio. Sobre las mismas ver GUYON,Y. "L'exercice en société des professions libérales réglementées" ALD 1991.75.
- ²² HOMMELHOFF,P. "Kleine...", ob. cit. pág. 531.
- ²³ Respecto a esta cuestión ver el comentario al artículo 152 del Código de comercio de FERNANDEZ DE LA GANDARA,L. "La sociedad comanditaria por acciones", Madrid (Civitas), 1992 (pág. 76 y ss.).
- ²⁴ Así como las remisiones contenidas en la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953, en su versión de 1989 - arts. 6 y 26-.
- ²⁵ HOMMELHOFF,P. "Kleine...", ob. cit. pág. 531. Observese que la crítica de Hommelhoff parece especialmente fundada si tenemos en cuenta que los asesores alemanes que han venido trabajando de forma exclusiva para las 600.000 sociedades de responsabilidad limitada alemanas, no tienen habitualmente entre sus clientes alguna de las menos de tres mil sociedades anónimas, por lo que el conocimiento de la pequeña sociedad anónima les exige familiarizarse con una ley y jurisprudencia, la de la ley de sociedades por acciones que habitualmente no usan y que tiene un carácter extremadamente complejo. Obsérvese además que el grado de conocimiento que un asesor medio alemán tiene de la ley y sus posibles efectos cuando asesora un tipo social a su cliente suele ser mayor que el de un asesor latino en las mismas circunstancias, entre otras razones porque el nivel de exigencia de responsabilidad social es mayor en la sociedad alemana que en nuestra cultura.
- ²⁶ BICE n° 2362.
- ²⁷ BICE n° 2386.
- ²⁸ En la que también tiene su base la valoración de las restricciones de la competencia en atención a sus efectos reales sobre el mercado.
- ²⁹ VETRI,D. "La morte del Common Law", Contratto e Impresa, 1995, vol. 1, pág. 353 y ss.
- ³⁰ SARTOR,G. "Precedente giudiziale", Contratto e Impresa, 1995, vol. 3, pág. 1.300 y ss. (1301).
- ³¹ Sobre los problemas y perspectivas del mismo ver HOPT,K.J. "Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht - Status quo, Probleme, Perspektiven-", ZGR, 1992, pág. 265 y ss., y mas recientemente SCHÖN,W. "Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht" ZHR, 1996, pág. 221 y ss.
- ³² Ver en este sentido el informe de 3 de julio de 1995, sobre simplificación de las reglas relativas a la estructura y organización de poderes en las sociedades anónimas en el seno de la Unión europea.
- ³³ Propuesta de decimotercera Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición (DOCE C 162, de 6 de junio de 1996). Sobre la misma ver RUIZ PERIS,J.I.-ESTEVEAN 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", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 1997 n° 65 (en prensa).
- ³⁴ BOLAS ALFONSO,J. "La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada", RDP, 1996, pág. 112 y ss
- ³⁵ El informe ha sido reproducido en Derecho de los Negocios, 1997, número 76, pág. 81 y ss.
- ³⁶ Informe.... cit. pág. 82-84.
- ³⁷ Continúan los trabajos en distintos estados de desarrollo respecto a las futuras Quinta Directiva en materia de órganos sociales, Novena Directiva de grupos, Décima Directiva sobre fusiones transfronterizas y Decimotercera Directiva en materia de tomas de control. Respecto a los problemas planteados por la armonización del derecho de sociedades en Europa ver los interesantes trabajos de HOPT,K.J. "Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht - Status quo, Probleme, Perspektiven-", ZGR, 1992, pág. 265 y ss; y SCHÖN,W. "Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht", ZHR, 1996, pág. 221 y ss, y en España VICENT CHULIA,F. "Nuevas estrategias...", ob.cit. pág. 14 y ss. Del mismo autor y con igual interés pueden verse "Problemas candentes de la sociedad anónima", RGD, 1993, pág. 11909 y ss.
- ³⁸ Una interesante presentación de la ULLCA puede verse en BISHOP,C.G. "The Uniform Limited Liability Company Act- Summary & Analysis of Key Provisions", The Business Lawyer, 1995, vol. 51, pág. 51 y ss
- ³⁹ Respecto al Derecho norteamericano del mercado de valores ver LOSS,L.-SELIGMAN,J. "Fundamentals of Securities Regulation", Boston (Little Brown), 1995.
- ⁴⁰ Una exposición detallada de las distintas influencias nacionales en las sucesivas directivas comunitarias puede verse en HOPT,K.J. "Harmonisierung....", ob. cit. págs. 272-275.
- ⁴¹ Así sucedió por ejemplo, y por razones obligadas, respecto al proceso de adaptación del derecho de sociedades español a las directivas comunitarias anteriores a 1986, y en menor medida, dada la activa participación

española en la elaboración de las siguientes directivas, limitada, en todo caso, por nuestro escaso peso específico político y económico en el marco europeo, en las posteriores a dicha fecha.

⁴² JEANTIN, M. "Les associés....", ob. cit. pág. 223.

⁴³ Se conoce como efecto Delaware, la carrera desreguladora o flexibilizadora emprendida por los legisladores de los diferentes estados norteamericanos tendente a hacer más atractivo su derecho de sociedades, que en los USA es competencia estatal y no federal, para las grandes sociedades norteamericanas. En la misma el vencedor ha sido claramente el pequeño estado de Delaware en el que están incorporadas una gran parte de las "corporations" norteamericanas.

⁴⁴ GUYON, Y. "Présentation.....", ob. cit. pág. 208, que cita como ejemplos de ordenamientos de riesgo los de Holanda, Luxemburgo y Gran Bretaña; esta misma orientación puede observarse en JEANTIN, M. "Les associés.....", ob. cit. pág. 223, que expresamente se refiere a las ventajas que ofrece las SAS como modo de competir con la sociedad cerrada holandesa, la Besloten Venootschapt (BV), poniendo de relieve la diferencia de que ésta puede tener un socio único y tener como socios a personas físicas. La BV es una sociedad de capitales con capital repartido en acciones, que no están incorporadas a títulos, ni son libremente transmisibles, en la que los socios tienen responsabilidad limitada a su aportación por las deudas sociales.

⁴⁵ En este sentido SCHÖN, W. "Mindestharmonisierung....", ob. cit. pág. 249.

⁴⁶ Junto a la armonización a través de Directivas el Consejo lleva a cabo una labor de unificación del derecho societario a través de la elaboración de reglamentos relativos a los distintos tipos de futuras sociedades europeas. De ellos el único aprobado es el Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) (DOCE L 199 de 31 de julio de 1985, pág. 1 y ss.). Junto a éste hay que destacar las propuestas modificadas de reglamentos de estatuto de la mutualidad europea, de la sociedad cooperativa europea, de la asociación europea, todas ellas de 1993.

⁴⁷ El éxito incontestable de la nueva regulación de la sociedad de responsabilidad limitada en España del que los datos incluidos en esta nota dan una muestra, no se debería tanto a que los operadores económicos hubieran encontrado la solución de todos sus males en el nuevo tipo social, sino a una segunda elección, esto es a una elección del mejor tipo posible de los disponibles para realizar su actividad económica, sin que ello diga nada contra la necesidad de mayor libertad de pactos expresada por los operadores económicos. Tomando los datos del último quinquenio, 1992-96 se han constituido en España 267.341 sociedades de capital. De estas 23.589 eran anónimas y 243.752 de responsabilidad limitada. Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada están casi equilibradas en cuanto al volumen de actividad económica desarrollado por cada tipo social. A falta de datos directos de contribución al PIB de las empresas organizadas bajo los dos tipos sociales, podemos utilizar de forma indirecta la cifra de capital suscrito del último año. Las 3.402 sociedades anónimas constituidas en 1996, tenían un capital suscrito acumulado de 269.881.209.478 pesetas, de los cuales, por cierto se desembolsaron 423.622.869.488, lo que demuestra una gran tendencia a desembolsar íntegramente el capital de la sociedad anónima en el momento constitutivo, mientras que las 91.808 sociedades de responsabilidad limitada constituidas en 1996 tenían un capital suscrito y desembolsado conjunto de 322.450.148.146 pesetas. La cifra media de capital suscrito respecto a cada tipo nos indica que la forma de sociedad limitada ha sido preferentemente utilizada para iniciativas empresariales de pequeña dimensión, en tanto que la anónima se ha reservado para otras de mayor calado. En 1996, el capital suscrito como media en una sociedad anónima fue de 79.330.162 pesetas, en tanto que respecto de una limitada fue de 3.512.376. La utilización de otras formas sociales más flexibles pero cuyos socios, o algunos de ellos responden ilimitadamente es puramente marginal. En 1996, se constituyó una única sociedad colectiva, con un capital suscrito de 200.000 que no fueron desembolsados, 3 comanditarias con un capital acumulado de 54.600.000 pesetas que fue íntegramente suscrito y desembolsado, 3 comanditarias por acciones con un capital suscrito conjunto de 30.130.000 pesetas del que se desembolsaron 22.630.000, y 7 Agrupaciones Europeas de Interés Económico (AEIE), con un capital suscrito conjunto de tan solo 16.300.000 pesetas que no fue desembolsado. Mayor éxito han tenido las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) de las que se constituyeron 153, con un capital suscrito de 3.144.351.983 pesetas del que, sin embargo, tan solo se desembolsaron 95.324.010.

⁴⁸ Un detallado estudio de lagunas normas imperativas en la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada, puede verse en BOLAS ALFONSO, J. "La autonomía...", ob. cit. pág. 112 y ss; respecto a los problemas de la autonomía de la voluntad en el marco de las normas de sociedades de capitales españolas ver MASSAGUER, J. "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada", RGD, 1994, pág. 12959 y ss; y DUQUE, J. "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas", en AAVV "Derecho de sociedades anónimas", Madrid, 1991, pág. 19 y ss.

⁴⁹ La necesidad de flexibilización queda especialmente patente en el "Informe de la Comisión Especial para la simplificación del ordenamiento jurídico económico" recientemente publicadas en Derecho de los Negocios, 1997, n°76, pág. 81 y ss. Al abordar las cuestiones de tipología societaria se hace mención a la necesidad de crear tipos sociales nuevos para las sociedades anónimas que no coticen en Bolsa o para las pequeñas empresas. En ambos casos está presente el espíritu de simplificación y flexibilización. Respecto a las prime-

ras se afirma que “cobra sentido exonerar a las sociedades anónimas que no coticen en Bolsa de alguna de las restricciones y obligaciones que ahora dificultan y encarecen su funcionamiento: sometimiento a auditorías externas, control por agentes independientes de las aportaciones in natura, depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, etc” (pág. 82) , en cuanto a las segundas se propone la regulación de un tipo de sociedad capitalista, flexible y plurifuncional, incidiéndose en la flexibilidad respecto a las causas de disolución y a las reglas de atribución de la cuota de liquidación a los socios (págs 83-84).

- ⁵⁰ Frente a las 733.822 sociedades de responsabilidad limitada. Por solo poner algunos datos para la comparación tomados del informe sobre la simplificación de las reglas relativas a la estructura y organización de poderes en la sociedad anónima en el seno de la Unión Europea, el número de sociedades anónimas en Francia era de 157.724 frente a las 350.000 sociedades de responsabilidad limitada, en el caso del Reino Unido esas cifras pasaban a ser 13.900 y 970.000 respectivamente, y en el de Alemania 2.726 y 970.000. Los números de ceros finales en las cifras que aparecen en el informe, nos hacen sospechar que los datos de sociedades no cotizadas eran aproximados.
- ⁵¹ El control exclusivo permite a quien lo posee influir de forma decisiva en las decisiones que adopte el sujeto controlado. Así si en una sociedad anónima en la que no existan pactos estatutarios que exijan mayorías reforzadas un socio es titular del 60% del capital con derecho a voto, podrá nombrar y destituir libremente a los miembros del órgano de administración y consecuentemente influir de forma decisiva en las decisiones adoptadas por éste. En el caso del control conjunto, en cambio, ninguno de los socios puede influir decisivamente en las decisiones del sujeto controlado conjuntamente, pero en cambio puede impedir que se adopte decisión alguna sin su consentimiento. Este es el caso en el que a falta de pactos estatutarios sobre el régimen de mayorías cada uno de los dos socios de la anónima sea titular del 50% del capital con derecho a voto, o en el que tres socios se repartan a terceras partes el capital de la sociedad y establezcan estatutariamente una mayoría reforzada para la adopción de acuerdos del 75%. Control conjunto puede existir tanto en el caso de que todos los socios de la sociedad participen en el mismo como en casos en que solo participen algunos de ellos. Así sucede en el caso de dos socios, cada uno de los cuales tiene el 49,5% del capital con derecho a voto de la anónima, en tanto que el 1 % restante se entrega a un tercero que actuará como arbitro intrasocietario, estatutariamente establecido, en los casos de discrepancia entre los dos socios