

¿COMO ENTENDEMOS Y COMO HACEMOS EL DERECHO DE SOCIEDADES? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)¹

CÁNDIDO PAZ-ARES Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

I. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO. II. LA IMAGEN DEL MODELO TRADICIONAL. LA SOCIEDAD COMO «MÁQUINA JURÍDICA». III. LAS CLAVES MATERIALES DEL PARADIGMA INSTITUCIONAL. 1. *El prejuicio tecnocrático*. 2. *El prejuicio paternalista*. 3. *El prejuicio político*. 4. *Una referencia a la Konzessionstheorie*. IV. LOS RASTROS POSITIVOS DEL MODELO DE IMPERATIVIDAD DE FONDO. 1. *Los principios Configuradores del tipo*. 2. *La abundancia de las cláusulas de salvedad*. 3. *La atracción fatal de la anónima*. V. CONSIDERACIÓN FINAL: DE VUELTA AL CONTRATO. 1. *Abuso, disfunción y eficiencia: el surgimiento del paradigma contractual*. 2. *Otro modo de entender y de hacer el derecho de sociedades*. 3. *La autonomía privada y la reconstrucción del derecho de sociedades*.

¹ El presente estudio reproduce básicamente el texto de la conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el día 27 de noviembre de 1995 y se inscribe en el proyecto de investigación PB 93-0275 («Análisis económico del derecho y derecho mercantil») financiado por la DGICYT. La modificación más importante afecta al título, que originariamente rezaba «La libertad contractual en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada». Me parece que el actual refleja de manera más fidedigna el contenido del trabajo. Por otra parte, se ha aprovechado el tiempo transcurrido hasta la publicación para actualizar el aparato bibliográfico y las referencias al Reglamento del Registro Mercantil.

I. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO

Cuando me puse a preparar este trabajo, lo primero que hice fue leer de un tirón la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La impresión que obtuve de aquella primera lectura, rápida y apresurada, fue que el papel que se le atribuía a la autonomía privada en la configuración de la sociedad limitada era un papel residual, y debo confesar que esa primera impresión no se ha desvanecido después. Sigo pensando, en efecto, que la nueva disciplina legal, pese a los notables esfuerzos que se han hecho por flexibilizar el tipo (durante la elaboración del proyecto y, sobre todo, en el trámite parlamentario), responde, como la precedente, a un *modelo de imperatividad de fondo* o de imperatividad difusa. La pregunta que me hice después y que me hago ahora es si ese modelo resulta contestable, incluso de *lege data*. Mi conjetura es que sí. Si creemos que la ley se rige por ese criterio de imperatividad de fondo es, en ocasiones, porque así lo dice expresamente (v., por ej., art. 53.4 LSRL, que prohíbe las cláusulas de unanimidad), pero la mayoría de las veces es porque pensamos que lo dice. Este último es el aspecto que me interesa explorar. La tesis que propongo para la discusión es que el papel que efectivamente está llamada a jugar la autonomía privada en la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada depende más de lo que piense la doctrina que de lo que diga el legislador. De ahí que afirme que el problema de la libertad contractual es un problema epistemológico más que filológico. Estoy firmemente convencido, en efecto, de que la creciente reducción del papel de la libertad contractual en el ámbito de las sociedades de capital obedece sobre todo a nuestro *modo tradicional de entender y de hacer el derecho de sociedades*. Cualquiera otra consideración o decisión externa resulta comparativamente mucho menos importante. La razón última de todo ello estriba en que nuestra comprensión del fenómeno societario no se ha articulado sobre la base de un paradigma contractual, sino sobre la base de un paradigma que, a falta de denominación más precisa, llamaré institucional.

Planteado el problema en estos términos, y puesto que estoy persuadido de que este estado de cosas debe cambiar, me parece que la tarea

más urgente consiste en traer a la luz las estructuras de pensamiento que están bajo ese paradigma y revisar críticamente sus presupuestos doctrinales. Este es el objeto primordial del presente estudio. La elaboración de otro modo de entender y de hacer el derecho de sociedades y, señaladamente, la estructuración de un paradigma alternativo ha de quedar para otra ocasión. Aun cuando el grueso de estas páginas se dedica a escrutar el significado de ese paradigma «institucional», parece conveniente adelantar una síntesis al respecto. En mi opinión, lo más específico del paradigma es que presupone la existencia detrás del texto legal de un arquetipo ideal de sociedad limitada expresivo de una ordenación objetivamente equilibrada de las relaciones entre socios y garante de la funcionalidad del orden societario, un arquetipo que naturalmente opera como guía de la comprensión y de la producción del derecho e interpone una barrera infranqueable a la autonomía privada². No es de extrañar por ello que a partir de esta precomprensión considere: (1) que la ley no es un instrumento de integración, sino un *instrumento de conformación* del contrato de sociedad y que, consiguientemente, le atribuya una función directiva; (2) que el criterio que ha de regir la producción doctrinal y jurisprudencial del derecho de sociedades no es la voluntad de las partes, sino la *voluntad del legislador* entendida como expresión abreviada de los valores y fines que encarna el tipo; y (3) que la tarea primordial del jurista consiste en la identificación, salvaguardia y extensión de esa voluntad legislativa mediante el recurso al instrumentario propio de la *metodología positivista* del derecho.

El lector sabrá perdonar los términos deliberada y exageradamente simplificados que utilizo y seguiré utilizando a lo largo de la exposición, y es que a veces —como solía decir Valle Inclán— para reconocer la realidad es preciso deformarla. Mi afán es mostrar la pertinencia científica y la conveniencia práctica de abandonar los presupuestos doctrinales, normalmente implícitos, que están en la base del modelo tradicional de imperatividad de fondo y, en su caso, allanar el terreno para que pueda producirse la recepción de uno más productivo. Pero no me llamo a engaño. Las resistencias que ha de vencer un planteamiento de esta índole

² La noción de paradigma que utilizo en este trabajo coincide, con alguna licencia o rectificación, con la que se ha extendido en la sociología del conocimiento a partir de la obra de T. S. KUHN, *Estructura de las revoluciones científicas*, trad. esp., Madrid, 1980, pp. 33 y ss. Un sugestivo ensayo de trasladar la idea kuhniana de paradigma a la dogmática puede verse en A. AARNIO, «On the Paradigm of Legal Dogmatics. Problems of Scientific Progress in Legal Research», ARSP (Supl. 1-1), 1982, pp. 135-146.

son muchas y muy fuertes. Las más importantes proceden del choque con nuestra concepción común e intuitiva del derecho de las sociedades —en especial, de las sociedades de capital-adquirida o forjada en nuestro *proceso de socialización como juristas*: en la educación académica, en la comunicación científica, en la experiencia profesional, en la práctica institucional (piénsese, por ejemplo, en la impronta administrativa que trasluce la reglamentación registral), en el propio lenguaje organizativo, que es el amo más recóndito del pensamiento³. Lo que hemos aprendido y nos cuesta olvidar es que la autonomía privada no es un poder natural en el contrato de sociedad limitada (o de sociedad anónima), como lo es en el contrato de compraventa o en el contrato de «facto-ring», sino un poder concedido y estrechamente vigilado. Lo que en el derecho de la contratación aceptamos naturalmente como un principio de base, se torna en el derecho de sociedades, a causa de un proceso de diferenciación judicial no suficientemente esclarecido, un principio de segundo orden. La libertad contractual —según la curiosa, pero elocuente definición que ofrece la Exposición de Motivos de la Ley que nos ocupa— es sólo un «elemento del tipo». Existe porque lo demanda el tipo y llega hasta donde lo permite el tipo.

II. LA IMAGEN DEL MODELO TRADICIONAL. LA SOCIEDAD COMO «MÁQUINA JURÍDICA»

Nuestra primera tarea es comprender el significado profundo de ese modelo tradicional que hemos denominado de imperatividad de fondo. Me parece que una buena manera de iniciar esta tarea es tratando de descifrar la «imagen» que se ha formado el jurista de la sociedad limitada y que condiciona desde el fondo del ojo su visión del derecho de sociedades. No creo, desde luego, que se haya formado una imagen de la sociedad en términos de relaciones, sino más bien de estructuras, de estructuras metálicas diría incluso. La sociedad, en efecto, se imagina más como un artefacto o mecanismo que como un ajuste o arreglo de intereses. Probablemente no sea aventurado afirmar que se ha creado y extendido una precomprensión de la sociedad limitada como *máquina jurídica* primorosamente diseñada y equilibrada por el legislador, en la que las

³ Naturalmente, en la medida en que he trabajado y sigo trabajando (cada vez, ciertamente, con mayor distanciamiento), dentro del paradigma, me siento en la necesidad de ejercer la autocrítica.

opciones a gusto del consumidor -al que se supone inexperto en la planificación técnica de una cosa tan sofisticada— están restringidas. Salvo algunas excepciones notables, se limitan, como en los automóviles, a la matrícula y a los adornos⁴. Las partes pueden, en efecto, decidir la posibilidad de designar administradores suplentes; la posibilidad de celebrar la junta en un lugar distinto al domicilio social, la posibilidad de otorgar la representación de los socios a extraños, pero no pueden determinar si prescinden de la junta como órgano necesario (para economizar en los procesos de decisión en empresas de pocos socios⁵), si reestructuran el derecho de suscripción preferente (para articular un sistema de promoción de los *juniors* en las sociedades profesionales), si nombran un administrador privativo (para proteger las inversiones específicas en la empresa frente al riesgo de expropiación de las cuasi-rentas que generan); si restringen el derecho de inspección a los socios minoritarios (para evitar que informaciones sensibles puedan llegar a manos de la competencia) ; si eliminan el sistema de impugnación de acuerdos (para instaurar un mecanismo arbitral de solución de los conflictos); si limitan la responsabilidad de los consejeros a su área de actuación (por ejemplo, la del secretario del consejo a las materias jurídicas) e incluso si sustituyen en bloque toda la regulación de las relaciones internas por la regulación de la sociedad colectiva (según aquel modelo simplísimo de que se ocupó una sentencia alemana que ha llegado a ser célebre en esta discusión⁶). La idea básica es que la ley prefigura una máquina de organizar que no puede alterarse, pues se teme que una maquinaria tan delicada pueda fallar. La autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje. Esta idea mecánica o maquinaria de la sociedad que, a nuestro modo de ver, preside la comprensión ordinaria de las sociedades de capital —de la anónima ciertamente, pero también por extensión

⁴ Entre nosotros se ha descrito esta situación en los siguientes términos: «La fundación de una sociedad, en la práctica, viene a limitarse a dotar de señas de identidad a la actividad social —denominación, domicilio— y a determinar el capital y la organización social entre las típicas de un contrato altamente estandarizado cuya interpretación debe seguir criterios objetivos como si de auténticas normas jurídicas se tratara» (L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La sociedad de capital de base personalista en la reforma del Derecho de las sociedades de responsabilidad limitada», RGD 596 [1994], pp. 54-50).

⁵ Lo cual, por cierto, no es nada extraño. De acuerdo con un estudio estadístico hecho sobre una muestra de 680 sociedades limitadas inscritas el pasado año en el Registro Mercantil, el 86'3 por 100 de ellas están formadas por 3 socios o menos; el 11 por 100, por cuatro socios y solamente un 2,2 por 100 por cinco o más.

⁶ Me refiero a la RGZ 101, 55 (JW 1921, pp. 462 ss.), *apud* U. IMMENGA, *Die personalis-tische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, 1970, p. 105.

de la limitada- está espléndidamente descrita en unas memorables páginas de George Ripert. He aquí los fragmentos más sustanciosos:

«También la ciencia del derecho conoce la era del maquinismo. Llega un momento en el que las relaciones entre los hombres se hacen demasiado numerosas, demasiado complejas y demasiado diversas para que puedan ser creadas o transmitidas por el simple juego del intercambio contractual de voluntades individuales. En consecuencia, el legislador pone a disposición de los hombres los mecanismos jurídicos precisos para sus transacciones⁷ [...]. El mecanismo de las sociedades anónimas es algo complicado: hace falta una sede social, títulos, aportaciones, cuentas, un balance, administradores y comisarios, juntas, votos, informes, procedimientos orales, publicaciones en la prensa, depósitos ante el Registro. Y todo ello ha de funcionar siguiendo un determinado ritmo fijado imperativamente [...]. Todos los órganos de la sociedad han de funcionar de manera acompasada⁸ [...]. En consecuencia, corresponde al legislador la entrega de los planos de esta máquina maravillosa que por sí misma puede dar satisfacción a las necesidades de la... industria y del comercio. Tiene que hacerlo con la intención de lograr que ésta funcione lo mejor posible»⁹. [Y concluye Ripert]: «Tout d'abord l'Etat a le devoir de régler l'em-ploi de la machine»¹⁰.

Me parece que la metáfora de Ripert está muy arraigada en nuestra mente de cultivadores del derecho de sociedades. Inconscientemente, tendemos a pensar que el diseño de la sociedad es cuestión de técnicos y que las partes -como los ejecutores de una obra civil en relación a los planos del ingeniero— han de limitarse a seguir las indicaciones del legislador y de la doctrina que lo interpreta. Sus posibilidades de disposición se hallan limitadas por ese esquema impuesto y si existen es precisamente porque forman parte de ese esquema. Nada tiene de extraño por ello que la libertad contractual se considere como un simple «rasgo tipológico dependiente o inducido»¹¹. La comprensión del derecho de sociedades aparece presidida así por lo que hemos llamado un principio de imperatividad de fondo. Esta impresión puede confirmarse em-

⁷ G. RIPERT, *Aspeéis juridiques du capitalisme moderne*, 2.* ed., París, 1951 (reprint 1992), p. 109.

* *Ibid*, p. 110.

⁸ *Ibid*, p. 112.

⁹ *Ibid*, p. 113.

¹¹ J. MASSAGUER, «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada», RGD 603 (1994), p. 12966.

píricamente analizando los preceptos concretos de nuestra flamante Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (por ejemplo, el que prohíbe las cláusulas de libre transmisibilidad o la desintermediación del crédito mediante la emisión de obligaciones) y, por lo que aquí importa, las interpretaciones y soluciones que van consolidándose en la doctrina que, fiel a su precomprensión de la sociedad como máquina de organizar, prolonga el contenido regulador de la ley rechazando o dudando de la validez de muchas combinaciones de la práctica (por ejemplo, de las participaciones sin voto, de un sistema proporcional para la designación de administradores o de los dividendos en especie). Prescindiendo de las normas concretas que explícitamente lo avalan, los elementos básicos sobre los que puede hacerse descansar positivamente este modelo de comprensión de la sociedad limitada son tres: (1) el plan legislativo - una forma de racionalizar objetivamente la vieja retórica de la *voluntas legislatoris*-, (2) los principios configuradores del tipo, que expresamente se consagran como límite de la autonomía privada; y (3) la frecuencia de las «cláusulas de autorización», que se toma como índice de que en otras partes la disciplina legal es indisponible. A estos tres elementos ha de añadirse un cuarto, probablemente no deseado, pero que ha resultado inevitable dados los presupuestos de partida: (4) la excesiva influencia de la legislación de anónimas, que es la regulación por excelencia del modelo imperativo. Del primer aspecto -que es el más significativo para nuestro análisis- me ocupo con algún detalle en la siguiente sección. Los restantes se tratan conjuntamente en la sección que viene después.

III. LAS CLAVES MATERIALES DEL PARADIGMA INSTITUCIONAL

El aspecto más determinante en la configuración del modelo viene dado, sin duda alguna, por el plan legislativo, que descubre la «conexión de sentido» del conjunto de la regulación positiva y la hace inteligible. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al igual que generalmente ocurre con el resto de las leyes de derecho privado, no es producto de decisiones políticas básicas (no refleja opciones redistributivas), sino de las concepciones doctrinales predominantes y, por tanto, reproduce su lenguaje, su cultura y sus inquietudes. Esto significa que su plan legislativo está llamado a racionalizarse dentro del paradigma vigente en la comunidad jurídica. El lector se preguntará por el significado preciso de ese paradigma, por sus características y por sus técnicas y

métodos. La respuesta más aproximada que puedo proporcionarle inicialmente se basa en la metáfora de la máquina a que he hecho referencia antes. Más allá no resulta fácil ofrecer una descripción exacta porque buena parte del contenido de los paradigmas es «conocimiento tácito». El paradigma es aquel sistema de presuposiciones que coordina y dirige la actividad de la doctrina; que hace posible la comunicación y la discusión, que permite aislar los problemas y proporciona criterio para ponderar el valor de las respuestas, pero como tal se resiste a ser definido¹². La sociología del conocimiento nos indica que «en la naturaleza del paradigma está el escapar a una definición precisa»¹³. Sin embargo, a pesar de que no pueda definirse con precisión, algo podemos decir de él por introspección de nuestra propia experiencia y por observación - mejor habría que decir, por interpretación- de las experiencias de los demás. No me voy a referir ahora a los aspectos metodológicos —más tarde tendremos ocasión de aludir a ellos-, sino a los aspectos más sustantivos o de fondo que son los que verdaderamente imprimen carácter al paradigma.

En mi opinión, el paradigma se reconoce o se caracteriza, desde este punto de vista material, porque trata a las sociedades anónimas y limitadas, a decir verdad más implícita que explícitamente, como figuras o formas de carácter *institucional*, en cuyo núcleo está la idea de «corporación» (personificación, estabilidad, colegialidad, centralización, formalización, etc.). La concepción más común considera, en efecto, que estos tipos sociales, aun cuando quizá hayan surgido como configuraciones

¹² Más que definirse puede ejemplificarse. El paradigma evoca aquel universo de presuposiciones que permite comprender, por ejemplo, por qué en la comunidad jurídica se atribuye valor a un argumento de esta naturaleza: en la sociedad limitada no cabe establecer un sistema de decisión por unanimidad o un sistema de disolución o de separación *ad nutum* porque ello sería contrario a la naturaleza corporativa de la entidad (v., por ej., M. A. DOMÍNGUEZ, «La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos», RdS 1994, p. 85) o al principio de conservación de la empresa (v. F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Valencia, 1996, p. 189). El argumento tiene valor dentro del paradigma. Fuera de él —por ej., en el marco del paradigma contractual— carecería de sentido. La réplica sería de este orden: ¿y qué importa la naturaleza corporativa? (v., en relación a la unanimidad, F. H. EASTERBROOK y D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge-Maas./London, 1991, p. 235). Yes que entre paradigmas no es fácil la comunicación (sobre este problema que en la sociología del conocimiento se denomina «incomensurabilidad», v. KUHN, *Estructura de las revoluciones científicas*, pp. 157 y ss.)

" A. F. CHALMERS, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad. esp. 16ª ed., Madrid, 1994, p. 129.

abiertas -éste es sin duda el caso de nuestra sociedad limitada, nacida al calor de la práctica notarial-, con el paso del tiempo han terminado por convertirse en configuraciones cerradas. Este proceso se conceptualiza como un proceso de institucionalización, es decir, como un proceso de cristalización de figuras que se experimentan en la práctica contractual, se homologan legislativamente, se refuerzan o perfeccionan doctrinal y judicialmente y, al final, acaban normalizándose y normativizándose, es decir, haciéndose vinculantes. El proceso a menudo se percibe por la comunidad jurídica como un proceso natural de evolución presidido por una lógica de condensación o solidificación. Una vez consumado el proceso, cuando las formas están suficientemente maduras y perfiladas, la sociedad deja ya de verse como un espacio de experimentación e innovación dentro del cual se desarrolla la ordenación privada y se convierte, a los ojos de los juristas, en un instrumento de conformación que encarna valores organizativos autónomos. El fenómeno ha sido racionalizado, como es sabido, por las corrientes institucionalistas originariamente nacidas en el campo del derecho público. En el campo del derecho privado más próximo a nuestros días el protagonismo ha correspondido a la Escuela de Tubinga y a las corrientes tipológicas¹⁴. No quiero decir con ello que nuestros tratadistas se reconozcan o proclamen como institucionalistas en el sentido fuerte e iusfilosófico del término o que comulguen explícitamente con el pensamiento tipológico. Simplemente quiero decir que, a ciertos efectos, operan como si lo hiciesen, es decir, que tienen una precomprensión institucional de las sociedades de capitales, y esto es lo verdaderamente importante porque en definitiva es lo que determina la fabricación de la doctrina jurídica¹⁵.

No es necesario ni oportuno detenerse ahora en un análisis de los procesos de descontractualización, desprivatización y desparticularización (estandarización) que están en la base del movimiento institucionalista¹⁶, y menos aún aludir a las doctrinas del interés de la empresa que están detrás del más puro institucionalismo ideológico. El proceso de instituciona-

¹⁴ Para una síntesis suficiente v. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, pp. 254 y ss.

¹⁵ Antes me he referido a la visión de Ripert como máquinas jurídicas predisuestas por el ordenamiento. En el fondo él estaba describiendo un proceso de institucionalización, aunque subrayando su aspecto instrumental y no el «confesional» (v. RIPERT, *Aspéris juridiques du capitalisme*, pp. 109-110).

¹⁶ El lector interesado puede consultar el libro, sin duda alguna la obra más representativa del institucionalismo confeso en el campo del derecho de sociedades, de A. TEICH-MANN, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, München, 1970, pp. 46 y ss.

lización de la limitada es de carácter laico o instrumental". Lo que en este momento interesa destacar es la naturaleza gradual y preferentemente doctrinal del proceso¹⁸, e ilustrar cómo se desenvuelve en la *praxis* de una comunidad jurídica. La experiencia está llena de ejemplos. Uno de los más ilustrativos es, sin duda alguna, el que nos depara la formación del dogma del valor real. Me permitirá por ello el lector que me detenga un momento sobre este episodio doctrinal de nuestra historia más reciente.

Como es sabido, en nuestro derecho de sociedades de capital no ha habido tradicionalmente - leyes de 1951 y 1953- una regla legal expresa dedicada a regular el cálculo del valor de la participación en los casos de salida del socio —sea por exclusión, por separación, por adquisición preferente en casos de transmisión voluntaria o por rescate en los supuestos de transmisión *mortis causa*, de ejecución judicial, etc.—. La doctrina adoptó originariamente una actitud liberal admitiendo todo tipo de pactos (cláusulas de valor teórico contable, valor nominal, etc.), aunque naturalmente pensara que la regla supletoria imponía determinar el valor de la participación del socio saliente de acuerdo con el criterio del «valor real». El proceso de institucionalización se origina cuando se extiende la convicción de que esa solución supletoria condensa una regla de justicia material y termina cuando definitivamente se sanciona el derecho del socio (o de sus causahabientes) a recibir el valor real de su participación. El proceso es muy curioso, pues lo que comienza siendo una simple advertencia frente al peligro de expoliación¹⁹, se va afianzando posteriormente con sospechas cada vez más graves frente a las cláusulas que se desvían de los patrones regularmente observados y acaba racionalizándose mediante la apelación a piezas del sistema de alto valor persuasivo: la interdicción de los pactos leoninos, la protección de los socios frente al peligro de cautiverio, etc., que en rigor no son de directa aplicación al caso²⁰. A partir de ahí, se abstrae el problema de sus circunstancias, se simplifica su tratamiento y, de este modo, se allana el terreno para la consolidación de una reglamentación imperativa. El espaldarazo definitivo del proceso lo pro-

¹⁷ El punto de partida, generalmente aceptado por la doctrina más actual, es que los únicos intereses que hay que componer son los de los socios y los intereses públicos de carácter formal relativos al buen funcionamiento del orden societario.

* N. TÉCIMANN, *Gestaltungsfreiheit*, p. 51.

• V. J. GARRIGUES y R. DRÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., Madrid, 1976; I, p. 591; v. también STS 12-VI-1984.

TM Ha sido crucial en este proceso la influyente obra de M. BROSETA PONT, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, 1.ª ed., 1963, 2.ª ed., Madrid, 1984, pp. 107-114.

porciona la jurisprudencia de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en los últimos diez años ha sido especialmente beligerante con las cláusulas que permiten liquidar por debajo del valor real²¹. El resultado final es, como decimos, la sacralización del derecho del socio a obtener el valor real de su participación, que llegará incluso a recogerse expresamente, sin base legal pero con un apabullante refrendo doctrinal, en el artículo 123.6 RRM de 1989. No es de extrañar por ello que, una vez promulgada la nueva Ley de limitadas, la disciplina que se ocupa de esta materia (arts. 29, 31, 32.2 y 100 LSRL) se interprete generalizadamente en clave imperativa²².

El proceso de institucionalización que ilustra ejemplarmente el caso de las cláusulas de cálculo del valor de la participación se repite en muchos otros contextos. Podríamos reconstruir en términos similares la canonización doctrinal de la prohibición de las cláusulas de unanimidad o de la teoría de la separación y jeraquización de los órganos sociales. Sin embargo, no es necesario a nuestros fines. Nuestra atención ha de concentrarse ahora en la exploración y explicitación de las razones o motivos generales que están debajo de esos variados procesos²³. La cuestión mere-

²¹ Entre tantas, v., por ej., RDGRN 15-XI-1991; 2-XII-1991. Una recopilación completa de las sentencias y resoluciones sobre la materia puede consultarse en L. FERNÁNDEZ DEL POZO y G. HERRERO MORO, *El precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones*, Madrid, 1994, pp. 140 y ss.

²² V., por ej., C. GALÁN LÓPEZ, «Transmisión forzosa y transmisión *monis causa* de las participaciones sociales», RdS (1994), pp. 247-249; A. SF.QUEIRA, «Normas supletorias para la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales» RdS (1994), pp. 206-207; M. GÓMEZ MENDOZA, «Régimen estatutario de la transmisión de participaciones sociales», RdS (1994), p. 187; U. NIETO CAROL, «Régimen jurídico de las participaciones sociales. La transmisión», p. 339; y R. BONARDELL, «Separación y exclusión de socios», p. 827, ambos en R. BONARDELL, J. MEJÍAS y U. NIETO (eds.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994; R. GARCÍA VILLAVARDE, «Exclusión de socios», pp. 1041-1042, y A. AGUILERA RAMOS, «El derecho de separación del socio», pp. 1015-1016, ambos en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, II, Madrid, 1996; J. M. MUÑOZ, PLANAS, «Derecho de adquisición preferente: alcance de la oferta de venta y valor real de las acciones», *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, 1996, III, pp. 2125 y ss.; RDGRN 4-VII-95 (Ar. 5571); etc. En nuestra opinión, sin embargo, esta tesis no resulta admisible según hemos mantenido en un trabajo aún inédito: v. C. PAZ-ARES, *La naturaleza de la regla del valor real en la sociedad de responsabilidad limitada*, UAM 1995.

²³ Teichman, por ejemplo, los clasifica en cuatro partidas: (1) interés público en la existencia de las figuras societarias y la conservación de sus rasgos típicos; (2) la protección de los socios; (3) a la protección del tráfico (es importante observar que este motivo apenas se considera relevante) y (4) la protección de la función de la sociedad (v. TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit*, pp. 96 y ss.).

cería un análisis mucho más profundo del que aquí puede hacerse, que se basa en un reconocimiento meramente intuitivo de nuestra doctrina. En este marco, las razones principales que yo veo detrás de la creciente imperativización y, en definitiva, de la creación de una *expectativa reguladora* del derecho de sociedades, son básicamente tres, y se vinculan a otras tantas preconcepciones o prejuicios, que denominaré, (1) el prejuicio tecno-crático; (2) el prejuicio paternalista, y (3) el prejuicio político, a los cuales también se suma (4) una idea atávica procedente de la «teoría de la concesión».

1. El prejuicio tecnocrático

El prejuicio tecnocrático enlaza de manera muy sugerente con la metáfora de la «máquina jurídica». En virtud de una suerte de «ingenierismo» organizativo tiende a pensarse que el legislador y la doctrina que lo prolonga están en mejores condiciones que los operadores para dotar a las sociedades de reglas eficientes o adecuadas. De ahí la inercia a canonizar como reglas imperativas -como si fuesen los planos de un ingeniero- ciertos aspectos de la organización. El fenómeno se advierte especialmente en los sectores de la regulación de más marcado carácter administrativo o procedimental, tales como el funcionamiento de los órganos o los cauces de reforma estatutaria, que se consideran sujetos a un régimen inexorable y fatal. La libertad contractual ha de ser limitada para asegurar la funcionalidad del orden societario. La palabra clave aquí es «disfunción».

a) Las variables fundamentales que explican la inercia tecnocrática del paradigma institucional son, a mi juicio, la sofisticación, la complejidad y la importancia de la materia regulada. Se considera que las partes típicas son personas inexpertas y con facultades de juicio simples y, a partir de esta premisa, tiende a sustraerse de su ámbito de gobierno las cuestiones que requieren mayor pericia, necesitan mayor cálculo o presentan mayor relieve dentro de la estructura de la organización. Exagerando un poco, cabría formular en este campo tres leyes de la institucionalización. La primera se formularía así: a medida que aumenta la tecnificación de la normativa, aumenta la probabilidad de que la doctrina tienda a estimarla imperativa (el grado de tecnificación de la normativa se asume como indicador del grado de sofisticación de la materia re-

guiada). La Ley que es objeto o sirve de pretexto a nuestra disertación ofrece un ejemplo paradigmático en la regulación del proceso de liquidación, que constituye una pieza dotada de un alto valor técnico -sin duda alguna, la más completa y depurada de las que históricamente ha producido nuestro derecho de sociedades en este sector-, como justamente está siendo reconocido por los observadores domésticos²⁴ e incluso foráneos²⁵. En este caso, nuestra primera ley de la institucionalización se cumpliría a rajatabla, puesto que el proceso de perfeccionamiento legislativo ha ido acompañado —según la interpretación más extendida— de una notable imperativización de la disciplina. Contrariamente a la regla tradicional, que atribuía a los socios autonomía para regular la liquidación (arts. 227 C de C, 32 LRSL 1953), ahora no se reconoce -expresamente al menos- margen u holgura algunos a la libertad contractual. Tan es así que ha podido incluso afirmarse que «tal vez sean las normas relativas a la liquidación unas de las que revisten un carácter imperativo más acusado»²⁶. La segunda ley se formularía de este modo: a medida que aumenta el grado de complejidad de la regulación, aumenta también la probabilidad de que se presuma inderogable (se asume también aquí que existe correspondencia entre la complejidad de la materia regulada y la complejidad de la regulación). Un ejemplo inmejorable nos lo proporciona la disciplina del aumento y reducción del capital, tejida sobre una complicada -y hasta alambicada- combinatoria de cauces, fines y competencias típicas, cuya inamovilidad se acepta igualmente a pies juntillas. La resistencia de la doctrina a admitir cualquier diseño anómalo —el aumento mixto, el capital autorizado, la atribución en los estatutos a terceros de un derecho a capitalizar la deuda (cuando, por ejemplo, la relación entre recursos propios y recursos ajenos experimente una determinada modificación), etc.— es, en efecto, notoria. En la trastienda se oculta sin duda el temor a que cualquier manipulación no autorizada de la maquinaria la haga saltar en pedazos. La tercera ley,

²⁴ V. las referencias que ofrece J. L. SÁNCHEZ-PARODI, «La liquidación», en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, II, Madrid, 1996, pp. 1082-1083.

^B V., por ejemplo, G. COTTINO, «La sociedad de responsabilidad limitada entre norma y realidad», RdS, 3 (1994), p. 147.

^{*} SÁNCHEZ-PARODI, en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, p. 1087. Este juicio es compartido por la generalidad de la doctrina y había sido ya auspiciado por la doctrina anterior (v., por ej., L. GARLÓN, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, vol. 23 de los *Comentarios al Código de Comercio y Legislación especial dirigidos* por M. Albaladejo y M. Motos, Madrid, 1984, p. 360).

exagerando nuevamente un poco, podría formularse en términos similares. Se trataría simplemente de correlacionar la importancia de la materia y la imperatividad de la normativa.

b) Detrás de todo ello se adivina la larga mano de eso que gráficamente se ha llamado el *elitismo jurídico*, un fenómeno fundado en la suposición de que las élites del sistema jurídico, es decir, los legisladores y los tratadistas, tienen más capacidad para evaluar o procesar la información que las mismas partes a las que, como hemos dicho, se las considera inexpertas y sin destreza de juicio²⁷. Huelga precisar que la fuerte inclinación elitista que alimenta el paradigma institucional no está, a mi juicio, al abrigo de algunos reparos. No se trata ya de que sea discutible considerar que la imperatividad es la respuesta correcta a la sofisticación, complejidad e importancia de la materia regulada -personalmente tiendo más bien a pensar lo contrario—²⁸. El error es más primario: está en la inexactitud de las deducciones o inferencias que se hacen a partir de las premisas del planteamiento. Pues, en efecto, aun cuando pudiera aceptarse que las élites están sistemáticamente en mejores condiciones que las propias partes para procesar la información (para hacer las elecciones medios/fines), de ello no se desprendería la conveniencia de imperativizar la normativa. Para llegar a esta conclusión sería preciso demostrar además que esta superioridad técnica de las élites es suficiente para contrarrestar las ventajas que tienen las partes en términos de acceso a la información y en términos de incentivos. Y en este aspecto, que es el crucial, no puede ignorarse que las partes conocen mucho mejor que las élites sus circunstancias y sus preferencias y que, además, en la medida en que internalizan los costes de sus decisiones, tienen muchos

²⁷ El tema de los *elite rule-makers* ha sido desarrollado en relación al derecho de sociedades por R. C. CLARK, «Contraéis, Élités, and Traditions in the Making of Corporate Law», *Colum. L. Rev.* 89 (1989), pp. 1703 y ss., esp. 1718-1726.

^w Cabe observar en este sentido que la *importancia* de la materia regulada es justamente el parámetro más relevante para la autonomía privada, puesto que la regulación de las cuestiones marginales y de detalle no afecta por lo general a los resultados económicos y, a menudo, tampoco es coste-efectiva. Igualmente resulta oportuno recordar que la *complejidad* y *sofisticación* de la realidad sujeta a regulación —paradójicamente y en contra de lo que a primera vista pudiera parecer— reclama reglas muy simples, pues así se minimiza el riesgo de error, se facilita la adaptación, etc. Y el tipo de reglas más simples son precisamente las reglas dispositivas, las reglas -como dice Epstein- que van acompañadas de la cláusula «a no ser que se haya acordado otra cosa» (R. A. EPSTEIN, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge (Mass.)-London, 1995, p. 27; este libro constituye en general un buen revulsivo frente a la creciente tecnificación y «complejización» del derecho).

más motivos para buscar las reglas adecuadas²⁹. Con ello no quiero decir, naturalmente, que las partes sean «ingenieros contractuales» de primera línea; lo que insinúo es que tienen razones para proveerse de los recursos transaccionales que les faltan en el mercado de los expertos³⁰. Por lo demás, en un sistema como el nuestro, en el que se exige forma pública para la contratación de la sociedad limitada, parece que el prejuicio tec-nocrático se halla especialmente poco justificado. El notariado se halla en condiciones inmejorables para cumplir con garantías de éxito los objetivos transaccionales de que estamos hablando. Por su experiencia acumulada, por su pericia jurídica y por su propio papel institucional, el notario puede producir un derecho más sofisticado y más adaptado del que ofrece el legislador o del que, en la esfera laica, están en condiciones de darse las partes. Muchas contingencias pueden ser imprevisibles para las partes o previsibles a muy elevado coste o incluso, aunque fácilmente previsibles, difíciles de formular o reglar. El notario puede proporcionar entonces un servicio impagable teniendo a disposición de los clientes un formulario, producto de una larga trayectoria, compuesto a través de pruebas y errores. El notario es, en este sentido, un centraliza-dor de experiencias jurídicas (ya que por su despacho pasan muchísimas transacciones de corte similar) y, por tanto, un proveedor óptimo de información contractual especializada y de alta calidad³¹.

c) El prejuicio tecnocrático de nuestra doctrina adquiere una connotación especial cuando se traslada a las relaciones con los jueces. El argumento al que se apela esta vez, para justificar una regulación de la limitada de corte corporativo y sobre bases estrictamente imperativas, se basa en la supuesta inidoneidad de nuestro sistema judicial para producir el derecho de sociedades con suficientes garantías. El problema ha sido formulado por Ángel Rojo con su habitual penetración.

«Es evidente -dice el prof. Rojo- que los modelos [de regulación de la limitada] fuertemente personalizados [menos tecnocráticos, diría yo]

²⁹ Es el típico problema, planteado en este campo, que enfrenta a las economías planificadas y las economías descentralizadas (v., recientemente, R. D. COOTER, «Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Mer-chant», *U. Pa. L. Rev.* 144 (1966), pp. 1643 y ss.

³⁰ Y si no lo hacen, no pierden nada, pues siempre pueden aprovecharse del régimen legal supletorio.

³¹ Sobre estas cuestiones he de remitirme ahora a mi estudio del notario como «ingeniero transaccional» (v. C. PAZ-ARES, *El sistema Notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pp. 27yss.).

generan un mayor número de conflictos jurídicos que los modelos de signo contrario. En aquellos ordenamientos jurídicos en que se ha optado por un modelo híbrido o en los que se reconoce un amplio juego a la autonomía de la voluntad para personalizar la sociedad de responsabilidad limitada, los conflictos que se plantean suelen encontrar adecuada solución judicial. En el caso español es muy dudoso que esa potencial conflictividad no fuera altamente perturbadora. Para entender esta afirmación es preciso partir de una constatación: los autores de las Leyes no pueden operar al margen de la realidad del sistema judicial de la nación. Las mejores normas jurídicas pueden fracasar si no se tiene en cuenta la 'dimensión procesal del derecho' y si no se tiene en cuenta la preparación y la disposición de los Jueces y Magistrados [...] En pocos sectores se encuentra una diferencia de calidad tan acusada entre ciencia jurídica y jurisprudencia como la existente en esas materias que convencionalmente agrupamos bajo la expresión de 'Derecho mercantil'. No es de excluir que la muy insatisfactoria situación de la judicatura española [...] haya pesado en los autores de [la Ley] »³².

El argumento, sin embargo, corta por los dos lados, y yo diría que hace más daño del lado del que se esgrime que del lado contra el que se dirige. De entrada, la premisa de la que arranca el argumento ni siquiera está al resguardo de la crítica. Es muy discutible, en efecto, que la imperativización del régimen legal mediante la imposición a las partes de un esquema de organización corporativo -no personalizado- necesariamente haga disminuir la litigiosidad. Mis dudas se basan en una razón evidente, y es que el carácter cerrado o personalizado de la sociedad de responsabilidad limitada no depende del tipo legal, sino del tipo real. Consiguientemente, aunque pudiera aceptarse que las sociedades cerradas generan más conflictividad que las abiertas -lo cual es discutible-, de ello no cabría deducir que la conflictividad vaya a desaparecer o a reducirse si la limitada se somete a un régimen corporativo imperativo. Las sociedades no cambian de naturaleza porque se altere su régimen legal: si eran cerradas, seguirán siéndolo -recuérdese que casi el 90 por 100 de nuestras limitadas tienen tres socios o menos-. Bajo un régimen corporativo imperativo, lo que cabe esperar es más bien lo contrario, es decir, una elevación de la litigiosidad. Habrá una mayor falta de sintonía entre la regulación y las necesidades prácticas, y es sabido que el aumen-

³² A. Rojo, «La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y técnica legislativa» en R. BONARDELL, J. MEJÍAS y U. NIETO (eds.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, pp. 53-54.

to de la litigiosidad está correlacionado positivamente con el desfase entre las expectativas normativas de las partes y las respuestas -las normas- que ofrece el legislador³³. Por lo demás, el fenómeno no es desconocido en nuestra experiencia más próxima. Hablo de la habida estando vigente la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, donde la incoherencia entre el tipo normativo (de diseño claramente corporativo) y el tipo real (cuantitativamente, la gran mayoría de sociedades anónimas eran cerradas) determinó una amplia litigación que se saldó con la corrección jurisprudencial del derecho legal³⁴ y una inevitable presión hacia el reconocimiento a la autonomía privada de un espacio mayor del inicialmente previsto³⁵.

No me cuesta reconocer, sin embargo, que un sistema de derecho dispositivo, comparado con un sistema de derecho imperativo verdaderamente adaptado a las necesidades típicas de las partes, tal vez requiera de un mayor «activismo judicial», y ello porque un régimen de mayor libertad contractual siempre crea nuevas oportunidades para el oportunismo³⁶. Pero esto no debe de ser motivo de inquietud o preocupación. De una parte, porque la intervención notarial previa contie-

³³ La razón de ello es relativamente simple: el derecho inadaptado genera costes de transacción; por tanto, las partes ganarán si logran debilitarlo o removerlo. Las reglas ineficientes serán pues litigadas una y otra vez hasta que se aproximen —vía interpretación y desarrollo judicial del derecho- a las expectativas de las partes. El argumento, según es notorio, ha sido articulado y comprobado en el ámbito del *common law* (v., por todos, P. H. RUBÍN, «Why Is the Common Law Efficient?», *Legal Stud.* 6 (1977), pp. 51 y ss.). Las diferencias existentes entre aquel sistema y el sistema del *civil law* de base legal no impiden, sin embargo, su generalización, como ya sugiriera hace tiempo F. I. MICHELMAN, «Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication», *Legal Stud.* 9 (1980), pp. 431 y ss.; v. también J. BACKHAUS, «Efficient Statute Law», en M. FAURE y R. VAN DER BERGH (eds.), *Essays in Law and Economics*, Antwerpen-Apeldoorn, 1989, pp. 23 y ss. El problema es el mismo que suscita el derecho obsoleto, pues la inadaptación puede ser tanto actual como sobrevenida (v. al respecto, aunque proyectado sobre materias distintas de las que nos interesan, R. LANGEVOORT, «Statutory Obsolescence and the Judicial Process: The Revisionist Role of the Courts in Federal Banking Legislation», *Mich. L. Rev.* 85 (1987), pp. 672 y ss.).

³⁴ «Cuando se trate de sociedades anónimas de capital modesto, las normas legales han de ser aplicadas con mayor flexibilidad y sin sujeción a un criterio automático, sino con *la prudencia que el Derecho requiere*» (STS 20-IV-1960 y RDGRN 4-X-1982).

³⁵ Estos aspectos han sido estudiados y documentados por L. J. CORTÉS, *Funciones de la sociedad anónima: legislación y práctica española*, Zaragoza, 1985, pp. 54-67.

³⁶ Este es el tema del trabajo de J. C. COFFE Jr., «The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role», *Colum. L. Rev.* 89 (1989), pp. 1618 y ss., esp. 1620-1621.

ne la litigiosidad más banal³⁷ y, de otra, porque el nivel óptimo de litigiosidad no es el nivel cero. Desde el punto de vista privado, la litigación es en muchos casos un mecanismo de regulación mejor que la previsión legal o contractual anticipada³⁸; y desde el punto de vista social, a menudo se revela también un fenómeno positivo, pues gracias a ella se produce un bien público —reglas secundarias que completan y adaptan el derecho legal- de inestimable valor para el futuro. La jurisprudencia societaria constituye, en este sentido, un *stock* de conocimiento que proporciona servicios durante muchos años en forma de información acerca de los problemas contractuales y el modo de resolverlos³⁹. Ciertamente, estas conclusiones presuponen una calidad mínima del producto judicial, pero no quedan en entredicho por el hecho de que la capacidad técnica del sistema judicial sea inferior a la del sistema legislativo/doctrinal. En parte, porque el problema, comparativamente hablando, no es real —la calidad de la jurisprudencia está correlacionada con la calidad de las leyes y de la doctrina consolidada en la comunidad jurídica— y, en parte, porque el problema se autorregula —la jurisprudencia de mala calidad tiende a ser abandonada en el proceso de selección dialógica o comunicativa que tiene lugar dentro del sistema jurídico—. Lo que en cualquier caso parece contraindicado es suplir la deficiencia —como se pretende— mediante la consagración imperativa de un modelo corporativo de regulación de

³⁷ Bajo esta perspectiva, podría incluso conjeturarse la posibilidad de que un sistema enteramente desregulado funcionase con tasas brutas de litigiosidad inferiores a las de un sistema regulado. Nuestra propia experiencia histórica parece avalar esta conjetura. De hecho, durante la fase de mayor desarrollo de la limitada —la primera mitad del siglo, a lo largo de la cual el tipo quedó configurado, al amparo del principio de libertad de contratación, en la práctica notarial—, todos los indicios de que disponemos sugieren la existencia de una escasísima conflictividad judicial. Como dijera Taulet, durante esta época «reinó una pac actaviana» facilitada —apostillaba— por la inexistencia de «ninguna mala ley por medio» [*apud* M. ANDRINO, «El nacimiento y desarrollo de la sociedad limitada en España», en Colegios Notariales de España (ed.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1995, p. 25, nt. 30; para más información véase la documentada contribución del mismo autor a este volumen].

³⁸ En particular, esto sucede cuando el coste del pleito, partido por la probabilidad de que se produzca, resulta inferior al coste que ocasionan normas legales ineficientes o al coste en que habría que incurrir para negociar la regla contractual adecuada. En definitiva, de lo que se trata es de valorar comparativamente los mecanismos de regulación *ex ante* y los mecanismos de regulación *ex post*.

•" Sobre estas cuestiones v. S. SHAVELL, «The Level of Litigation: Private versus Social Optimality», *workingpaper*, núm. 6/96, Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, 1996; para un apunte, S. PASTOR, *¡Ah de la justicia!*, Madrid, 1994.

la limitada. El remedio sería indudablemente peor que la enfermedad⁴⁰.

2. El prejuicio paternalista

Otra clave importante para descifrar la lógica del paradigma institucional radica en el prejuicio paternalista, que aparece íntimamente vinculado al anterior. La doctrina tiende también a presuponer que los arreglos de que son capaces las partes no garantizan unas relaciones suficientemente equilibradas, y ello le lleva a desconfiar del viejo principio *volenti non fit iniuria* y a limitar su ámbito de operatividad. En el caso de la sociedad limitada, la inclinación intuitiva que deja traslucir la literatura *standard* no se funda propiamente en razones estructurales, es decir, en la existencia —real o supuesta— de una situación de ventaja social o informacional de unas partes frente a otras: no hay de antemano una «parte débil» de la relación. La inclinación obedece más bien a razones funcionales, reveladoras de un paternalismo más profundo. No es nada fácil definir las con un mínimo de precisión. Mi conjetura es que en el fondo del paradigma se ha formado una precomprensión muy instrumental de las relaciones entre la autonomía personal y el bien personal, en virtud de la cual el ejercicio de la primera sólo se justifica si efectivamente conduce a —o, al menos, se coordina con— la realización del segundo⁴¹. Naturalmente, el bien personal, el bienestar se hace coincidir con ciertas ideas difusas de ponderación de intereses, equilibrio de prestaciones, arreglos equitativos, etc., que en última instancia remiten a un sentimiento intuitivo

⁴⁰ A conclusiones similares han llegado otros comentaristas (v., por ej., F. MARTÍNEZ SANZ, «The Private Company in Spain. A Short Overview» en H. J. DE KLUIVER y W. VAN GERVEN (eds.), *The European Private Company?*, Antwerpen-Apeldoorn, 1995, p. 147; A. BERCOVITZ, «Una visión crítica del Proyecto de ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en BONARDELL, MEJÍAS y NIETO (eds.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, p. 108; etc.). Fuera ya del contexto de la discusión anterior, quiero aclarar que el problema de la calidad de la jurisprudencia no puede infravalorarse; por el contrario, reviste una gran importancia social, pues en el margen determina la sustitución del sistema judicial por otros mecanismos —formulación más detallada de los contratos, técnicas alternativas de decisión de los conflictos, salvaguardias no jurídicas de la integridad de los contratos— cuyos costes privados —y, en ocasiones, también sociales— pueden ser muy superiores a los costes de operación de un sistema judicial *standard*.

⁴¹ V., para una primera aproximación, M. J. TRKULJIC, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge (Mass.)-London, 1993, pp. 147 y ss.

—y, a mi modo de ver, poco elaborado— de la justicia. La palabra clave aquí es «abuso».

a) El resultado de todo ello es la propensión a interpretar en clave imperativa aquellas normas que disciplinan las relaciones asimétricas, es decir, aquellas relaciones en que una parte se encuentra en una relación formal de supeditación respecto de la otra. En todos estos casos se piensa que si una de las partes se despoja en beneficio de otra de los poderes y competencias que le atribuye la ley, está construyendo, aunque sea libre y voluntariamente, una relación desequilibrada y, por tanto, poniendo en riesgo la consecución de su bien personal. Las manifestaciones de este prejuicio paternalista se detectan en tres grandes campos o áreas de regulación. El primero agrupa todas aquellas normas que regulan las relaciones entre socios y administradores. La posición de subordinación en que se encuentran los socios induce a considerar inadmisibles aquellas cláusulas estatutarias que derogan la disciplina positiva con la finalidad de reforzar la posición de los administradores. No es de extrañar por ello que la corriente de opinión mayoritaria haya puesto la proa a los pactos contractuales que rebajan el rigor del régimen de responsabilidad (por ej., las cláusulas que limitan la responsabilidad de los administradores —en el ámbito interno— al dolo y la culpa grave); que reducen el alcance del deber de fidelidad (por ej., las cláusulas que les facultan para aprovechar las oportunidades de negocios corporativas); o que alteran el sistema de separación *ad nutum* (por ej., las cláusulas de blindaje -«paracaídas dorados»-, las cláusulas de administración «privativa» o incluso las cláusulas que condicionan la revocación a la concurrencia de una justa causa)⁴². En este tipo de supuestos el prejuicio paternalista aparece tan imbricado con el prejuicio tecnocrático que tiende a pasar desapercibido. El énfasis no se pone normalmente en la protección de las partes, sino en el debido funcionamiento de la máquina. Así, por ejemplo, cuando los tratadistas rechazan las cláusulas de atrincheramiento de los administradores, más que apelar a las exigencias de tutela de los socios, suelen invocar los principios de estructura-

⁴² No es necesario ofrecer detalle de la doctrina que se orienta en esta dirección. El lector interesado puede consultar dos libros recientes (v. P. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996 y J. O. LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*, Madrid, 1996, esp. pp. 127 y ss.) en los que se ofrecen indicaciones bibliográficas suficientes sobre el estado de la cuestión. En el planteamiento de estas obras se advierte ya un esfuerzo por alejarse del paradigma institucional.

ción del orden corporativo, que quedarían trastornados si se matizase de cualquier forma la supremacía del órgano soberano sobre el órgano administrativo⁴³. En mi opinión, sin embargo, nada de esto significa que estemos fuera de la dimensión paternalista del paradigma; y no ya porque cualquier planteamiento tecnocrático sea reconducible, en última instancia, a actitudes paternalistas, sino porque en los casos considerados las razones que inmediatamente afloran detrás de cualquier consideración de técnica organizativa son de estirpe proteccionista.

El segundo campo en que se hace patente la inercia paternalista del paradigma vigente se localiza en las normas que disciplinan las relaciones entre la mayoría y la minoría. De nuevo, la posición de subordinación en que se encuentra la minoría respecto de la mayoría conduce a proscribir cualquier tipo de arreglos estatutarios que restrinjan los poderes de defensa y control que les confiere la ley: cláusulas de elevación estatutaria de los *quorums* de definición de las minorías, cláusulas de exclusión del derecho a examinar la documentación social «confidencial»; cláusulas de reparto de los costes de la intervención notarial solicitada por la minoría; cláusulas de interpretación restrictiva del interés social⁴⁴; etc. Las consideraciones que se aducen en todos estos casos en defensa de la naturaleza imperativa de la reglamentación legal son muy escasas. Por lo regular no van más allá de una mera apelación a la «necesidad de

⁴³ Ofrece indicaciones completas sobre la inequívoca posición de la doctrina en relación a estas materias E. POLO, *Los administradores de la sociedad anónima*, vol. VI del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* dirigido por R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, 1992, p. 224; el mismo parecer se reproduce en relación a la limitada (salvada la posibilidad que expresamente admite la nueva ley -a cambio de haber suprimido la figura del «administrador estatutario»- de endurecer los *quorums* de destitución hasta el límite de los 2/3 del capital): v., por ej., J. QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», en RODRÍGUEZ/ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, p. 672.

⁴⁴ La cláusula del interés social es obviamente ineliminable, porque su función no es material, sino procedimental: arbitrar un mecanismo para cubrir las lagunas del contrato de sociedad y, concretamente, para determinar las reglas de uso del principio mayoritario (v., por todos, J. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid, 1994, pp. 15 y ss. y, más sintéticamente, C. PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos?*, Madrid, 1996, pp. 136 y ss.). Nada obsta, sin embargo, para que las partes especifiquen de antemano, al tiempo de contratar, algunas de esas reglas, y que lo hagan de modo distinto -más restrictivo, por ejemplo- del que resultaría de aplicar *ex post* la cláusula general. En mi opinión, por ejemplo, cabría pactar en los estatutos de una sociedad filial la sustitución de la impugnación de los acuerdos sociales contrarios al interés de la sociedad (pero acordes al interés del grupo), por un mecanismo de indemnización de los socios externos minoritarios perjudicados.

protección de las minorías» -probablemente la frase más repetida en estos contextos-. El modelo de argumentación es, pues, apodíctico. He aquí un ejemplo extraído de un reciente trabajo, pero ilustrativo del *modus arguendi* general: «En cuanto a la modificación de los derechos legales, en vista de su naturaleza inderogable [que no se razona], así como de la intención del legislador de favorecer la tutela de las minorías [que se deduce por introspección], no parece lícito aumentar el *quorum* previsto. Esta consideración es pacífica en la interpretación de los derechos cualificados del socio»⁴⁵. Esta escasez de justificación es el mejor síntoma de que nos hallamos en el corazón del paradigma. Quienes comparten implícita o explícitamente las mismas presuposiciones no necesitan abundar en razones: «a buen entendedor pocas palabras bastan».

El tercer campo en que se manifiesta el prejuicio paternalista viene dado por la regulación de las relaciones entre el individuo y el grupo. Los contornos que delimitan este último campo de imperatividad son menos nítidos que los anteriores. El núcleo -debilitado a última hora por una importantísima enmienda parlamentaria— reside en los llamados derechos individuales del socio, a los que aludiremos en el apartado siguiente relativo al prejuicio democrático. Queda sin embargo una ancha periferia en la que no resulta difícil detectar y registrar los impulsos proteccionistas de la doctrina establecida. El caso probablemente más ilustrativo nos lo proporciona la inderogabilidad de la regla del valor real en los casos de salida del socio, que antes hemos tomado como muestra o patrón de los procesos doctrinales de institucionalización. En mi opinión, el prejuicio paternalista emerge aquí con singular vigor. La razón que en última instancia ha determinado la sacralización del derecho del socio saliente a obtener el valor real de su participación no se halla, en efecto, en los argumentos dogmáticos aducidos por la doctrina, que no son ejemplo precisamente de solidez y consistencia⁴⁶.

⁴⁵J. JUSTE MENCIA, «Tutela de la minoría», RdS (1994), p. 287.

⁴⁶ Como se recordará estos argumentos son básicamente dos: (1) prohibición de in-transmisibilidad o de separación y (3) carácter leonino de los pactos (v., entre tantos, en la literatura más reciente, M. DE LA CÁMARA, «Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación sobre sociedades anónimas», ASN 4 (1991), p. 290 e I. LOJENDIO OSBORNE, «La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión *Inter-vivos*», en *Estudios en homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, II, Valencia, 1995, p. 2002. Pero ninguno de estos argumentos valen porque no son argumentos discretos, sino de grado. No está dicho, en efecto, que cualquier cláusula de liquidación por debajo del valor real prive de la sustancia de su participación a unos socios

La razón se localiza en estratos más hondos del paradigma, en la pre-comprensión proteccionista del derecho de sociedades de capital. Se intuye que el «bien personal» del socio está en peligro cuando el contrato no le reconoce «lo que le corresponde» y de este modo —configurando la regla del valor real como una exigencia de la justicia: *suum cuique tri-buere*— se legitima la constricción de la autonomía privada. Los argumentos dogmáticos sólo sirven de pretexto para racionalizar una decisión que se ha adoptado de antemano en la esfera de las intuiciones morales. Esta impresión se confirma rastreando las afirmaciones laterales de la argumentación en las que siempre está presente, de una manera u otra, una apelación a la justicia o la equidad. En una sentencia relativamente reciente del Tribunal Supremo leemos, por ejemplo, que «hay que estar *por razón de justicia* al precio real, que es lo que ha de prevalecer y se ha de reembolsar»⁴⁷.

b) Tras esa difusa inclinación paternalista que hemos tratado de traer a la superficie se esconde naturalmente una preocupación por asegurar un orden justo en las relaciones societarias, que todos, como no podía ser menos, compartimos. Ocurre, sin embargo, que la preocupación está a menudo mal orientada. No quiero ahora discutir lo que, a mi modo de ver, constituye un error material de planteamiento (yo veo la justicia contractual como una justicia de equilibrios subjetivos, no objetivos y, por tanto, no me parece fácil desgajarla de la autonomía privada, salvo -claro está— en los casos en que el proceso haya quedado viciado por deficiencias cognitivas o volitivas⁴⁸). El aspecto que en este momento interesa destacar es más procedimental, más de enfoque o de perspectiva. En mi opinión, la tendencia a precomprender los problemas que se suscitan en las relaciones asimétricas en términos de justicia y a ponerles remedio mediante mecanismos imperativos de tutela de los socios tiene su razón de ser fundamental en un modo de contemplar la realidad que es muy característica de nosotros los juristas. Me refiero al modo retrospectivo, a la propensión a pensar más en términos *ex post* que en términos *ex ante*. La educación

en favor de otros (normalmente, además, se aplican por igual a todos los socios), ni que hagan prácticamente inviable la transmisión, o la libre separación en el caso del artículo 30 LSRL. Dependerá de las cláusulas pactadas y de las circunstancias del caso.

⁴⁷ STS 4-VII-1988 (Ar. 5555).

⁴⁸ Para una crítica de la creciente objetivación de la justicia contractual en el ámbito de la sociedad limitada alemana al amparo de ideas regulativas tales como «equilibrio» y «adecuación», v. el magnífico trabajo de W. ZÖLLNER, «Inhaltsfreiheit bei Gesellschafts-verträgen» en *Festschrift WJahre GmbH-Gesetz*, Köln, 1992, pp. 85 y ss., esp. 100-102.

de nuestro juicio, exacerbada en el paradigma institucional propio de las sociedades de capital, nos inclina en efecto a afrontar el estudio del derecho considerando los conflictos como hechos consumados. De este modo, imaginando las reglas como simples mecanismos de resolución de disputas, construimos el derecho mirando al pasado y nos desentendemos o, por lo menos, infravaloramos sus efectos hacia el futuro. El resultado de este modo de proceder se traduce en una elaboración del derecho de sociedades que sacrifica las exigencias de la eficiencia (justicia de derechos) en favor de los sentimientos de equidad (justicia de merecimientos). No es que ese resultado se busque de propósito. Pero hasta cierto punto es una consecuencia inevitable del enfoque retrospectivo. En efecto, si miramos al conflicto y por tanto nos situamos *ex post* respecto de él, la tendencia natural es a resolverlo procurando distribuir equitativamente las pérdidas y ganancias que están en juego. El propio enfoque nos hará pensar en la necesidad de reglas imperativas, porque dentro de él no es fácil captar la racionalidad de una regla que no prevea un reparto equitativo de las pérdidas y ganancias. Los arreglos atípicos nos desconciertan -enseguida nos asalta la duda de la expoliación— y por ello frecuentemente terminamos recurriendo a la idea del abuso. En cambio, si adoptamos el enfoque contrario, si no centramos la atención en el aspecto distributivo -en la forma de dirimir el conflicto-, sino en los incentivos que crea de antemano la regla, nuestro modo de pensar cambia radicalmente. Entonces es cuando estamos en condiciones de comprender que las partes pueden estar interesadas, a la vista de sus peculiares circunstancias, en introducir una cláusula que modifique los incentivos que proporciona la regla *standard a fin* de obtener una mayor ventaja mutua⁴⁹.

Sirva de ilustración, una vez más, el problema del cálculo de la liquidación del socio saliente. Si tomamos como punto de referencia del problema el momento en que el socio se dispone a irse de la sociedad es natural que tendamos a pensar que ha de irse con lo que le pertenece, que es la parte del valor de la empresa correspondiente a su participación alícuota en el capital. Cualquier cláusula que se desvíe de la regla del valor real nos parecerá incomprensible y, en consecuencia, será vista como un atentado contra la justicia. Sin embargo, si pensamos en térmi-

⁴⁹ De esta contraposición entre la perspectiva *ex ante*, propia del pensamiento contractual y de la perspectiva *ex post*, propia del pensamiento jurídico más tradicional me he ocupado con más detalle en un estudio previo: v. C. PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, pp. 2844-2850.

nos prospectivos, probablemente llegaremos al convencimiento de que puede ser justo y razonable establecer otros mecanismos de cálculo aptos para generar *ex ante* los incentivos que, en cada caso, sean precisos para alcanzar ciertos objetivos contractuales o empresariales -v.gr.: promover la estabilidad de empresas cuyos activos son muy específicos; garantizar la disciplina intrasocietaria en una sociedad de profesionales donde la vigilancia del cumplimiento de las prestaciones de servicios por parte de los socios puede ser muy costosa; encauzar ciertas transmisiones intrafamiliares o incluso, simplemente, evitar los costes asociados a la valoración de elementos patrimoniales muy volátiles; etc.-. En una palabra, nos percataremos de que las cláusulas atípicas pueden servir para crear una estructura contractual que eleva el valor de la empresa y, por tanto, mejora la posición de todos y cada uno de los socios⁵¹. Y siendo así, nos veremos obligados a invertir el sentido de nuestras presunciones y a estimar que normalmente el propósito y los efectos de las cláusulas atípicas no son abusivos, sino productivos. A partir de estas premisas, ya no nos resultará fácil descartar por las buenas la posibilidad de limitar ciertos derechos de la minoría o de introducir en los estatutos cláusulas de blindaje de los administradores. En definitiva, aumentará nuestra proclividad a aceptar la libertad contractual. Esta predicción podemos probarla empíricamente analizando las conclusiones a las que llega la literatura cuando razona prospectivamente. En relación al ejemplo últimamente mencionado nos ofrece un testimonio inmejorable un reciente estudio de Javier García de Enterría, del que extraigo el siguiente fragmento:

«En este sentido [...], si las cláusulas de blindaje son analizadas *ex ante*, cuando es la propia sociedad quien se sirve de las mismas para atraer y motivar a aquellos gestores y administradores que más pueden contribuir a la riqueza y al desarrollo de la empresa, y no sólo *ex post*, cuando surge la obligación de abonarlas tras el cese de la relación de administración, se advierte fácilmente que una posible prohibición de estos pactos, lejos de servir ningún interés jurídico digno de atención, puede llegar incluso a perjudicar a las propias sociedades y a perturbar y distorsionar por completo el libre desarrollo de las relaciones de administración al no ser descartable, de confirmarse una doctrina tan rígida y restrictiva, la posibilidad de que numerosos gestores tiendan a rechazar su integración en el órgano de administración ...»⁵¹.

⁵¹ Para una aguda crítica de la falacia que se oculta bajo el *ex post reasoning*, v. O. E. WILUAMSON, *The Mechanisms of Governance*, New York-Oxtbrd, 1996, p. 64.

⁵¹ J. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los pactos de indemnización del administrador cesado», RDM 216 (1995), p. 510.

c) Adicionalmente, me gustaría poner de relieve la perplejidad que suscita la acentuación del prejuicio paternalista en el ámbito de las sociedades de capital y, muy especialmente, en la limitada. No es fácil de comprender, en efecto, esta localización tipológica del temor al abuso y al desequilibrio negocial y de la respuesta imperativizante que le sigue. Pues una cosa es clara: puestos a proteger a alguien, tendría más sentido proteger a los socios colectivos o a los socios de una sociedad civil. Al fin y al cabo éstos arriesgan en la aventura todo su patrimonio y, con él, su propia felicidad y la de sus familias. El agravio comparativo se agranda si tenemos en cuenta además que en la sociedad limitada, sujeta *ad solem-nitatem* a forma pública, la intervención notarial mitiga sustancialmente los riesgos de abuso⁵².

3. El prejuicio político ,

El paradigma institucional se asienta, finalmente, en otro prejuicio que aparece mezclado o solapado con los anteriores -el prejuicio político—. Su alcance operativo es muy escaso, pero está revestido de un alto valor simbólico. La raíz de este tercer prejuicio ha de buscarse en una inexacta traslación de los valores de la *polis* a la vida de los negocios. La imagen persuasiva de la democracia y de los atributos que le son propios -derechos del individuo, participación efectiva en la vida pública, etc.-lleva así, consciente o inconscientemente, a institucionalizar el estatuto de socio como si fuera el estatuto de ciudadano, rodeándolo de «emociones protectoras» que lo preservan de la discusión racional. Tan es así que ha llegado a decirse que «la sociedad de responsabilidad limitada que configura la LSRL de 1995 continúa siendo asimismo, y *como resulta obligado incluso por razones constitucionales*, una sociedad con estructura democrática»⁵³. Nada tiene de extraño por ello que en este contexto se

⁵² De hecho, la exigencia de forma pública en la sociedad limitada —tradicionalmente justificada en función de la facilitación de la prueba y de la seguridad del tráfico—cada vez se vincula más a la conveniencia de asegurar una regulación material adecuada en el ámbito de la autonomía privada (v., por ej., V. EMMERICH en *Scholz GmbH-Gesetz*, I, 8.» ed., Köln, 1993, S 2, 13, pp. 147-148. Sobre las función arbitral del notario y el papel que puede desempeñar en esta clase de situaciones, v. PAZ-ARES, *Sistema Notarial*, pp. 34-35.

" L. A. VKIASCO SAN PKDRO, «Concepto y caracteres de la sociedad de responsabilidad limitada», en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada*, I, pp. 56-57. Soy consciente de que afirmaciones de esta índole son aisladas en la

insista en la naturaleza indisponible del principio de igualdad de trato, al que incluso llega a revestírsele de dignidad constitucional (art. 14 CE)⁵⁴; que se consideren inadmisibles configuraciones contractuales que priven al socio de su participación efectiva en la formación de la voluntad social (v.gr, participaciones sin voto); que se pongan todo tipo de cortapisas al comercio de los votos (v.gr., a la obtención de alguna ventaja patrimonial a cambio votar en una determinada dirección⁵⁵); y, más en general, que se presuponga la naturaleza inalienable, inderogable, insuprimible e irrenunciable de los derechos individuales del socio. La proyección de esta idea en la sociedad limitada se percibe bien en el artículo 5 LSRL, que sacraliza el principio de igualdad de derechos en términos anteriormente desconocidos⁵⁶. Es cierto que el legislador se vio obligado en el último momento —en el trámite de enmiendas— a reconsiderar esa tan drástica solución y tuvo que admitir, por inexcusables imperativos prácticos, la flexibilización del régimen de los derechos. No obstante, como sólo se «acordó» de flexibilizar el régimen de los relativos al voto, dividendo y cuota de liquidación, la inercia de la doctrina persiste, de manera que en el margen residual que queda la opinión *standard* entre los comentaristas de la ley es que los derechos no salvados expresamente (por ejemplo, el de suscripción preferente, el de in-

doctrina, que por lo general no llega a estimar que la estructura democrática de la limitada constituye un imperativo positivo derivado de la constitución. Sin embargo, estas posturas extremas son sintomáticas de las creencias que se han extendido en el paradigma institucional. En la obra ya citada de Teichman, probablemente el máximo exponente del institucionalismo societario, no se afirma ciertamente la procedencia de la «transferencia formal a las sociedades de las reglas democráticas»; sin embargo, se afirma su transferencia material: «La democracia -dice ese autor- no es sólo en su *Ethos* una forma de Estado, que regula los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, sino también una forma de vida para todos los que forman parte de ese Estado»; y por esta razón estima que sus valores no pueden desconocerse en el derecho de sociedades (v. TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit*, p. 114).

⁵⁴ Para una crítica de esta pretensión v. PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II, p. 1327 y, con carácter general, sobre la inexistencia de *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones entre particulares v. J. ALFA-RO, «Autonomía privada y derechos fundamentales», ABC 46 (1992), pp. 57 y ss.

⁵⁵ Ofrece indicaciones doctrinales al respecto -con una posición propia crítica respecto del criterio predominante- A. PÉREZ MORIONES, «El voto en el derecho societario español», RGD 622-623 (1996), pp. 8350 y ss.

⁵⁶ En el derecho previgente la igualdad a que se refería la Ley era una igualdad cuantitativa (valor nominal de las participaciones), no una igualdad cualitativa (o de contenido jurídico de las participaciones): sobre la cuestión remito al trabajo del prof. Aurelio Me-néndez incluido en este volumen.

formación o el de impugnación) no son manipulables en el ámbito de la autonomía privada⁵⁷.

Una vez más me parece necesario advertir que este prejuicio difuso introduce un nuevo velo de distorsión en la imagen de la sociedad de responsabilidad y representa una nueva invitación a producir su derecho en unos términos inadecuados. Conviene recordar al respecto que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada -igual que los accionistas de una anónima- no se hallan gobernados en ningún sentido política o moralmente significativo por las sociedades en las que han hecho sus inversiones y que, por consiguiente, la atractiva bandera de la democracia o de cualquiera de sus atributos no puede enarbolarse en este suelo. De acuerdo con una formulación que ya empleé en una ocasión semejante, los derechos individuales de los socios, el principio de igualdad, la idea de participación, etc., no constituyen una exigencia moral (a la que sólo puede renunciarse en casos excepcionales y frente a compensaciones), sino una mera tecnología transaccional⁵⁸.

4. Una referencia a la *Konzessionstheorie*

A todas estas razones o prejuicios que propician la creciente extensión del modelo de imperatividad de fondo en el ámbito de la sociedad limitada, hay que sumar una idea atávica que está en la retaguardia del paradigma. Me refiero a la *Konzessionstheorie* de la época originaria, que refleja la naturaleza concedida de las sociedades de capital -su erección o constitución era el resultado de una gracia o concesión del soberano—. Bajo la presión de esa idea ancestral, se ha generalizado el pensamiento —quizá sea más exacto decir, el sentimiento—

⁵⁷ V., por ej., en relación al derecho de información, C. ESPÍN GUTIÉRREZ, «La modificación de los estatutos sociales», p. 766; en relación al derecho de preferencia, C. ALONSO LE-DESMA, «Aumento de capital. Derecho de asunción preferente de nuevas participaciones», pp. 814-816, ambos en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, II, Madrid, 1996. A la misma filosofía responde el artículo 184 RRM. Obviamente, este tipo de interpretaciones son formalmente correctas. Lo que yo quiero subrayar es la actitud complaciente de la doctrina y la ausencia de cualquier reacción exe-gética, que trate de imponer una continuidad valorativa a las decisiones del legislador. Personalmente no puedo entender qué racionalidad tiene un sistema que permite alterar el derecho de voto o de dividendo y no el derecho de suscripción preferente (que, por cierto, era el único que la ley anterior expresamente ponía a disposición de la libertad contractual).

⁵⁸ C. PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos?*, Madrid, 1996, pp. 7-8.

de que las sociedades de capital son criaturas privilegiadas que deben su vida al Estado y que, por tanto, éste, en justa contrapartida, tiene la obligación de compensar los privilegios otorgados -básicamente, la personalidad jurídica y la limitación de responsabilidad- estableciendo un régimen imperativo de mínimos que se proyectaría también sobre las relaciones internas⁵⁹. El sistema de disposiciones normativas que ha venido a suceder al sistema de concesión tendría que encargarse de llevar a cabo este cometido nivelador. Hay muchas razones que descalifican este planteamiento y las secuelas que le siguen en el campo de la producción doctrinal, y son tan evidentes que me siento excusado de detallarlas. Aquí he de limitarme a negar la premisa mayor: no hay privilegio alguno en la sociedad limitada. Los llamados «privilegios» de la personalidad y de la limitación de responsabilidad son sólo el producto de un error óptico. Se trata simplemente de formas de contratar con terceros perfectamente reconstruibles en el ámbito de la contratación ordinaria, según he tratado de demostrar en otros estudios a los que ahora he de remitirme⁶⁰.

IV. LOS RASTROS POSITIVOS DEL MODELO DE IMPERATIVIDAD DE FONDO

En la sección anterior quedan reflejadas las presuposiciones materiales más significativas del paradigma institucional⁶¹. Este es el momento de añadir que tales presuposiciones se encuentran en buena medida validadas o revalidadas por la Ley. Bajo esta perspectiva, cabría incluso pensar que el modelo de imperatividad de fondo goza de consagración positiva y que, por tanto, resulta vinculante para el intérprete. El proble-

⁵⁹ Para un penetrante análisis de este prejuicio lejano que, no obstante, aieta severamente a la producción doctrinal desplazando el estudio de las sociedades anónimas y limitadas fuera del ámbito de los «contratos ordinarios», v. H. N. BUTLER y L. E. RIBSTEIN, *The Corporation and the Constitution*, Washington D.C., 1995, 18-22 y 40 y ss.

⁶⁰ El análisis crítico de la concepción de la personificación jurídica y de la limitación de responsabilidad como *privilegios*, y su consideración como cláusulas contractuales ordinarias predispuestas por las partes para organizar sus relaciones externas, lo he llevado a cabo en C. PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II, pp. 1354-1366 (personalidad jurídica) y C. PAZ-ARES, «La infracapitalización de sociedades. Una aproximación contractual», RdS (1994), pp. 253 y ss., esp. 257-259 (limitación de responsabilidad).

⁶¹ La traducción de esas claves en el plano dogmático y metodológico serán precisadas ulteriormente (v. *infra*V).

ma, sin embargo, es mucho más complejo de lo que se deduce de este simple enunciado. Es cierto que el legislador refrenda el modelo. Pero no es propiamente ese refrendo legislativo lo que justifica el modelo, sino que más bien es el modelo *-rectius*, el paradigma doctrinal subyacente- lo que justifica o, por lo menos, explica el posicionamiento del legislador y, lo que es más importante, nuestra propia reconstrucción de lo que denominamos la «voluntad del legislador», una fórmula o composición antropomórfica de la que nos servimos a menudo para dar fuerza normativa a los criterios y visiones que prevalecen en la comunidad de juristas. Esta aclaración es importante para comprender el alcance de los rastros positivos a través de los cuales se produce la «revelación» del paradigma, que es de lo que seguidamente nos ocupamos.

Esos rastros positivos los hallamos ante todo en las normas legales —a decir verdad, no muy numerosas— que abiertamente se declaran imperativas y en cuyo examen naturalmente no voy a entrar. A mí siempre me han parecido especialmente reveladoras, porque no es fácil encontrarles justificación, la prohibición de la libre transmisión de las participaciones (cuando se admite ya sin reparos en las sociedades de personas⁶²), la prohibición de la unanimidad (que es un régimen especialmente adecuado, al menos en relación con las modificaciones estatutarias, para muchas sociedades limitadas⁶³) y la prohibición de emisión de obligaciones (en un momento en que la creciente sofisticación del mercado de capitales permitía albergar la esperanza de que las

⁶² En este punto me permito reenviar a C. PAZ-ARES, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, II, p. 1472; para una discusión más detenida, v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Atipicidad en el derecho de sociedades*, pp. 382-384.

⁶³ Incidentalmente debo señalar que resulta muy paradójico constatar la enorme facilidad que se ofrece para cambiar el contrato por mayoría y la enorme dificultad que se opone para cambiar la ley por unanimidad. Soy consciente de que en ocasiones se justifica precisamente la imperatividad de la ley para evitar las expoliaciones que favorece el principio mayoritario (v. J. CORDÓN, «The Mandatory Structure of Corporate Law», *Colum. L. Rev.* 89 (1989), pp. 1573-1585). Sin embargo, un planteamiento de esta índole resulta claramente objetable, puesto que si el problema está en la modificación del contrato por mayoría, la solución no está en la imperatividad del régimen legal, sino en la reducción del alcance del principio mayoritario y en la previsión de mecanismos de corrección (*quorums* reforzadísimos, derechos de separación, etc.). Y justamente es eso lo que no favorecen nuestra ley y nuestra doctrina, que se muestran contrarias al criterio de la unanimidad y restrictivos en relación a las causas de separación (para una oportuna manifestación crítica a este respecto v. J. M. EIZAGUIRRE, «LA condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et. al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, p. 318).

«pymes» pudiesen acceder a la financiación pública⁶⁴). No obstante, aquí he de fijarme en otros datos positivos de mayor significación desde el punto de nuestro análisis -es decir, desde el punto de vista epistemológico-, que son, según he tenido ya oportunidad de adelantar, (1) los principios configuradores del tipo, (2) la frecuencia de las cláusulas de salvedad y (3) la «atracción fatal» que ha despertado el régimen de las anónimas.

1. Los principios configuradores del tipo

La manifestación positiva probablemente más elocuente de la pre-compresión institucional de la sociedad limitada se halla en ese enigmático límite a la libertad contractual que consagra el artículo 12.3 LSRL: los principios configuradores del tipo. El origen de la fórmula legal es claramente doctrinal o doctrinario⁶⁵. Pese a ello, la doctrina que se aproxima a ellos no es capaz de definirlos con precisión, y no es de extrañar, porque -como sucede con el paradigma del que traen causa- no se dejan definir. Las definiciones que se registran en la literatura son siempre ambiguas, imprecisas, oscuras. El resultado es la creación al amparo de los principios configuradores de un derecho doctrinal caracterizado por una elevada dosis de incertidumbre (según acreditan el gran número de disputas y dudas que suscita su interpretación entre los autores⁶⁶) y de arbitrariedad (que queda también evidenciada empíricamente por la diversidad de contenidos que se le asignan⁶⁷). Nada de esto debe sorprender, pues la ambigüedad, la imprecisión y la oscuridad son propie-

⁶⁴ La doctrina, en general, ha recibido en términos muy críticos esta prohibición: v., por ej., A. J. TAPIA HERMIDA, «La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada» en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, pp. 110-115 e *ibi* otras indicaciones.

⁶⁵ Me parece que la primera formulación general aparece en el manual de Girón: v. J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, pp. 89-91.

⁶⁶ Ofrece una muestra suficientemente ilustrativa de tales cuestiones V. M. GARRIDO DE PALMA, «Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y limitadas», en *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, 1996, II, pp. 1875-1877.

⁶⁷ De hecho, cuando se intentan definir con mayor precisión los principios configuradores, lo único que sale es un catálogo de cosas heterogéneas y de muy distinto valor (v., por ejemplo, el listado de doce principios configuradores recientemente elaborado por VI-CENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, 9.⁴ ed., Valencia, 1996, pp. 188-190 y cotéjese, también, por ejemplo, con el que ofrece J. BOLAS ALFONSO, «La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada», RDP 80 (1996), pp. 121-123).

dades congénitas de las categorías del conocimiento intuitivo y, en esa medida, pertenecen al propio modo de ser —más metafísico que analítico- de los principios configuradores del tipo⁶⁸. Dichos principios se nos presentan así como instrumentos de condensación de las intuiciones del paradigma. En ellos se reflejaría, como ha escrito Girón,

«Una particular configuración de la doctrina de la institución, en la que entra en juego no sólo la estructura combinada y unitaria para la función prevista para cada tipo, sino la concepción de estas organizaciones como cauces dados en interés general. El apartamiento de esos criterios originaría ilicitud»⁶⁹. El objetivo que cumplirían los principios configuradores dentro de este contexto es claro: «frenar la deformación [del tipo] por vía de la libertad de pactos», pues la autonomía privada ha de cesar allí donde se detecta un «fraude al sentido y función de los tipos legales»⁷⁰.

Los principios configuradores del tipo se constituyen así, en última instancia, en instrumento o expediente de preservación del paradigma institucional por parte de los propios miembros de la comunidad jurídica que lo comparten. De lo que se trata es de garantizar «la arquitectura de la sociedad limitada», «la esencialidad propia del tipo», «la institucio-nalización del tipo social»⁷¹; y a tal efecto se invocarán en los lugares y con los fines más variados, bien sea para impedir la previsión contractual de causas de exclusión del socio basadas en situaciones personales⁷², la consagración en los estatutos de la posibilidad de repartir dividendos *in natura*⁷³, la elección de una finalidad social de carácter no lucrativa⁷⁴, la dulcificación del régimen de responsabilidad de los administradores⁷⁵, la

⁶⁸ Sobre la naturaleza intuitiva y no veritativa de la noción de tipo v., por ej., K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. esp. 2.ª ed., Barcelona-Caracas-México, 1980, p. 456.

⁶⁹ GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, p. 89.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 91.

⁷¹ Frases todas ellas de ilustres tratadistas, que se referencian en P. GARRIDO CHAMORRO, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, I, p. 403.

⁷² RDGR 13-1-1984 y FERNÁNDEZ DEL POZO, RDG 596 (1994), p. 5462.

⁷³ Aunque referidas a la anónima, v. al respecto las observaciones de A. SÁNCHEZ DE ANDRÉS, «Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo», RDC; 584 (1993), p. 4717 (se habla de que las cláusulas que autorizan a la junta general a decidir un dividendo en especie presentan «inquietantes perfiles contrarios al tipo social»).

⁷⁴ V. VICENT CHULIÁ, *Introducción*, p. 189.

⁷⁵ DOMÍNGUEZ, RdS (1994), p. 85.

introducción de un sistema de separación *ad nutum* de los socios⁷⁶, las participaciones sin voto⁷⁷, las cláusulas de reforzamiento de la posición de los administradores⁷⁸ o incluso la libre configuración de la estructura financiera de la sociedad o la especificación restrictiva del deber de fidelidad⁷⁹. Y de este modo, los principios configuradores se acaban transformando en una coartada para limitar la versatilidad organizacional de las fuerzas del mercado y evitar que se consoliden los arreglos contractuales que no se acompañan con las ideas y prejuicios doctrinales. La circunstancia agravante es que ese cometido se realiza sin necesidad de especificar o de detallar las razones (los principios configuradores son expedientes para economizar argumentación dentro del paradigma). El resultado es que a través de ellos el sistema pierde consistencia y se hace menos controlable. No podía ser de otra forma. El argumento del tipo, como todos los argumentos de la «esencia», es siempre un argumento críptico (*Kriptoargument*), del que se echa mano para ocultar las verdaderas razones o para rehuir la fundamentación de la decisión⁸⁰. En él encuentran terreno abonado la intuición, el decisionismo e incluso la mera irracionalidad. La única manera de hacerles frente es reestructurando el paradigma.

2. La abundancia de las cláusulas de salvedad

Un segundo elemento que propicia la racionalización en términos imperativos del modelo legal de la limitada viene dado por la abundancia de cláusulas de salvedad («salvo que otra cosa dispongan los estatutos»)⁸¹, que en la lógica del paradigma institucional sirve para construir

⁷⁶ V. F. MARTÍNEZ SANZ, «Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada», RdS 6 (1996), pp. 62 y 66-67.

⁷⁷ V. G. HERRERO MORO, «Estudio del nuevo régimen de los órganos sociales en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», RCDI 632 (1996), p. 48.

⁷⁸ V. QUIJANO en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, 1, p. 672.

⁷⁹ V. VICENT CHUUA, *Introducción*, p. 189

⁸⁰ V. SCHEUERLES, «Das Wesen des Wesens», AcP 163 (1964), p. 429.

⁸¹ El censo completo, salvo error u omisión, comprende 35 casos (v. la relación en J. J. ESCOIANO NAVARRO, «Comentario al art. 13» en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pp. 112-115). A pesar de que pueda parecer muy generoso el número de habilitaciones, lo importante es que la gran mayoría afectan a cuestiones irrelevantes, tales como definir la duración de la sociedad, determinar la impo-

un poderoso argumento *a contrario*. Si el legislador se ha preocupado de avisar con tanto detalle cuándo pueden las partes apartarse del modelo legal, la composición de lugar que se hace el intérprete es la composición de lugar propia del modelo de imperatividad de fondo. El intérprete se socializa así en la expectativa de que la ley hablará cuando quiera dejar un margen a la autonomía privada y, por tanto, no sólo tenderá a reputar prohibido lo que no está permitido, sino también a interpretar restrictivamente lo que está permitido. Y así lo comprobamos examinando la producción doctrinal que suele considerar inviable la reducción de los supuestos de conflictos de intereses que provocan la obligación de abstenerse de votar (a pesar de que la ley permita a la junta general y a los estatutos librar al administrador del deber de no competencia)⁸²; la posibilidad de introducir un derecho de veto a favor de uno o varios socios (a pesar de que la ley ha recontractualizado el principio de proporcionalidad en la asignación de los votos)⁸³; la posibilidad de introducir un sistema proporcional de designación de los administradores (a pesar del acento que se pone en la protección de las minorías)⁸⁴; la posibilidad

sibilidad de designar administradores suplentes, prever un lugar para la celebración de la junta distinto del domicilio social, etc. Cuestiones todas que nadie discutiría seriamente.

⁸² V., por ej., E. HERNÁNDEZ SAINZ, «El deber de abstención en el voto como solución legal ante determinados supuestos de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», RdS 6 (1996), p. 118. A. L. MODREGO IBÁÑEZ, «El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad (análisis del art. 52 de la nueva LSRL)», CDC 19 (1996), p. 83; J. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, «Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada y derecho de voto del socio», en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, pp. 686-687; etc.

*⁸³ La prohibición de los sistemas de veto tiene antecedentes antes de la Ley (v., por ej., RDGRN 11-111-1980; 15-IV-1991; etc.); ahora trata de justificarse apelando a la prohibición de unanimidad (v., por ej., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, p. 27 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, p. 635, ambos en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I; E. GALÁN CORONA, «La junta general» en BONARDELL, MEJÍAS y NIETO (eds.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, p. 514). Desde el punto de vista estrictamente dogmático, la apelación a la prohibición de unanimidad no resulta convincente, puesta ésta una regla más lejana que la relativa al derecho de voto: el veto no comporta la unanimidad; lo único que exige es que vote a favor su titular o beneficiario.

⁸⁴ Niegan esta posibilidad Rojo, en BONARDELL, MEJÍAS y NIETO (eds.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, p. 65, nt. 18.; GÁNDARA, en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada*, I, p. 24; BOLAS, RDP 80 (1996), pp. 138-139; v. también JUSTE MENCÍA, RdS (1994), p. 287; MASSAGUER, RGD 603 (1994), p. 12974; etc. En este punto es de observar que las cosas habían sido bien enfocadas por la jurisprudencia registral que, con buen criterio, llegó a aceptar la viabilidad del sistema proporcional en la limitada (especialmente necesario para controlar los costes de agencia

de establecer mecanismos de separación *ad nutum* (a pesar de que la ley impone esta solución en caso de intransmisibilidad de las participaciones⁸⁵); la posibilidad de emitir participaciones sin voto (a pesar de que la ley permite las participaciones con voto plural)⁸⁶; la posibilidad de introducir cláusulas de liquidación por debajo del valor real (a pesar de que la ley ha desregulado los derechos al dividendo y a la cuota de liquidación)⁸⁷; etc. En todos estos casos, el silencio de la ley se interpreta como un silencio elocuente⁸⁸.

En este contexto en que la libertad contractual se concibe como un poder concedido y vigilado, no causa sorpresa la afirmación general —expresa y tajante— de que «la derogación de la norma sólo es posible allí donde se establece»⁸⁹. El resultado en el que desembocamos es claro: la consagración por vía implícita de un principio de rigor estatutario (*Satzungstrengé*) similar al consagrado explícitamente en Alemania por el § 23.V *Aktiengesetz*, a tenor del cual se entenderá o presumirá que toda la disciplina legal es imperativa, a no ser que específicamente diga lo contrario. No hace falta decir que de esta manera se extiende a la sociedad limitada lo que en Alemania —¡no en España!— rige en relación a la sociedad anónima; que la extensión se hace a falta de cobertura legal expresa; y que la extensión no se compadece con el principio general *pro libertate que* consagra el artículo 1.255 CC, con el principio de libertad de asociación que proclama el artículo 22 CE; y con la opción general del sistema a favor de un modelo social y económico descentralizado⁹⁰. Y

de la mayoría, v. RDGRN 17-111-1995 [Ar. 2665]); pero al final, inopinadamente, el Centro Directivo cambió de criterio y consagró su prohibición expresa en el artículo 191 RRM.

⁸⁵ MARTÍNEZ SANZ, RdS 6 (1966), pp. 66-67.

⁸⁶ V. M. LOBATO, «Sobre las participaciones de voto plural y sobre las participaciones sin voto», *La Ley* 1 (1996), pp. 1782-1786; HERNÁNDEZ SAINZ, RdS 6 (1996), p. 119; BOLAS ALFONSO, RDP 80 (1996), pp. 135-137; y ya antes había sido apuntada por MASSAGUER, RGD 603 (1994), p. 12970; etc.

⁸⁷ Las referencias doctrinales ya se han ofrecido anteriormente (v. *supra* nt. 22).

⁸⁸ He tomado estos ejemplos precisamente porque hacen referencia a combinaciones contractuales especialmente útiles y convenientes en las sociedades cerradas, y así lo pone de relieve el examen de la praxis negocial comparada (v., por todos, F. HODGE O'NEAL y R. B. THOMPSON, *O'Neal's Close Corporations*, 3.^a ed., Deerfiel, New York, Rochester, 1991-1992, chap. 3, p. 88 y chap. 4 (en relación a los sistemas de veto); chap. 3, pp. 89-94 (en relación al sistema proporcional); chap. 3, pp. 32-33 (en relación a las participaciones sin voto); chap. 9 (en relación a los sistemas de separación *ad nutum*); chap. 3, pp. 117-119 (en relación a la eliminación de la relevancia de los conflictos de interés); etc.

⁸⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTIK, RdS (1994), p. 295.

⁹⁰ Llegará un día en que, para evitar esta clase de interpretaciones, tengamos que incluir en las leyes cláusulas reglamentistas similares a ésta que aparece en la *sect.* 1-102 (4)

esto trae a mi memoria un reciente opúsculo de Mertens en el que se ironiza ácidamente sobre el § 23 V *AktG*. Se imagina el profesor alemán a un futuro historiador de la economía haciendo cabalas acerca de la procedencia de la *Aktiengesetz* alemana. Trata de descifrar si es un producto de la BRD (es decir, de la antigua Alemania occidental) o de la DDR (antigua Alemania oriental).

«La razón principal para adscribirla a la DDR -escribe Mertens-será con toda seguridad justamente el § 23 V *AktG*, pues -pensará nuestro historiador—: ¿No regía acaso en la BRD una economía libre de mercado? ¿Cabría acaso pensar que la economía de mercado solamente significa la inexistencia de planificación estatal en el campo de los bienes? ¿No debería ser también libre la planificación de la organización? ¿No existían en aquella época economistas institucionales, distinguidos incluso con el Premio Nobel, que enseñasen que dejando libertad a la innovación y creatividad organizacional se contribuye a la productividad de la nación todavía en mayor medida que mediante la libertad en el campo de la producción de bienes? ¿No había unanimidad (...) acerca de que es la sociedad que permite el mayor número de posibilidades de ensayo la que tiene más capacidad para solucionar los problemas?»⁹¹.

3. *La atracción fatal de la anónima*

El paradigma institucional y el modelo de imperatividad de fondo que se construye sobre él han quedado respaldados también por la Ley de limitadas debido al excesivo paralelismo que guarda su régimen respecto a la sociedad anónima, donde convencionalmente viene admitiéndose que el grado de institucionalización es máximo. No es momento éste de analizar lo que se ha llamado la «tendencia irreprimible» del legislador a someter la limitada a los mismos principios de la anónima⁹².

del *Uniform Commercial Code*. «[t]he presence in certain provisions of this Act of the words 'unless otherwise agreed' or words of similar import does not imply that the effect of other provisions may not be varied by agreement...». Recuérdese que este tipo de normas no son extrañas en el mundo anglosajón, donde cualquier ley comienza con una larga lista de estipulaciones y definiciones, entre las que se incluyen las cosas y los significados más evidentes.

⁹¹ H. J. MERTENS, «Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzern-recht», ZGR 3 (1994), pp. 426 y ss.

⁹² V. A. BERCOVITZ, «Una visión crítica del proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada» en BONARDELL, MEJÍAS y NIETO (eds.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, p. 100.

Se trata de algo que, con diferentes matices, resulta ampliamente compartido por nuestros comentaristas⁹³, y se detecta con la simple lectura de las normas (véase, por ejemplo, la ordenación de la junta general, la delimitación de las causas de separación, la organización de la administración, el régimen de impugnación de acuerdos o el sistema de la reforma estatutaria). Lo que ahora quiero señalar es que esta circunstancia va a favorecer —según de hecho se viene advirtiendo ya— un trasvase doctrinal del acervo de la anónima a la limitada⁹⁴. El riesgo que se corre mediante esta «confusión de patrimonios doctrinales» es la consumación del proceso de institucionalización de la limitada, que siempre ha sido mucho más ligero que el de la anónima⁹⁵. Probablemente hoy en Europa sea nuestra limitada la más institucionalizada, lo cual no es poco decir si simultáneamente tenemos en cuenta que la opinión más generalizada en la doctrina del continente es que la sociedad limitada europea padece «sobrerregulación»⁹⁶.

Resulta curioso comprobar, sin embargo, que el trasvase de la anónima a la limitada tiene lugar a menudo con arreglo a un principio de «discriminación inversa». No hay inconveniente, en efecto, en importar a la limitada algunos trozos sustanciales de la disciplina imperativa. Sin embargo, se oponen reparos a importar —incluso bajo sujeción a un procedimiento de estricta analogía- muchas de las posibilidades

** V., porej., FERNÁNDEZDELAGÁNDARA, RdS (1994), p. 40.

•" Pueden resultar instructivas al respecto las observaciones de Vicent Chuliá sobre la analogía -de ida y vuelta- entre la LSA y la LSRL [v. F. VICENT CHULIÁ, «Norma aplicable, analogía, fraude de ley *and all that* en el derecho de sociedades», RGD 615 (1995), pp. 13523-13539].

⁹⁵ No hay que excluir que la «confusión de patrimonios doctrinales» a que aludo en el texto tenga que ver con el creciente abandono del estudio de las sociedades de personas (que debería ser el laboratorio de la limitada) y la tendencia, cada vez más marcada, a utilizar el derecho de las sociedades anónimas —que es el que conocemos y con el que a diario trabajamos— como «derecho común» de las sociedades.

"" A este respecto remito al interesantísimo libro de H. J. DE KLUIVCR y W. VAN GERVEN (eds.), *The European Private Company?*, Antwerpen, 1995, que contiene una aproximación general a la limitada en los diversos países europeos. Las conclusiones de los autores son en general críticas con el grado de imperatividad de las normativas nacionales, aun cuando, repito, en pocos estados miembros se ha llegado al extremo español (v. la síntesis en H. J. DE KLUIVER, «Europe and the Private Company. An Introduction», *ibid.*, pp. 33-34). Del otro lado del Atlántico, la limitada europea se ve «associate with the regulatory model of the Corporation and the concession theory of corporate law» (W. J. CARNEY, «Limited Liability Companies: Origins and Antecedents», *Col. L. Rev.* 66 (1995), p. 867). De ahí que se haya optado a la hora de construir el tipo y la regulación de la LLC por el modelo de la sociedad colectiva y el principio de dispositividad de la disciplina.

de diseño contractual que brinda la anónima. Constatamos así la oposición de la doctrina, al amparo sin duda del principio de *Satzungss-treng* que imaginábamos en el apartado anterior, a reconocer en la sociedad limitada la posibilidad de prever «ventajas del fundador»⁹⁷, de limitar el número máximo de votos que puede ejercitar un socio⁹⁸, de configurar un sistema de representación proporcional⁹⁹, de arbitrar mecanismos de cooptación para suplir provisionalmente los administradores cesantes¹⁰⁰, de asumir estatariamente el sistema del «capital autorizado»¹⁰¹, de regular con *quorums* rebajados la segunda convocatoria¹⁰²; etc. Es probable que estas actitudes pretendan justificarse apelando a la existencia de otros cauces de solución del problema (por ejemplo, administradores suplentes en el caso de la cooptación) o al carácter cerrado de la limitada (por ejemplo, en relación a la segunda convocatoria). Pero los argumentos que puedan aducirse en ese plano son incompletos (en la mayoría de los casos no hay vías alternativas equivalentes ni estamos ante especificidades de las sociedades abiertas) y, sobre todo, son inconsistentes. La condición de cerrada de una sociedad no es una cuestión discreta y unidimensional, sino de grado y multidimensional. Es perfectamente posible, por tanto, que una sociedad sea cerrada y, al propio tiempo, que exija sistemas de doble convocatoria o de capital autorizado. Todo dependerá del grado de clausura que posea y de las dimensiones en que ésta sea contractualmente relevante¹⁰³. E incluso diría más: el carácter cerrado de la sociedad debe ser protegido -cosa que no siempre hace el legislador¹⁰⁴-, pero nunca impuesto.

⁹⁷V., por ej., BOLAS, RDP 80 (1996), p. 138. ⁹⁸*Ibid.*, p. 134.

⁹⁹V. referencias *supra* nt. 84.

¹⁰⁰V. Rojo en BONARDELL, MEJÍAS y NIETO (eds.), *La reforma de la soáedad de responsabilidad limitada*, p. 65, nt. 18. La prohibición se halla ahora sancionada por el artículo 191 RRM.

¹⁰¹V. C. ALONSO LEDESMA, «Aumento del capital. Derecho de asunción preferente de nuevas participaciones», en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, II, pp. 797-798.

¹⁰²V. BoiÁS, RDP 80 (1996), p. 132 y, más matizadamente, RODRÍGUEZ ARTIGAS, en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et al.* (eds.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, pp. 607-608.

¹⁰³Sobre este aspecto parecen especialmente oportunas las observaciones de W. A. KLEIN y J.C. COFFE, *Business Organization and Finance. Legal and Economic Principles*, 4.^a ed., WestBury, New York, 1990, pp. 100-101 («The Deceptiveness of Dichotomies»).

¹⁰⁴M Son significativas a este respecto las regulaciones relativas a la exclusión del derecho de preferencia (mediante la cual —como ha señalado Rojo—, puede arruinarse el siste-

Ante todo lo cual no debe sorprender que, en términos generales, los destinatarios más directos hayan recibido la Ley con una actitud de recelo e incluso de franca hostilidad. Ellos no aprecian la indudable calidad técnica que posee. Lo que les preocupa es que no está pensada para sus necesidades. En términos acaso excesivamente exagerados, y digo esto porque estoy convencido de que gran parte de los males podrían remediarse si cambiase el paradigma doctrinal dentro del cual se «comprende» la ley y se «hace» el derecho de la limitada, el Informe de la Comisión para la Reforma del Ordenamiento Económico ha abogado por la promulgación de una segunda Ley de limitadas que se acerque al modelo de las sociedades de personas y dé rienda suelta a la libertad contractual. He aquí los fragmentos más importantes de sus conclusiones:

«Una primera aproximación a la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nos lleva a la conclusión de que es un calco de la Ley de Sociedades Anónimas y, por tanto, no parece que sea el instrumento más apto para la pequeña y mediana empresa». Señala a continuación que (a) entorpece el funcionamiento de las sociedades; (b) eleva el coste de su financiación externa y (c) no resuelve los problemas de la legislación anterior; y concluye «En definitiva, la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada convierte a ésta en una sociedad Anónima un poco más flexible, y no soluciona la cuestión de un tipo adecuado para las «pymes», que era el tipo de empresa al que iba dirigido. Ello determina que se haya estudiado por la Secretaría de la Comisión, la viabilidad de un tipo societario nuevo, con limitación de responsabilidad, ágil y flexible, dirigido a la pequeña empresa»¹¹¹⁵.

V. CONSIDERACIÓN FINAL: DE VUELTA AL CONTRATO

Al concluir estas páginas advierto, como había previsto, que la imagen que en ellas se ofrece de nuestra doctrina societaria y de nuestra flamante legislación de limitadas es muy pobre desde el punto de vista téc-

ma de restricciones a la libre transmisibilidad) y a la autocartera (mediante la cual se impide una alternativa poco costosa a la iliquidez y los costes contractuales que provoca por quien prácticamente es el único *market maker*: la sociedad). No obstante, de estas cuestiones tendremos ocasión de ocuparnos más adelante.

¹¹¹⁵ Informe de la Comisión Especial Ordenamiento Jurídico Económico creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de enero de 1995 y constituida por Resolución del Ministerio de Presidencia de 6 de noviembre de 1995 («BOE» 268 (9-XI-95), p. 32578), Madrid, julio de 1996, pp. 5-6.

nico-jurídico (no refleja su elevada calidad dogmática) y está notablemente distorsionada desde el punto de vista político-jurídico (no pondera suficientemente los innumerables matices que rebajan sus pretensiones imperativas). Estoy seguro, sin embargo, de que el lector sabrá descontar las exageraciones y simplificaciones en que he incurrido. En mi descargo he de decir que el objetivo buscado no era ofrecer una radiografía exacta de la situación, sino el más modesto de reconocer las grandes líneas de tendencia que han marcado su evolución actual. Hecha esta aclaración, que era debida, me gustaría añadir todavía una reflexión sobre el origen del estado doctrinal al que hemos llegado y sobre el horizonte que le espera. Lo que yo veo es: (1) que en la raíz del enfoque institucional hay una insuficiente consideración de la naturaleza económica del fenómeno societario; (2) que este *déficit* puede ser convenientemente subsanado articulando un enfoque contractual; y (3) que en el centro del nuevo enfoque -del nuevo paradigma y, en definitiva, del nuevo modo de entender y hacer el derecho de sociedades— vuelve a situarse la autonomía privada.

1. Abuso, disfundón y efiáencia: el surgimiento del paradigma contractual

Obviamente, la razón que en último término explica la consolidación de la comprensión institucional de la sociedad limitada y del principio de imperatividad de fondo que le es inherente, se funda en la convicción de que la alteración del modelo organizativo que ha cristalizado en el proceso de institucionalización del tipo social tiene consecuencias socialmente perturbadoras. En efecto, cuando observamos una combinación atípica o rara —una cláusula de liquidación por debajo del valor real, un dispositivo de blindaje de los administradores, un derecho de separación *ad nutum* o una cláusula de unanimidad-, el primer pensamiento que nos viene a la cabeza es que nos hallamos o bien ante cláusulas materialmente abusivas (que ponen en cuestión el equilibrio de las relaciones entre los interesados) o bien ante cláusulas técnicamente defectuosas (que ponen en cuestión el buen orden o la funcionalidad del sistema societario). Normalmente no pensamos en términos de eficiencia. Algo de esto ha ocurrido también en el pensamiento económico tradicional. Williamson recuerda que la economía neoclásica ha tendido igualmente a considerar que las formas organizativas no *standard* -es decir, las que se alejan de los patrones convencionales- resultan también socialmente perturbadoras. Lo que

se sospecha es que las combinaciones atípicas (v.gr.: acuerdos verticales de fijación de precios, medidas anti-opa, etc.) tienen propósitos y efectos mo-nopolísticos¹⁰⁶. En una página que ha llegado a ser célebre, el reciente Premio Nobel de Economía Ronald Coase ironizaba ácidamente sobre esta forma de pensar de sus colegas.

«Si un economista encuentra algo -una práctica empresarial de un tipo u otro- que no comprende, busca entonces una explicación relacionada con el monopolio. Y como somos bastante ignorantes en este campo, el número de prácticas incomprensibles tiende a ser considerable, y el recurso a una explicación de este tipo es frecuente (...) Normalmente no se investiga si en realidad se trata de un caso en el que la práctica en cuestión es un elemento necesario para alcanzar una situación de competencia. Si se hiciera, creo que desaparecería una gran cantidad del supuesto monopolio, y se comprobaría que las situaciones de competencia son más comunes de lo que se piensa»¹⁰⁷.

A mi modo de ver, estas creencias -la creencia de los economistas en el monopolio y la creencia de los juristas en el abuso o la disfunción- conducen por lo regular a resultados bastante decepcionantes. En uno y otro caso, la culpa la tiene un entendimiento demasiado corto de cómo opera una economía descentralizada. Los mecanismos de la competencia acostumbra a proyectarse sólo sobre el sistema de precios, y no se percibe que sus efectos racionalizadores se extienden también al entero sistema de los contratos y de las instituciones¹⁰⁸. Es justamente esta circunstancia la responsable de que tradicionalmente no haya llegado a comprenderse de manera adecuada: (a) que la estructura de los contratos -el llamado «factor organizacional»- afecta de manera radical a los rendimientos económicos; (b) que la estructura de los contratos es una respuesta al problema ubicuo de los costes de transacción; y, en consecuencia, (c) que las variaciones en las estructuras de los contratos dependen de las variaciones en los costes de

¹⁰⁶ O. E. WILLIAMSON, *Las instituciones de la economía capitalista*, trad. esp., México, 1989, pp. 35-36.

¹⁰⁷ R. H. COASE, «Organización industrial: Una propuesta de investigación» dentro de su libro *La empresa, el mercado y la ley*, trad. esp., Madrid, 1994, pp. 58-59.

¹⁰⁸ Para una lúcida exposición de este punto de vista, v. H. DEMSETZ, *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, trad. esp. Madrid, 1986, pp. 29 y ss.; y más recientemente, «The Intensity and Dimensionality of Competition» dentro de su libro *The Economics of the Business Firm. Seven Critical Commentaries*, Cambridge, 1995, pp. 137 y ss.

transacción que afrontan los operadores para maximizar los resultados. En definitiva, no se comprende que el propósito y el efecto fundamental de las prácticas y arreglos contractuales no *standard* es la economización en costes de transacción. No es cosa ahora de analizar con detalle estas tres importantísimas proposiciones, cuyo reconocimiento y comprobación han propiciado la emergencia de un nuevo paradigma que pugna por hacerse su sitio en el panorama científico de nuestros días¹⁰⁹. En este momento he de limitarme simplemente a señalar que la clave de ese nuevo paradigma —el paradigma contractual, elaborado a partir del extraordinario avance que ha registrado en las últimas décadas la teoría económica de la empresa y de la contratación- estriba en la descomposición de lo que tradicionalmente se considera un engranaje perfectamente trabado por el legislador —una «máquina jurídica», en el lenguaje de Ripert, una «institución», en el sentido iusfilosófico del término- en múltiples series de relaciones, que se moldean y ajustan en cada caso en función de los diversos mecanismos de gobierno —fuerzas de mercado, diseño de incentivos, vínculos personales, etc.- que forman parte del sistema de la ordenación privada.

2. Otro modo de entender y de hacer el derecho de sociedades

Dentro de este marco contractual -las sociedades se conceptúan simplemente como nexos de contratos implícitos y explícitos- surge, como era de esperar, un modo de entender y de hacer el derecho de sociedades sustancialmente distinto del que hemos procurado describir en este trabajo. Tampoco es éste el lugar oportuno para desarrollar analíticamente su contenido, por lo que nuevamente me ceñiré a señalar, por referencia a aquellas tres preguntas básicas que formulábamos al comienzo de la sección quinta, que dentro del nuevo paradigma: (a) tiende a atribuirse al derecho de sociedades una función simplemente facilitadora, y no directiva; su cometido -como el del derecho general de las obligaciones— no es dictar el contrato, sino suplementario. El orden legal no se conceptúa por tanto como un instrumento de conformación del contrato de sociedad, sino como una *mera fuente de integración* de las previ-

"" El tema, no exento de complejidad, lo desarrollo con cierto detenimiento en el trabajo que remitiré a los *Estudios en homenaje a Justino F. Duque*, actualmente en prepara-

siones de las partes, en el sentido precisamente del artículo 1.258 CC. (b) Consecuentemente con estas premisas, el criterio de producción del derecho de sociedades no se hace coincidir con la «voluntad del legislador», entendida la expresión como fórmula en la que se abrevia o condensa un orden valorativo autónomo, sino con la *voluntad de las partes*. La guía de la interpretación y de la integración del derecho vendrá dada por la reconstrucción de los arreglos que real o supuestamente cabe imputar a los interesados¹¹⁰, (c) Finalmente, dado que propiamente no se trata de escudriñar una supuesta voluntad o racionalidad legal independiente o soberana, sino la voluntad hipotética de las partes, el instrumentarlo de que ha de echar mano el jurista ya no será, al menos de forma exclusiva, el consabido de la dogmática positivista, sino también *el disponible en las áenás sodales* -especialmente, en la teoría económica-para analizar las preferencias, las necesidades, las estrategias, los incentivos, etc., de los contratantes. Resultará así un derecho de sociedades dotado de creciente interdisciplinarietà en sus contenidos y en sus métodos.

3. La autonomía privada y la reconstrucción del derecho de sociedades

Y, en fin, considerando que dentro de este nuevo contexto se asigna al derecho de sociedades y a la doctrina que lo elabora un papel meramente supletorio, no será difícil comprender que el papel central en la configuración de la sociedad -de la sociedad de responsabilidad limitada o de cualquier otra- se hace recaer sobre la autonomía privada; sobre una autonomía privada que adquiere una significación muy extensa, pues no se concibe sólo como *competencia procesal* para crear nuevas reglas, sino también como *criterio material* para interpretar e integrar las preexistentes. El principio de autonomía privada se configura así con un doble alcance: atribuye a la *voluntad de las partes* poderes normativos

¹¹⁰ Obviamente, todo es una manera de hablar. No es que dentro del paradigma contractual se desprecie la voluntad del legislador, simplemente se considera -como siempre se ha considerado en el derecho tradicional de la contratación- que coincide con la voluntad hipotética de las partes. Cuando haya posibilidad de atender a la voluntad real, ya no estaremos propiamente en el campo de la integración mediante el recurso al derecho legal, sino en el campo de la interpretación integradora basada en los datos que suministra el contrato y, muy especialmente, el tipo empírico de sociedad (sobre la diferencia entre la integración y la interpretación integradora v., por todos, J. ALFARO, *Condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 361 y ss. y 374 y ss.).

para elaborar el derecho desde dentro (por los contratantes) y erige a esa misma *voluntad de las partes*, sea real o presunta, en criterio directriz de la elaboración del derecho desde fuera (por los legisladores, los jueces, los autores, etc.)- No hace falta decir que una hipótesis de esta naturaleza entraña todo un programa de reconstrucción del derecho de las sociedades de capital: (a) desde el punto de vista de los fines, supone que el derecho de sociedades tiene como objetivo básico la maximización de los objetivos de las partes (eficiencia); (b) desde el punto de vista de su contenido, que ha de formularse por el legislador e interpretarse y extenderse por los intérpretes tratando de reflejar o reproducir las expectativas normativas de las partes (voluntad hipotética); (c) desde el punto de vista de su naturaleza, que ha de ser básicamente contingente (dispositivo); y (d) desde el punto de vista de sus pretensiones, que ha de ser moderado, es decir, consciente de que su fuerza de gobierno es intercambiable con otros mecanismos disciplinares provistos por el mercado («ordenación privada»).