

II JORNADAS SOBRE DERECHO SOCIETARIO

AGRUPACIÓN DE ABOGADOS JÓVENES DE ZARAGOZA

TRUCOS Y TRAMPAS DE LA SOCIEDAD LIMITADA

1. ¿Por qué «trucos y trampas»?.

2. **Cuestiones previas:**

i) Efectos de la Reforma societaria de 1989 en la Ley de Sociedades Limitadas de 1953:

- Reforma «por remisión» a la nueva Ley de Sociedades Anónimas («LSA»).
- La pérdida de identidad de la sociedad limitada («S.L.»).
- La configuración de la S.L. como la «hermana pequeña» de la sociedad anónima («S.A.»).

ii) Consecuencia prácticas de la Reforma de 1989 en los años posteriores.

- La generalización de las transformaciones de S.A. en S.L.
- Clara tendencia a la constitución de S.L. en detrimento de las S.A.

3. **La promulgación y entrada en vigor de la Ley 2/95 de Sociedades de Responsabilidad Limitada** («LSRL»).

i) La nueva «filosofía» de la S.L. en la LSRL. La importancia de la Exposición de Motivos para «entender» la nueva Ley.

ii) El «Manifiesto» del Legislador del 95.

- La LSRL como norma completa que ofrece un «régimen jurídico suficiente y preciso», hasta el punto de que «exime de introducir en la Ley la previsión del derecho supletorio aplicable, (...) cuya inutilidad e insuficiencia habían sido reiteradamente denunciadas (...)».

GAY CANO

Abogados

- La «ruptura» definitiva de relaciones entre la S.L. y la S.A.. «*ni esta Ley (LSA), ni cualquier otro mercantil especial, tiene el carácter de derecho supletorio*». ¿Derecho de fuentes en Derecho Mercantil, ex arts. 2 y 50 Ccom?

iii) La LSRL como norma marco que ofrece un amplísimo **margen a la autonomía de la voluntad para configurar el contrato social (Estatutos)**.

iv) La definitiva dicotomía:

- LSA derecho imperativo/ S.A. rigidez y formalismo.
- LSRL derecho dispositivo/ S.L. flexibilidad y antiformalismo.

v) La «realidad» en la práctica, tanto en el proceso de adaptación de Estatutos después de la entrada en vigor de la nueva Ley, como en la constitución de nuevas S.L.

La peligrosa generalización de los **ESTATUTOS-TIPO** que reproducen la LSRL.

4. **El gran truco o trampa de la S.L. La posibilidad de crear unos Estatutos «a medida» de las concretas y personalísimas circunstancias y características, presentes y futuras, de los socios.** (Art. 10.3 LSRL).

Desde el «cierre» al total «hermetismo» de la sociedad.

4.1. **Trucos y trampas en materia de transmisión de participaciones.**

La posible exigencia en Estatutos de cualidades, circunstancias y características personales, subjetivas y/u objetivas, cuya pérdida determina **la obligación de abandonar la sociedad**. Alternativas legales.

- Art. 188.3 RRM: Supuestos de **venta obligatoria de participaciones**, siempre que se regule en los Estatutos. (Claro supuesto de extralimitación del RRM).

GAY CANO

Abogados

Algunos casos concretos: Socios-empleados, constitución de una S.L. por varias empresas como centrales de compras o servicios, sociedades de profesionales, etc.

- Arts. 98 y ss. LSRL. **Causas de expulsión de socios.** (Ver punto 4.12 siguiente).
- ¿Limites a estos pactos estatutarios?: Art. 30 LSRL (art. 188 RRM), art. 1255 CC y Constitución Española, (derechos fundamentales).

4.2. Cláusulas sobre restricciones a la libre transmisión de las participaciones (arts. 29 y 30 LSRL y 188 RRM).

- La nulidad de las Cláusulas que hagan «*prácticamente libre la transmisión*» (art. 30.1 LSRL).
- Supuestos legales de libre transmisión (art. 29.1 LSRL) y, posibilidad y conveniencia de su modificación en Estatutos.
- ¿Posibilidad de definir «*grupo de sociedades*» de forma distinta a lo dispuesto en el art. 42 CCom?.
- La «trampa» del art. 29.1 LSRL al referirse a la libre transmisión a favor de sociedades del mismo Grupo que «LA» transmitente. Sólo cubre transmisiones entre personas jurídicas, no de un socio persona física a una sociedad a él vinculada o controlada, incluso, al 100%. Ineficacia de la transmisión (art. 34 LSRL).
- La conveniencia de excluir la aplicación del régimen legal de autorización de la Junta previsto en el art. 29 LSRL (Supuesto previsto en el art. 52 LSRL como de conflicto de intereses).
- La posible «trampa» legal de reconocer derecho de adquisición preferente sólo a los socios concurrentes a la Junta en el sistema legal (art. 29.2 c) LSRL). El grave peligro de pérdida de cuota de participación por no asistir a la Junta, ¿cualquiera que sea la causa, incluso por caso fortuito o fuerza mayor?. Opinión personal.
- La «incomprensible» obligatoriedad de garantía bancaria en el caso de pacto de pago aplazado del precio de las participaciones (art. 29.2 d) LSRL).

GAY CANO
Abogados

- La posible «utilización» por el socio vendedor como medida de presión.

4.3. Posibilidad de **prohibir totalmente la transmisión** de participaciones (art. 30 LSRL).

- Voluntarias e *inter vivos* sin límite temporal, pero sólo si se reconoce el derecho de libre separación «sin causa» (la trampa de los arts. 95 y s. LSRL y, en especial, de los arts. 100 y 101 sobre valoración y reembolso. Ver punto 4.12). Exigencia de unanimidad para introducir estas cláusulas.
- Prohibición de transmisiones voluntarias *inter vivos* y del derecho de separación durante cinco años, sin otros requisitos. ¿Unanimidad?

El posible efecto de «cierre» de la sociedad.

4.3. La posibilidad de introducir pactos estatutarios que den derecho de **tanteo y retracto preferente a «algunos» socios, a la propia sociedad y también a terceros**, (¿incluso con preferencia a los socios?), siempre que se detalle en los Estatutos en qué supuestos operan, condiciones y plazo. (Art. 188 RRM).

La indudable ventaja de estas fórmulas en determinadas estructuras societarias para mantener el equilibrio societario. (Sociedades 50%/50% ó con grupos familiares o colectivos distintos, por ejemplo, socios trabajadores/socios inversionistas).

4.4. **Transmisiones especiales.**

- i) Regulación especial de las **transmisiones forzosas** (art. 31 LSRL) con suspensión del remate. Posibilidad adicional de pactar derechos de adquisición preferente. (Diferencias con el régimen de embargo de acciones de una S.A., arts. 63, 64 y 73 LSA).
- ii) **Transmisiones *mortis causa***: Previsión específica en el art. 32 LSRL como posible pacto estatutario que otorgue un derecho de adquisición preferente frente a los herederos o legatarios, con pago al contado y valoración conforme al art. 100 LSRL. Su conveniencia en sociedades muy personalistas.

4.5. **La total prohibición de autocartera en la S.L.**, incluso transitoria, y la consiguiente obligación legal de proceder a la inmediata amortización de las participaciones que adquiriera la propia sociedad (art. 40.2 LSRL).

La necesidad de valorar esta cuestión ante cualquier transmisión en la que la propia S.L. adquiriera las participaciones, en especial, si su cifra de capital es baja. La posible situación de disolución sobrevenida por quedar la sociedad por debajo de capital mínimo legal. (Art. 104 LSRL).

4.6. **Participaciones especiales.**

i) **Prestaciones accesorias.** (Arts. 22 y ss. LSRL y 187 RRM).

- Su utilización para «personalizar» al máximo la sociedad.
- La necesidad de ponderar los riesgos de su introducción. Inmovilización de la participación.
- Su utilización como vía canalizar una de retribución adicional.

ii) **Participaciones «desiguales» en derechos políticos, económicos o de otro tipo «indicando el contenido de los derechos atribuidos».** (Arts. 53 LSRL y art. 184 RRM).

- Personalización de la aportación de cada socio, mediante la concesión de derechos distintos.

4.7. **Apoyo financiero de la S.L. a sus socios**

i) **Para adquirir participaciones.** La trampa de la prohibición total de que la S.L. anticipe fondos, conceda créditos o préstamos, garantice o preste asistencia financiera para adquirir sus propias participaciones o de sociedades de su grupo (art. 40.5 LSRL).

¿Razones para la supresión de la asistencia financiera a empleados de la sociedad (art. 81 LSA)?.

GAY CANO
Abogados

- ii) **Con otras finalidades:** Art. 10 LSRL. Acuerdo especial de la Junta caso por caso. (Aplicación del art. 52 LSRL. Ver punto 4.8. I) siguiente).

4.8. Trucos y trampas en la Junta General de Socios.

- A) La posibilidad de ampliar en los Estatutos **las materias competencia de la Junta** ex art. 44.1 h) LSRL, (ventas de bienes o activos especialmente importantes para la sociedad, operaciones de gran envergadura o riesgo para la sociedad).

La importancia de esta medida como medio de control de la actuación del órgano de administración. ¿Límite?. La desnaturalización o vaciamiento de contenido del órgano de gestión. Posible efectos en el régimen de responsabilidad de Administradores.

- B) La posible exclusión de la **facultad legal de la Junta de «impartir instrucciones»** al órgano de administración. Su conveniencia en algunos supuestos. (Art. 44.2 LSRL).

- C) La libre elección del **sistema de convocatoria** según la estructura de la sociedad.

La posibilidad de cualquier medio escrito que «asegure la recepción del anuncio», (no necesariamente notificación notarial, también burofax. Art. 46 LSRL).

- D) Desaparición de la distinción entre Junta Ordinaria y Extraordinaria (art. 43 y ss. LSRL).

- E) Art. 45.4 LSRL: La posibilidad de **convocatoria en supuestos especiales** de vacancia que suponen el bloqueo del órgano de administración.

i) Solicitud de convocatoria judicial por cualquier socio, (sin necesidad de que sea titular del 5% del capital).

- Normas procesales: El Juez debe resolver en un mes y no cabe recurso alguno (art. 45.5 LSRL).

- Diferencias con el art. 101 LSA, ¿aplicación analógica?.

GAY CANO
Abogados

ii) Solicitud de convocatoria judicial por cualquier administrador que permanezca en el cargo.

F) **El derecho de asistencia a Juntas.** Derecho fundamental, siempre que se tenga una sola participación, sin que pueda exigirse, como en las S.A., la titularidad de determinado número de participaciones (art. 49 LSRL frente al art. 104 LSA).

G) Posibilidad de que se «amplíe» en Estatutos las **personas que pueden representar a un socio en Junta** (art. 49.2 LSRL frente al art. 106 LSA que permite «limitar» la representación).

H) **Derecho de información del socio.** El art. 51 LSRL traslada al «órgano de administración», no ya al Presidente de la Junta, la decisión de dar o no información.

Consecuencia: La ineludible asistencia del órgano de administración a la Junta.

I) **La «Gran trampa» de la S.L. La regulación del conflicto de intereses**, (art. 52 LSRL).

- Ausencia de antecedentes legales.

- ¿Justificación en sociedades capitalistas?.

- El art. 52 LSRL es *ius cogens*, luego no puede excluirse por pacto estatutario. (La recomendación de transformación previa de la sociedad en anónima para evitar la aplicación del art. 52 en algunos casos de compra de empresas).

- La «**privación**» del derecho de voto al socio en supuestos en los **que puede estar en conflicto con el interés social**. (El mayoritario a merced del minoritario).

- Supuestos legales:

i) Autorización para transmitir participaciones, (régimen del art. 29 LSRL).

GAY CANO

Abogados

- ii) Exclusión de la sociedad del socio.
- iii) Acuerdos que liberen al socio de una obligación o le concedan un derecho. Peligrosa imprecisión legal que permite dar entrada a cualquier decisión que pueda afectar a un socio. (Conexión con el art. 44 LSRL sobre ampliación de materias competencia de la Junta).
- iv) Concesión de préstamos o créditos, anticipo de fondos, prestación garantías a favor de un socio o de asistencia financiera. (art. 10.5 LSRL).
- v) Dispensa de la prohibición de competencia al socio administrador, (art. 65 LSRL). (Posible conveniencia de exclusión total o parcial en Estatutos).
- vi) Establecimiento de una relación de prestación de obras o servicios por un socio (art. 67 LSRL). Supuesto muy frecuente en las pequeñas sociedades.

* **TRAMPA:** La posible conveniencia de introducir a un «Socio Vinculado» para transmitirle participaciones a efectos de evitar la aplicación el art. 52 LSRL. ¿Fraude de Ley?.

J) **Mayorías de adopción de acuerdos en las S.L.**(art. 53 LSRL).

- Sistema legal: Cómputos de quóruns por **mayoría de votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social**, no por capital presente en Junta. Elevación, de hecho, de las mayorías, necesarias para la adopción de acuerdos. El peligro del «abstencionismo».
- Posibilidad de **eleva**r **mayorías** por pacto estatutario, sin llegar a la unanimidad.
- Posible creación de participaciones de **voto plural**. (Posible derecho de veto).
- Posibilidad de exigir, además de mayoría de votos, **el voto favorable de un determinado número de socios**. (Posible derecho de veto).

GAY CANO

Abogados

- Su utilización como truco/trampa para bloquear la adopción de determinados acuerdos. La previa valoración de este «truco» que puede devenir «trampa». Posibles riesgos de introducir estas medidas si se cuenta con otros socios a tales efectos. El frecuente «cambio de posición» de socios.

4.9. Trucos y trampas en el Órgano de administración.

- La conveniencia de incluir en los Estatutos todos los posibles sistemas de administración, para evitar cambios estatutarios que exigen mayorías reforzadas (art. 53 y 57 LSRL).
- Prestación de servicios por Administradores (art. 67 LSRL). Acuerdo de la Junta para su establecimiento o «*modificación*». Posibles riesgos. (Aplicación del art. 52 LSRL).
- Posibilidad de exigir en Estatutos una mayoría de dos tercios, (de los votos totales), para cesar a Administradores (art. 68 LSRL).
- Prohibición de competencia (art. 65 LSRL). Su regulación estatutaria.
- Duración del cargo (art. 60 LSRL).

4.10. Modificaciones estatutarias.

A) **Regla General:** Reducción de requisitos formales (publicaciones, informes, etc.), que en muchas ocasiones se sustituyen por la garantía personal de los socios (arts. 21, 74.3 y 80 LSRL).

B) **Mayorías:** Art. 53 LSRL.

C) La **importancia de adecuar los Estatutos desde la constitución o por acuerdo unánime en situación de «buenas relaciones societarias»**. Las modificaciones «*a posteriori*» exigen el consentimiento de los interesados o afectados siempre que «*afecten a sus derechos individuales*» (art. 71.1 *in fine* LSRL).

D) Escisión y fusión: Remisión general al régimen de la LSA.

Truco/trampa: La posible conveniencia de transformación previa en S.L. si está involucrado un importante patrimonio no dinerario. No exigencia de informes de expertos independientes. Plusvalías latentes no reflejadas contablemente.

4.11. Cuentas Anuales (arts. 84 y ss.).

- La importancia del art. 86.2 LSRL que concede al socio titular de 5% del capital el derecho de examen no sólo de las Cuentas, sino también **de los soportes contables y acompañado de un experto**. La «utilización» de este derecho por el socio en situaciones de conflicto societario. Truco o trampa.
- La posibilidad de por pacto estatuario:
 - a) Excluir totalmente este derecho.
 - b) Limitarlo a determinados socios.

4.12. Separación y exclusión de socios (arts. 95 y ss. LSRL).

i) Separación.

Posibilidad de establecer en Estatutos «*causas distintas*» de separación.

¿Derogando el art. 95 LSRL?. Interpretación registral.

ii) Exclusión.

Mínima regulación legal de las causas de expulsión. Posibilidad y conveniencia de establecer en Estatutos «causas» adaptadas a supuestos específicos.

El «filtro» del art. 99.2 LSRL: En el caso de socios con porcentaje igual o superior al 25% se exige, además de acuerdo de la Junta, resolución judicial firme.

¿Quién inicia este procedimiento?.

GAY CANO

Abogados

- La propia sociedad.
 - Cualquier socio que hubiera votado a favor, si no lo inicia la sociedad en el plazo de un mes.
- iii) Valoración de las participaciones en estos supuestos: La posible trampa o truco del «valor real» (art. 100 LSRL).
- iv) Regulación legal del pago de participaciones (art. 101 LSRL): en dos meses y, según parece, al contado.
- v) Sistema legal de responsabilidad personal por deudas sociales de los socios reembolsados hasta el límite de lo percibido. (Arts. 80 y 103 LSRL).

4.13. **Disolución y liquidación** (art. 104 y ss. LSRL).

- i) La causa de «inactividad» durante tres años (104.1 e) LSRL).

Las «trampas» de este precepto. La posibilidad de «inactividad» permanente si se rompe el carácter consecutivo de la no realización de operaciones.

- ii) La aclaración de patrimonio «contable» en la causa referente a pérdidas. (Art. 104.1 e) LSRL).

4.14. **Sociedad unipersonal** (art. 125 y ss. LSRL).

- i) Unipersonalidad desde la constitución: no hay «contrato» social, sino acto unilateral. Posibles consecuencias jurídicas.

- ii) Formalidades adicionales en estas S.L.:

- Publicidad. (Art. 126 LSRL).
- Libros societarios adicionales y específicos. (Art. 128 LSRL).

- iii) La **contratación del socio único con la sociedad** (art. 128 LSRL).

- Requisitos formales:

- i) «*Por escrito o en la forma documental que exija la Ley*».

GAY CANO

Abogados

- ii) Transcripción a Libro especial legalizado.
- iii) Mención en la Memoria.

- Responsabilidad frente a la sociedad de las ventajas que obtenga el socio único con tales contratos, en perjuicio de la sociedad, durante dos años.

- Trampa: ¿quién exige esta responsabilidad si el socio único controla el órgano de administración?.

¿Cómo juega aquí el art. 52 LSRL sobre conflicto de intereses?. Inaplicabilidad.

- iv) Opinión personal: La posible «trampa» de la sociedad unipersonal si la Jurisprudencia tiende a su «identificación patrimonial» con el Socio único. ¿Una nueva doctrina del «levantamiento del velo»?.

En Zaragoza, a 13 de julio del año 2000.

Carmen Gay Cano
Abogado