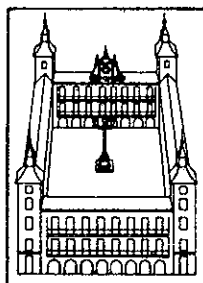


**ESTUDIOS JURIDICOS
EN HOMENAJE
AL PROFESOR
AURELIO MENENDEZ**

Separata

**LA POSICION JURIDICA DEL SOCIO EN LA LEY 2/1995,
DE 23 DE MARZO, DE SOCIEDADES
DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
(Aspectos generales)**

Francisco José ALONSO ESPINOSA



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

LA POSICION JURIDICA DEL SOCIO EN LA LEY 2/1995, DE 23 DE MARZO, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (Aspectos generales)

Francisco José Alonso Espinosa
Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSICIÓN DE SOCIO.—III. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DE SOCIO LA LEY 2/1995, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—IV. CONFIGURACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LA POSICIÓN DE SOCIO.—V. CONTENIDO DE LA POSICIÓN DE SOCIO: 1. *Obligaciones del socio*. 2. *Derechos del socio*.—VI. TUTELA DE LA MINORÍA.—VII. CAMBIOS DE SOCIOS.—VIII. PÉRDIDA DE LA POSICIÓN DE SOCIO.

I. Preliminar

El presente trabajo tiene como objetivo realizar algunas consideraciones introductorias en torno al tratamiento de la posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL en lo sucesivo), de 23 de marzo de 1995 («BOE» de 24 de marzo).

El temario de cuestiones que, con carácter general, plantea la posición de socio, y cuyas líneas generales se abordarán en estas páginas, puede centrarse en torno a los siguientes puntos: *a)* su naturaleza jurídica; *b)* su configuración técnica; *c)* el contenido de derechos y obligaciones; *d)* el régimen de los cambios de socios; *e)* la pérdida de la posición de socio.

II. Naturaleza jurídica de la posición de socio

La posición jurídica del socio es un instituto propio de la teoría general del Derecho de sociedades. Su naturaleza jurídica es única con independencia, por tanto, de la forma social en la que se enmarque; ésta solamente condiciona y determina su concreto régimen jurídico. Conviene recordar que la posición de socio responde a una naturaleza jurídica polifacética. Esta es, al tiempo, una *relación jurídica*, un *derecho subjetivo* y un *eventual objeto de negocios jurídicos*.

En efecto, la posición de socio es, en primer lugar, una *relación jurídica*. Es un vínculo jurídico entre el socio y la sociedad y entre los propios socios de acuerdo con un contenido peculiar de derechos y obligaciones los cuales tienen como fuente, en diferente intensidad según la forma social de que se trate, la ley y, según los casos, el contrato de sociedad y los estatutos sociales. Esta vinculación jurídica se configura de acuerdo con concepciones diferentes según se trate de sociedades que respondan al esquema de la *corporación* (o sociedades estructurales) o bien se trate de sociedades *contractuales* (básica-

mente, las sociedades personalistas). En las sociedades contractuales o de personas esta relación es intensa y directa entre los socios; en cambio, en las sociedades estructurales o corporaciones esa relación jurídica se da fundamentalmente entre la sociedad —como persona jurídica plena— y sus socios a través de la estructura corporativa de aquélla. Mas esa diferente estructura de la posición de socio en las sociedades contractuales y en las sociedades estructuradas corporativamente tiene un significado predominantemente *procesal* y, en particular, tiene especial proyección en el terreno de la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de los derechos y la exigencia de obligaciones por y contra el socio (1). Así, la exigencia de los derechos y obligaciones en las sociedades de personas se puede entablar directamente entre los socios mediante el ejercicio de las correspondientes acciones, mientras que en las sociedades estructurales o corporaciones tiene que serlo entre la sociedad y el socio, si bien ello no parece que tenga por qué obstar de forma absoluta la virtualidad del ejercicio de la *actio pro socio*, como instituto general del Derecho de sociedades, en el seno de esta última clase de sociedades (2).

La posición de socio es también, y en segundo lugar, un *derecho subjetivo* ya que esa condición lleva aparejado un poder jurídico objeto de una protección jurídica civil y penal.

La posición de socio puede ser, finalmente y en tercer lugar, *objeto de negocios jurídicos* ya que, también con diferente régimen según la forma de sociedad en la que encuentre su fundamento, puede ser objeto de negocios traslativos de carácter oneroso o lucrativo, bien en forma de cesión total (compraventa, donación) bien en forma sólo limitada (usufructo), bien como objeto de negocios jurídicos de garantía (prenda), circulando en todo caso como una unidad sustancial e indivisible.

III. Algunos aspectos generales sobre el tratamiento de la posición de socio la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Uno de los postulados sobre el que se funda el tipo normativo «Sociedad de Responsabilidad Limitada» (SRL en lo sucesivo) en la Ley 2/1995 es el de su configuración como sociedad cerrada *ex lege* (cfr. su exposición de motivos y art. 30.1). Ello puede interpretarse en el sentido de que la configuración del régimen traslativo de las participaciones sociales parte de un principio de *relevancia de la identidad personal de sus socios* en el contexto de la organización social. Ahora bien, esa identidad de los socios tiene diferente im-

(1) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2.^a ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, p. 450.

(2) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 530 y ss.

portancia *ad intra*, o respecto a las relaciones internas o entre los socios, que *ad extra*, o en el ámbito de las relaciones de la sociedad con terceros (3).

a) *Ad intra*, o en el ámbito de las relaciones internas, aflora un principio de *importancia, aunque sólo relativa, de la identidad personal del socio*. Ello distingue a la SRL de la sociedad colectiva típica, en la que la identidad de los socios se inserta de forma esencial en el contrato de sociedad hasta el punto de que un cambio de socios es, a su vez, una modificación del contrato para la que se requiere la unanimidad de los mismos (art. 143 C. de C.), y, también, de que la muerte de uno de los socios se configura como causa de disolución de la sociedad, salvo cláusula de continuación de la sociedad entre los socios sobrevivientes o con los herederos del socio difunto (art. 222 C. de C.). También este régimen distingue a la SRL del otro polo societario, representado por la Sociedad Anónima, ya que en esta última, según su disciplina, la identidad de los socios es absolutamente irrelevante hasta el punto de que puede ser fundada mediante oferta pública de suscripción de las acciones (fundación sucesiva, arts. 19 y ss. LSA) y de que las acciones son, en principio, libremente transmisibles (cfr. arts. 51, 56 y 60 LSA).

En cambio, la Ley 2/1995 mantiene como único procedimiento de fundación el de fundación *simultánea* (art. 12.1) y, en cuanto a los cambios de socios —aunque este aspecto será tratado con algún detalle adicional *infra*— dispone la nulidad de «las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*» (art. 30.1). El socio, pues, cuenta con una garantía legal de transmisibilidad de sus participaciones, pero ha de respetar las restricciones legales (cfr. art. 28) o, en su caso, estatutarias, siempre que éstas, a su vez, sean lícitas. Las condiciones de esa licitud incluyen la prohibición estatutaria de la transmisibilidad pero la validez de una cláusula de tal carácter se hace depender de la atribución a los socios de un derecho de separación ejercitable *ad nutum* (art. 30.3), aspecto que aunque confirma la aludida garantía legal de transmisibilidad, abre algunos interrogantes a los que aludiremos más adelante.

El carácter *relativo* de la importancia de la identidad de los socios en el ámbito interno queda confirmado a través de otros aspectos adicionales. En primer lugar, en tema de transmisión *mortis causa* de las participaciones, el artículo 32 LSRL admite el libre ingreso en la sociedad de los herederos y legatarios del socio, si bien los estatutos pueden limitar esa libre transmisibilidad *mortis causa* atribuyendo a los socios sobrevivientes un derecho de adquisición sobre las participaciones del socio fallecido; de este modo, la muerte de un socio no constituye causa directa de disolución de la sociedad como sucede en las sociedades personalistas (art. 222.1.º C. de C.), aunque nada obstaría su introducción como causa estatutaria de disolución [cfr. art. 104.1.g) LSRL]. En segundo lugar, se admite la entrada de nuevos socios

(3) G. ZANARONE, *Società à responsabilità limitata*, en «Trattato di Diritto commerciale y di Diritto Pubblico dell'economia», vol. VIII, Padova, 1985, p. 46.

a consecuencia de la denominada «transmisión forzosa» de las participaciones derivada de la ejecución de embargos sobre las mismas, si bien se adoptan medidas susceptibles de compaginar el postulado «sociedad cerrada» con el interés de los acreedores del socio embargantes de las participaciones de éste (art. 31 LSRL). En tercer lugar, obsérvese que se halla prevista la posibilidad de que la junta de socios decida sobre la exclusión del derecho de adquisición preferente de participaciones en los aumentos de capital cuando así lo justifique el interés social, al modo como sucede en la S.A. (art. 76 LSRL).

b) Ad extra, o en el ámbito de las relaciones externas, se manifiesta un principio de irrelevancia absoluta de la identidad personal de los socios. Ad extra, la SRL se asimila, pues, al modelo corporativo de organización siguiendo así el esquema propio de la S.A.

Recuérdese así que en las sociedades personalistas la importancia de la identidad de los socios *ad extra* es tal que la misma trasciende a la propia sociedad a través de dos concretos aspectos estrechamente relacionados con el principio de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales: *a)* su identidad debe constar en el Registro Mercantil y, por tanto, los cambios de socios requieren su inscripción en el Registro Mercantil (cfr. arts. 178.1.º y 181 del Reglamento del Registro Mercantil); y *b)* sólo pueden adoptar como modalidad de denominación la «razón social» (cfr. art. 126 C. de C.).

En cambio, a diferencia de lo que sucedía con la Ley de 1953 en su redacción anterior a la reforma por virtud de la Ley 19/1989, los cambios de socios en la SRL no trascienden al exterior mediante su inscripción en el Registro Mercantil. Al igual que en la S.A. con acciones nominativas, la identidad de los socios sólo consta en el Libro-registro a cuya consulta no tienen derecho los terceros (art. 27). Esta intrascendencia externa de la identidad de los socios no parece que deba juzgarse una medida del todo acertada; obsérvese, en particular, que ello puede constituir un importante inconveniente ante la realización de embargos sobre participaciones sociales. En otro aspecto, el relativo a la denominación social, la SRL, al igual que la S.A., puede adoptar cualquier modalidad además de la preceptiva «razón social» de las sociedades personalistas (denominaciones objetiva y de fantasía).

IV. Configuración técnico-jurídica de la posición de socio

En este aspecto, la LSRL se decanta, como no podía ser de otra manera, por configurar la posición de socio como «parte del capital social» de forma coherente con el carácter de sociedad de capital propio de la SRL (arts. 1 y 5.1). De este modo, a diferencia de las sociedades que se apartan del instituto del capital social como técnica primaria de protección de su solvencia patrimonial y elemento de organización interna, la identidad personal del socio queda concretada no de forma directa por virtud de su participación en el contrato de sociedad como socio fundador o, en su caso, admitido en la sociedad tras su fundación previa modificación del contrato social, sino

que el socio queda identificado de forma indirecta o mediata a través de la titularidad de una o más de esas partes abstracto-matemáticas en las que se fracciona la cifra del capital social. Las posiciones de socio constituyen, por tanto, posiciones jurídicas objetivadas susceptibles de adquisición, ya originaria, ya derivativa, y a cuya titularidad se conectan los derechos y obligaciones que dimanen de la forma social según la ley y los estatutos sociales.

Tal modalidad de configuración técnica de la posición de socio presenta algunas implicaciones jurídicas de interés: *a)* contribuye, por un lado, a dotar de estabilidad a la sociedad como corporación en cuanto que los cambios de socios no afectan a la estructura social en sus dos grandes vertientes: la patrimonial y la de organización; *b)* facilita, por otra parte, los cambios de socios en cuanto que la transmisión de tales «partes del capital» supone la automática transmisión/adquisición de la posición de socio, sin que, por tanto, sea preciso acudir al sistema contractual de los cambios de socios, más complejo y disfuncional al requerir la modificación del contrato de sociedad a fin de permitir, por un lado, la salida del socio transmitente y, por otro, la admisión del socio adquirente.

La opción de la Ley 2/1995 en esta materia es continuista, en parte, con la derogada Ley de 17 de julio de 1953. Las posiciones de socio se configuran técnicamente como «partes del capital» que responden a las notas de *acumulabilidad* e *indivisibilidad*, pero que, a diferencia de lo que sucedía con la Ley de 1953, pueden ser *desiguales* tanto en su valor nominal como, con restricciones, en su contenido de derechos (art. 5.1).

Así, el número de participaciones/«partes del capital» puede, por una parte, ser indiferente del número de socios. En efecto, aunque la nota de *acumulabilidad* tanto puede interpretarse en el sentido de que las participaciones guardan entre sí su autonomía aunque pertenezcan al mismo titular, como que esa autonomía la pierden en ese caso al acumularse en una sola participación de mayor valor (4), sin embargo, la *praxis*, y también la legislación (cfr. art. 174.6.º RRM), conciben la *acumulabilidad* como sinónimo de «autonomía» según el modelo franco-belga de configuración de las participaciones sociales en la SRL; éstas conservan su individualidad sin que incidan en ella los negocios traslativos que las tengan por objeto. La Ley 2/1995 ratifica esta línea al exigir la identificación ideal de las participaciones mediante una numeración correlativa [art. 13.e)]. Hay que reconocer que dentro de esta opción legislativa, la numeración de las participaciones —que no exigía la Ley de 1953 (cfr. su art. 7.6.º)— puede ser un instrumento útil a fin de identificar las participaciones a las que, de forma objetiva o subjetiva, se hayan adosado prestaciones accesorias, a fin de salvaguardar el interés social en el cumplimiento de tal tipo de obligaciones de socio, o para reconocer

(4) Vid. L. CARLÓN, *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, t. XXIII de los «Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial» (Dir.: M. Motos/M. Albaladejo),

Madrid, 1984, pp. 48-49, sobre ambas opiniones. Este autor se inclina por la primera de ellas.

más fácilmente las participaciones de un socio que hayan sido objeto de un embargo, un derecho real de usufructo o de la constitución de una prenda.

Por lo que se refiere a la *indivisibilidad*, tenemos que tal característica sólo puede entenderse en conexión con la nota de la *acumulabilidad* entendida en el sentido de «autonomía» de las participaciones tal como se acaba de exponer. Las participaciones son indivisibles no en alusión a la indisociabilidad de los derechos y obligaciones que componen, en cada caso, la posición de socio (*Abspaltungsverbot*), sino a la exclusión del eventual derecho del socio titular a fraccionar sus participaciones en ulteriores participaciones de menor valor nominal al modo como ese derecho se concibe, por ejemplo, en el Derecho italiano o, previa autorización de la sociedad, en el sistema germano. Tal posibilidad se halla fuera de los derechos individuales del socio; éste no puede lícitamente crear o extinguir «partes del capital» —lo que equivale a crear o extinguir posiciones objetivas de socio— a partir de su participación o participaciones sociales. En tal sentido, operaciones de fraccionamiento y reagrupación de participaciones quedan exclusivamente atribuidas a la decisión de la junta de socios al constituir una modificación de los estatutos sociales [art. 44.1.d) en relación con el art. 13.e)]; modificación estatutaria que, por otro lado, no tiene ya por qué respetar un principio de igualdad de las participaciones sociales.

En efecto, la Ley 2/1995 ha dejado de exigir la igualdad de valor nominal entre las participaciones (art. 5). Ello constituye un criterio que hay que juzgar acertado ya que resulta susceptible de acoger las diversas posibilidades que, en este aspecto, conoce el Derecho Comparado (unidad de participación por socio; pluralidad de participaciones iguales o desiguales por socio). No obstante, no parece posible la configuración *por cuotas* de las participaciones. El hecho de que la cifra del capital haya de ser expresada en pesetas (art. 4) parece indicativo de la necesaria expresión del valor de las participaciones, en cuanto «partes del capital», según el mismo criterio.

V. Contenido de la posición de socio

El siguiente aspecto a considerar es el relativo al contenido de la posición de socio, esto es, el régimen de sus derechos y obligaciones. Comencemos por estas últimas.

1. Obligaciones del socio

Como es sabido, con carácter general, la obligación primordial del socio es la *obligación de aportación*, obligación que se traduce en una obligación de permanente colaboración en la consecución del fin social. Esta obligación general puede concretarse —tener por objeto— en prestaciones de carácter patrimonial o de dar (obligación de aportación en sentido estricto, financia-

ciones adicionales, obligación de responder personalmente por las deudas sociales), en prestaciones no patrimoniales o de hacer o, en su caso, de no hacer (gestión de los asuntos sociales en sentido amplio, deber de fidelidad, abstención de competencia) (5).

En las sociedades de capital, la principal obligación de los socios es la obligación de colaborar *financieramente* a la consecución del fin social a través de las *aportaciones al capital* para lograr, precisamente, la formación real de éste como medio instrumental para la consecución del fin social a través de la explotación del objeto social. La realidad y el valor económico de esa colaboración financiera es de indiscutible importancia en el contexto de tales sociedades «de capital» ya que de acuerdo con ella se determina, en el ámbito interno, la influencia de cada socio en el poder de decisión de la sociedad residente en sus órganos sociales (función de organización interna), mientras que en el ámbito externo muestra el nivel mínimo de recursos propios de la sociedad (función financiera y de garantía *latu sensu*).

En esta materia, el aspecto más destacable de su régimen en la Ley 2/1995 quizá resida en el tratamiento que reciben las aportaciones no dinerarias al capital social. A diferencia del tratamiento que reciben en sede de S.A., no es obligado —es sólo opcional— que un experto independiente controle la realidad y el valor atribuido a tal clase de aportaciones en la escritura de constitución o, en su caso, de aumento del capital social; ante la opcional inexistencia de ese control externo, se establece un sistema de responsabilidad personal y solidaria, frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales, del «entorno personal» directamente relacionado con los bienes objeto de la aportación, «entorno» que comprende a los siguientes sujetos (cfr. art. 21): a) los fundadores; b) los socios que lo fueren en el momento de acordarse el aumento del capital siempre que no se hubieran opuesto al mismo o a la valoración atribuida, haciéndolo constar en acta; c) quienes adquieran alguna participación desembolsada con aportaciones no dinerarias (hay que entender que se trata de las participaciones cuyo fundamento son precisamente los bienes incorrectamente valorados y no cualesquiera otras cuyo contravalor sean otras aportaciones no dinerarias); d) los administradores, por la diferencia entre la valoración que hubieren hecho constar en su preceptivo informe (cfr. art. 74.3) y el valor real de las aportaciones.

Ahora bien, como se ha adelantado, este sistema de protección de la realidad del capital social tiene carácter *matizadamente supletorio*. Opcionalmente, el socio aportante de bienes no dinerarios puede someter los mismos a la valoración pericial presente en el artículo 38 LSA (art. 21.5 LSRL). En tal caso, quedará excluida su particular responsabilidad personal y solidaria en los términos antes reseñados. El problema interpretativo que se plantea

(5) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 461 y ss.; F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 3.^a ed., Heidelberg, 1990, pp. 47-50; J. M. DE EIZAGUIRRE, *Las participaciones sociales. Naturaleza jurídica*, en «La reforma del Derecho de

sociedades de responsabilidad limitada», «Revista de Derecho de Sociedades», núm. extraordinario/1994, pp. 159, 165-166; C. PAZARES, *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, p. 1414.

es el relativo a si ello excluye también la responsabilidad de los restantes sujetos, ese «entorno personal» al que antes aludíamos, ya que el precepto sólo incluye al socio aportante y no a los restantes sujetos. En mi opinión, estos últimos responderán en efecto siempre que secunden la valoración del experto y no salven su responsabilidad de acuerdo con las vías existentes a tal fin (voto en contra hecho constar en acta y, si se trata de administradores, cfr. art. 133.2 LSA).

Por otra parte, el carácter híbrido de la SRL, permite fundamentar la exigibilidad de una segunda obligación no patrimonial del socio que, si bien se halla latente en toda sociedad y asociación, aflora con fundamento y especial intensidad en las sociedades en las que sea posible concretar una base personalista: el *deber de fidelidad del socio hacia la sociedad*. El personalismo de la sociedad, la actuación conjunta y más o menos directa de los socios en la consecución del fin social, convierten en especialmente intensivos los mutuos deberes de actuación de buena fe ante la sociedad y los socios, así como de activa defensa del interés social. Ese conjunto de deberes es aglutinable en el deber de fidelidad que se formula, en términos genéricos y negativos, como *prohibición de obtención de ventajas particulares por los socios a costa del sacrificio de la sociedad* (6) o en la *subordinación de los intereses propios del socio a los intereses de la sociedad* (7). Una derivación de ese deber de fidelidad se concreta en el deber de abstención de competencia, deber que es propio de los administradores (art. 65), pero que también puede imponerse a los socios a través de los estatutos (8).

Por tanto, el deber de fidelidad no sólo es exigible en el contexto de las sociedades contractuales o de signo personalista. Es un deber extensible a la totalidad del ámbito societario y, por consiguiente, también puede ser exigible a los socios en las sociedades estructuradas corporativamente de signo fundamentalmente capitalista (9). Lo que sucede es que la configuración de las obligaciones del socio en una y otra concepciones puede determinar una diferente intensidad o modulación en los términos del cumplimiento de tal deber de acuerdo con las efectivas posibilidades de influencia del socio en las decisiones sociales y en la marcha social. Ello tiene como efecto que, realmente, tal deber sólo sea exigible a aquellos socios que por su especial posición dentro de la sociedad puedan efectivamente servirse de la misma para obtener ventajas particulares. Así, será difícil su exigibilidad, por falta

(6) J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, p. 297; A. RECALDE CASTELLS, *Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 6 de marzo de 1992*, «La Ley», 1993-1, pp. 304 y ss.; J. M. DE EIZAGUIRRE, *Participaciones sociales*, cit., pp. 165-167; F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 48.

(7) C. PAZ-ARES en *Comentario del Código Civil*, II, cit. p. 1327.

(8) R. GARCÍA VILLAVERDE, *La exclusión de*

socios. Causas legales, Madrid, 1977, pp. 176 y ss., 280-281; R. FRIEDEWALD, *Die personalistische Aktiengesellschaft*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, p. 138.

(9) Vid, entre otros, U. IMMENGA, *Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten*, en M. LUTTER/P. ULMER/W. ZÖLLNER, *Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, Köln, 1992, pp. 189 y ss., 202-205; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1977, pp. 328 y ss.; J. M. DE EIZAGUIRRE, *Participaciones sociales*, cit., p. 166.

de los presupuestos necesarios, a los socios minoritarios de una sociedad de capital o a los inversores en ella cuando se trate de una sociedad bursátil, mientras que le será plenamente exigible al accionista mayoritario o al que, directa o indirectamente, puede ejercer una influencia decisiva en el poder de decisión (10). Por ello, el deber de fidelidad no implica la misma intensidad en su cumplimiento en todas las situaciones societarias sino que su exigibilidad ha de amoldarse a cada configuración societaria particular; así, como se ha ejemplificado con acierto, su exigibilidad será de mayor intensidad en una S.A. con tres socios que en una sociedad civil de cien abogados (11).

Por otra parte, el deber de fidelidad tiene un contenido predominantemente negativo o de *deber de abstención*, sin perjuicio de que puedan detectarse supuestos, más bien excepcionales, en los que revista un comportamiento activo o «de hacer» (12). El deber de fidelidad actúa, pues, sobre todo, como criterio modulador e interpretativo de conductas concretas de los socios (13), si bien también puede fundamentar la imposición a los mismos de deberes positivos de conducta (14) como, en especial, la obligación de ejercicio del derecho de voto de acuerdo con el interés de la sociedad (15). Todo ello contribuye a asimilar el deber de fidelidad a una *técnica de protección de la minoría* desde su faceta de obligación a la mayoría de control de la sociedad de adoptar comportamientos no lesivos contra el interés social.

La Ley 2/1995 incluye una manifestación concreta del deber de fidelidad de los socios hacia la sociedad, sin que esta tipificación concreta excluya la virtualidad general de tal deber. Se trata de la regulación del ejercicio del derecho de voto en situación de *conflicto de intereses* (art. 52) (16). Así, las situaciones ante las que existe riesgo de quebrantamiento del deber de fidelidad por el socio se resuelven mediante la lícita exclusión *a priori* de su derecho de voto (17). Se presume *iuris et de iure* que el socio cuyos intereses se hallen en situación de conflicto con el interés de la sociedad utilizará su derecho de voto en interés propio y, por tanto, en perjuicio de la sociedad.

(10) Vid. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 672; TH. RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München, 1983, p. 47; G. HENN, *Die Rechte des Aktionärs*, Köln, 1984, pp. 17-18; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrecht*, 5.ª ed., Berna, 1984, pp. 87, 269; R. PATRY, *Précis de Droit suisse des sociétés*, vol. I, Berna, 1976, p. 29.

(11) Según señala J. M. DE EIZAGUIRRE, *Participaciones sociales*, cit., p. 166.

(12) M. LUTTER, *Theorie der Mitgliedschaft - Prolegomene zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts*, «Archiv für die civilistische Praxis», 1980, pp. 105 y ss.; G. HUECK, en BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 15.ª ed., München, 1988, p. 205; J. M. DE EIZAGUIRRE, *Participaciones sociales*, cit., pp. 166-167.

(13) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 863-864; H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, Band I, München, 1980, p. 413.

(14) J. M. DE EIZAGUIRRE, *Participaciones sociales*, cit., p. 167.

(15) H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, cit., p. 413.

(16) Vid. en el mismo sentido J. M. DE EIZAGUIRRE, *Participaciones sociales*, cit., p. 167; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada y derecho de voto del socio*, en «La reforma del Derecho», cit., pp. 292 y ss.

(17) H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, cit., pp. 370-371; E. GALÁN CORONA, *La junta general*, en AA. VV. (coord.: R. Bonardell/J. Mejías/ U. Nieto), «La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada», Madrid, 1994, pp. 515-520.

Tal técnica de solución, que no deja de parecer discutible, había sido admitida antes, como pacto social, por la DGRN (RR. de 12 y 16 de mayo de 1989), pero alcanza ahora el rango de ley; de este modo, los acuerdos sociales que lo infrinjan serán nulos por contravenir la Ley y no meramente anulables por contravenir los estatutos sociales.

El artículo 52 LSRL se decanta por regular supuestos concretos de conflicto de intereses y excluir, por tanto, la técnica de «cláusula general» presente en el Proyecto del Gobierno como medio protector *a priori* del interés social ante situaciones en que el socio deba cumplir con las exigencias del deber de fidelidad al estar inmersos intereses propios e intereses sociales en un mismo asunto. La solución que aporta la Ley 2/1995 ante tales supuestos concretos (18) es, quizá, radical en exceso, ya que excluye el ejercicio del derecho de voto del socio ante supuestos en que puede estar en juego el interés social pero que también puede no estarlo e, incluso, es posible pensar que el interés social quede favorecido si se admitiese el ejercicio del derecho de voto por el socio en cuestión. Por otra parte, la LSRL se excede en algún supuesto que puede resultar contraproducente como el relativo a la autorización de la sociedad para transmitir las participaciones, caso que puede encerrar, según los casos y en atención a los pactos sociales aplicables, una medida contraria al principio dictado en el artículo 30.1.

La eliminación de la «cláusula general» antes presente en el Proyecto del Gobierno y, por tanto, el cierre de los supuestos constitutivos de «conflicto de intereses», ¿implica la inexistencia de otras manifestaciones del deber de fidelidad en el seno de la SRL? Ciertamente, procede una respuesta en sentido negativo. El deber de fidelidad sigue plenamente vigente y desplegando su eficacia. Lo que sucede es que la técnica de solución consistente en la exclusión apriorística del derecho de voto del socio en situación de riesgo de infracción de aquel deber, no es extensible vía estatutos sociales a otros posibles supuestos de hecho. Por consiguiente, ante ellos, los acuerdos sociales adoptados con el voto determinante del socio en infracción del deber de fidelidad sólo podrán ser anulados a través de la acción de impugnación de acuerdos por la contravención del interés social.

Por otra parte, cabe articular otras obligaciones de socio fuera de las propiamente delimitadas por la obligación de aportación al capital y las derivadas del juego del genérico deber de fidelidad. Así, obligaciones de socio diferentes a las propias de un tratamiento capitalista puro, pueden venir establecidas a través de la técnica de las *prestaciones accesorias* (arts. 22-25). Este instituto nace, precisamente, en el contexto de la SRL alemana a fin de permitir una mayor personalización o contractualización del rígido deber de

(18) Son éstos: *a*) autorización para la transmisión de participaciones; *b*) exclusión del socio; *c*) liberación de obligaciones o concesión de derechos al socio; *d*) anticipación de fondos, concesión de créditos o préstamos,

prestación de garantías o asistencia financiera; *e*) si el socio es administrador, dispensa de la prohibición de competencia o establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios.

aportación al capital propio de la S.A. (19), si bien, como es sabido, esta última forma social las admite de forma explícita tras la Ley 19/1989 (art. 9.1 RDL 1564/1989 y art. 127 RRM). De este modo, la SRL cuenta con un instrumento efectivo para imponer a los socios obligaciones de contenido *elástico*, en cuanto puede ser de lo más heterogéneo (obligaciones de dar, hacer y no hacer, como, por ejemplo, obligación de financiar adicionalmente la sociedad, hasta la obligación de no hacer competencia a la misma (20), pasando por otras obligaciones como las de suministro de materias primas o transformadas, comunicación de *Know-How* y otras prestaciones inmateriales y de servicios, etc.). Por otra parte, las prestaciones accesorias pueden adosarse a participaciones sociales, lo que implica una mayor o menor dosis de objetivización o «despersonalización», pero también pueden «personalizarse», es decir, imponerse a socios personalmente considerados con abstracción, por tanto, de las «partes del capital» de que sean titulares (cfr. art. 22). Se trata de una diferencia importante con el sistema en la LSA, donde las prestaciones accesorias sólo admiten el primer sistema de determinación del socio obligado (*vid.* art. 9.1 LSA y art. 127 RRM).

2. Derechos del socio

En tema de derechos del socio interesa destacar que la inspiración general de la LSRL en este punto, contrariamente a lo que sucedía con la derogada Ley de 1953, responde a una dirección preponderantemente capitalista, alejándose, pues, de los postulados contractuales y de flexibilidad propios, en este aspecto, de las sociedades contractuales; en este sentido, la Ley 2/1995 se muestra preponderantemente imperativa y admite escasas excepciones a la regla general de la igualdad de derechos entre los socios en el contexto de la regla de proporcionalidad respecto de la participación financiera de los mismos en el capital social; ello no parece muy consecuente con la dotación a la SRL de una amplia polivalencia funcional.

Ante todo, nótese que la LSRL no hace enumeración de los denominados «derechos individuales» del socio al modo como se observa en la LSA (art. 48). Es evidente, no obstante, que tales derechos existen y los acuerdos sociales que los contravengan serán nulos por su contrariedad a la ley salvo que esta misma autorice su exclusión o limitación (21). Pueden considerarse como tales derechos, por ejemplo y entre la categoría de los denominados *derechos administrativos*, los derechos de solicitud de convocatoria de la junta (art. 45.3), asistencia (art. 49.1) y voto (art. 53.4, si bien después se harán ciertas matizaciones) en la junta de socios, derecho de solicitud de acta

(19) J. BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984, pp. 2 y ss.

(20) *Vid.* J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, cit., p. 424; R. FRIEDEWALD, *Die personalistische Aktiengesellschaft*, cit., pp. 140-144.

(21) J. M. EMBID IRUJO, *Cuestiones tipológicas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, en AA. VV. (coord.: R. Bonardell/J. Mejías/U. Nieto), «La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada», Madrid, 1994, pp. 128 y ss.

notarial (art. 55), derecho de información en sus vertientes colegial y contable (22) (arts. 51 y 86), derecho de impugnación de los acuerdos sociales (art. 56), derecho a ejercitar la acción social de responsabilidad (art. 69); entre los *derechos patrimoniales* tenemos el derecho al reparto del beneficio (arts. 84-85), el derecho a la cuota de liquidación (art. 119) y también puede incluirse aquí, en cuanto derecho que se materializa con la recuperación del valor financiero de sus participaciones, el derecho de separación de la sociedad en determinados casos legal o estatutariamente establecidos (arts. 95-96); como derecho de doble contenido tenemos el derecho de asunción preferente de nuevas participaciones en los aumentos del capital social con creación de éstas (art. 75.1).

El aspecto más destacable de la Ley 2/1995 en este contexto, como se ha avanzado, es el relativo a la admisión del tratamiento desigual de los derechos de los socios, si bien no con carácter abierto sino dentro de «las excepciones expresamente establecidas en la presente ley» (art. 5.1). Esas excepciones son las siguientes: el derecho de voto (art. 53.4), el derecho al reparto del beneficio (art. 85) y el derecho a la cuota de liquidación (art. 119); tales derechos del socio admiten un tratamiento desigual en relación al criterio capitalista de respeto estricto a la regla de proporcionalidad capital/valor nominal/derechos del socio.

En este sentido cabe, vías estatutos, el voto plural en sus diferentes acepciones; en efecto, el artículo 53.4 determina que «salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto». Mas esta formulación de la admisión de la desigualdad ante el derecho de voto plantea ciertos interrogantes, algunos de los cuales no se hallan exentos de importancia.

En primer lugar, se plantea la duda sobre la admisibilidad de «participaciones sin voto» de regulación estatutaria; en efecto, se manifiesta una cierta tensión entre el carácter de derecho individual del socio que puede tener el derecho de voto y la amplia flexibilidad con que el artículo 53.4 regula la ordenación estatutaria de ese derecho. En segundo lugar, cabe observar que la norma transcrita no parece haber considerado que, con anterioridad, se ha admitido la desigualdad del valor nominal de las participaciones sociales (art. 5.1). Ello debe ser cuidadosamente considerado ante la configuración de los estatutos sociales ya que tal norma podría dar lugar a desigualdades no queridas ante la atribución del derecho de voto. En tercer lugar, cabe observar que la LSRL ha excluido la regla capitalista básica de determinación de la mayoría. Lo propio es que ésta sea computada de acuerdo con la cuantía del capital social. Sin embargo, la LSRL adopta, en este aspecto, un criterio intermedio entre lo estrictamente capitalista y lo estrictamente contractual. Así, la base de cálculo de la mayoría deja de ser el capital social para pasar

(22) Vid. G. ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, en «Derecho de sociedades anónimas», vol. II, tomo I, Madrid, 1994, pp. 195-197.

a ser «el número [total] de votos correspondientes a las participaciones sociales en el que se divida el capital social» (cfr. arts. 53, 68.2).

No se plantean dudas respecto a la atribución de derechos a dividendos preferentes (art. 85) o derechos preferentes a la cuota de liquidación (art. 119.1). No se admiten en cambio, desigualdades en materia de derecho de asunción preferente de nuevas participaciones derivadas de aumentos del capital mediante emisión de nuevas participaciones (cfr. art. 75.1 que se refiere a «cada socio»), ni tampoco en torno a la postergación de la amortización de las participaciones ante reducciones del capital por pérdidas, o por carácter preferente, si es por restitución de aportaciones (cfr. arts. 79.2 y 81.4, que exigen, respectivamente y con escasa fortuna, el consentimiento puntual de todos los socios y la decisión unánime de los mismos).

En cuanto a expedientes protectores de posibles posiciones privilegiadas, se ha de hacer notar que la LSRL no establece régimen alguno de juntas especiales de socios favorecidos con estos derechos especiales, juntas que tampoco parecen organizables vía estatutos a la vista del artículo 44.1.d) que atribuye a la junta general la competencia exclusiva y excluyente para modificar estatutos. Puede aventurarse en este aspecto la opinión de que quizá el expediente protector resida en esos «derechos individuales» a los que alude el artículo 71.1.2.º para cuya modificación se precisa el consentimiento de los interesados o afectados. En efecto, quizá la introducción de esa expresión —«derechos individuales»— en el texto del anterior artículo 74.1 (según su redacción en el Proyecto del Gobierno) se haya realizado con el fin de dotar de un contundente medio de protección a los socios titulares de derechos especiales. Entonces, la expresión «derechos individuales» quizá haya de ser entendida, en este caso, en el sentido de «derechos especiales» o privilegiados.

En otro aspecto de los derechos del socio, cabe resaltar que el texto de la LSRL contiene una configuración de carácter capitalista del denominado «derecho a administrar» desde una perspectiva contractual. No es ciertamente lícita la eliminación estatutaria del principio de separación *ad nutum* de los titulares del órgano de administración (art. 68.1), del mismo modo que tampoco es lícito el nombramiento de administradores contractuales inamovibles. No obstante, ratificando la línea de la derogada Ley de 1953, la Ley 2/1995 admite la introducción estatutaria de un *elemento de estabilidad* de los titulares del órgano de administración en el sentido de que, por una parte, no se acoge el principio de temporalidad en un estricto sentido —cabe el nombramiento de administradores por tiempo indefinido (art. 60.1)— y, por otra, es lícito el reforzamiento de la mayoría necesaria para separar del cargo a los administradores, con el límite de que esa mayoría no sobrepase los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 68.2). Se consolida así un medio importante para dotar de una consistente estabilidad en el cargo de administrador a un determinado socio o socios, sobre todo si éste o éstos controlan, al menos, un tercio del número de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Finalmente, téngase en cuenta que la LSRL efectúa un tímido refuerzo del derecho de información del socio al introducir la modalidad escrita de solicitud y respuesta (art. 51) y, a diferencia de la LSA, eleva el acta notarial a requisito de validez de los acuerdos de la junta de socios (art. 55.1).

VI. Tutela de la minoría

El siguiente punto a considerar es el relativo a las técnicas de tutela de la minoría ante el funcionamiento del principio mayoritario. La institución de un principio de mayoría, ya de capital, ya de personas o, como es el caso, de «número total de votos atribuidos a las participaciones en las que se divide el capital social», exige la paralela instauración de medios eficaces para proteger a la minoría ante la no infrecuente inclinación de la mayoría a abusar de sus prerrogativas. Se trata de un necesario ejercicio de ética en el desarrollo de las relaciones sociales internas (DUQUE).

Las técnicas utilizables de protección de la minoría giran en torno a las siguientes: *a)* la atribución a los socios de los denominados *derechos individuales* y derechos de *minoría cualificada*; *b)* la exigencia de *unanimidad* para adoptar determinados acuerdos; *c)* la necesidad del *consentimiento individual del socio afectado* por la decisión de la mayoría para la aplicación singular del respectivo acuerdo; *d)* el reconocimiento de un *derecho de separación* con cargo al patrimonio social en favor del socio que no vote en favor de determinados acuerdos (23); *e)* la organización de *juntas especiales* de socios cuyos acuerdos vinculan a la mayoría en relación con los derechos que las fundamentan. A excepción de esta última, todas ellas pueden encontrarse en el texto de la LSRL.

Nos detendremos un instante en el tratamiento de que es objeto el *derecho de separación*. En relación al mismo, cabe afirmar que el rigor propio de un sistema corporativo de organización, puede ser compensado a través del reconocimiento de *derechos de separación* de fundamento estatutario (24) en favor de aquellos socios que no hayan votado en favor de los correspondientes acuerdos. En tal sentido, frente al criterio restrictivo de corte capitalista presente en la LSA, en la que sólo son aceptables los derechos de separación legal y tasadamente establecidos (sustitución de objeto social —art. 147.1—, transformación en sociedad con responsabilidad personal por las deudas sociales —art. 225.2—, traslado de la sede social al extranjero —art. 149.2—) —debido, sobre todo, a que esa concepción del derecho de separación descansa sobre la hipotética existencia de un mercado en el que el socio puede vender sus «partes de capital» y así salir de la sociedad—, la LSRL propone una suficiente y acertada amplitud para la configuración de causas y, por

(23) K. P. MARTENS, *Grundlagen und Entwicklung des Minderheitsschutzes in der GmbH*, en P. ULMER/M. LUTTER/W. ZÖLLNER, *Festschrift 100 Jahre*, cit., pp. 616 y ss.

(24) H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, cit., pp. 396-400.

consiguiente, de derechos de separación de carácter *estatutario* (art. 96). Así, junto a los acuerdos que, *ex lege*, fundamentan un derecho de separación del socio (art. 95), existe la posibilidad de incluir en los estatutos otras causas de separación de acuerdo con un criterio abierto o flexible, de modo que pueden configurarse como causas de separación situaciones de la más diversa naturaleza. Así, por ejemplo, es posible configurar como tales el sentido de acuerdos de los órganos sociales sobre determinados aspectos de la sociedad (modificación del domicilio, simple modificación del objeto, etc.), o situaciones *societarias* especiales (mala gestión de los administradores, destitución de un determinado socio como administrador, etc.), o situaciones o circunstancias *personales* de los socios (quiebra, muerte, incapacidad, separación, divorcio) e, incluso, el derecho de separación de carácter estatutario puede funcionar como vehículo apto para la configuración de estructuras societarias de carácter fuertemente familiar. Tales causas podrían llegar incluso a ser configuradas, pensamos, como derechos de separación ejercitables *ad nutum* por los socios. El derecho de separación actuaría así como verdadera cláusula de cierre del sistema protector de la minoría (25). Téngase en cuenta en relación con ello que la DGRN admite el supuesto, cercano a éste, de la cláusula de compra forzosa por los socios de las participaciones del socio que quiera abandonar (= separarse) de la sociedad (RR. de 7 de marzo de 1989 y 27 de febrero de 1990).

Esta amplia atribución de facultades a la autonomía de los socios para configurar causas estatutarias de separación queda suficientemente compensada con la aplicación de la *regla de la unanimidad*; cualquier socio puede vetar la introducción de nuevas causas de separación, si no está de acuerdo con la configuración inicialmente establecida (art. 96 *in fine*).

Esa misma *regla de la unanimidad* resulta ser otra de las técnicas de protección de la minoría utilizadas por la LSRL. Se trata, sin duda, de la técnica más contundente de protección de la minoría: cada socio dispone de un derecho de veto ante los acuerdos para cuya validez se exija aquélla. La introducción estatutaria de esta regla queda excluida, con carácter general, por el artículo 53.3. En cambio, como antes se avanzó, se prevé su aplicación, por disposición legal expresa, en los siguientes supuestos: *a*) aumentos reales del capital, incluidos los aumentos mixtos (el precepto dice «íntegramente»), mediante elevación del valor nominal de *todas* las participaciones (nótese que ello puede ser desacertado si se considera la licitud de desigualdades en el valor nominal *ex art. 5*) (art. 74.1); *b*) reducción del capital que no afecte por igual a todas las participaciones (arts. 79.2 y 81.4) (26); *c*) la introducción

(25) Vid. J. F. DUQUE, *Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría*, en (Coord.: A. Alonso Ureba/R. García Villaverde/F. Sánchez Calero) «Derecho de sociedades anónimas», II (Capital y acciones), Madrid, 1994, p. 68.

(26) El artículo 81.4 fue introducido en el Senado y sólo es relativo a la reducción del

capital mediante devolución de aportaciones a los socios. A la vista del artículo 79.2, el artículo 81.4 se revela como una norma superflua en tanto comprendida en el ámbito de aquel precepto. En efecto, lo que se persigue con la inclusión del artículo 81.4 es evitar la ruptura del principio de proporcionalidad de la reducción del capital en relación con la par-

de nuevas causas estatutarias de separación (art. 96); *d*) la introducción de nuevas causas de exclusión de socios (art. 98); *e*) el pago de la cuota de liquidación en bienes distintos del dinero (art. 119.2).

Cabe observar que la terminología legal no es uniforme desde un punto de vista técnico, lo cual puede plantear dificultades ante la interpretación y, sobre todo, ante la correcta delimitación entre los supuestos de «unanimidad» y de «consentimiento individual» de los interesados o afectados. Así, unas veces la Ley es perfectamente clara al requerir la «unanimidad» (art. 81.4) o el «acuerdo unánime» de los socios (art. 119.2), mientras en otras ocasiones emplea la expresión «consentimiento de todos los socios» (arts. 74.1, 79.2, 96, 98). Es esta última expresión —«consentimiento de todos los socios»— la que resulta susceptible de ser confundida con la técnica de protección consistente en el «consentimiento individual» de los interesados o afectados. Parece, sin embargo, por una parte, que la unanimidad encierra de forma implícita ese «consentimiento de todos los socios». Por otra parte, si bien cabrían otras interpretaciones, entendemos que la comprensión de ambos conceptos ha de reconducirse, de forma unitaria, como necesidad de voto de la *totalidad* de los socios a favor del acuerdo en cuestión o, en otras palabras, atribución de un *derecho de veto* en favor de todos y cada uno de los socios.

El *consentimiento individual de los afectados por las decisiones de la mayoría* constituye otra de las técnicas protectoras de la minoría presentes en la Ley 2/1995. La exigencia del consentimiento individual de los afectados encarna el criterio genuinamente capitalista de limitación de las obligaciones del socio (cfr. art. 145 LSA). La sociedad no puede agravar la posición de sus socios sin el consentimiento de éstos, sistema que constituye, sin duda, la técnica más efectiva ante la pretensión de la sociedad de imponer nuevas obligaciones a sus socios (27). Este consentimiento individual de los afectados ha de superponerse, ya expresa, ya tácitamente, al acuerdo social por virtud del cual se crean las nuevas obligaciones. Por consiguiente, el acuerdo social no dejará de ser válido y eficaz a consecuencia de la falta de consentimiento de algunos de los afectados. El acuerdo es válido. Solamente podrá ser *inejecutable* respecto de los mismos o bien con carácter general, según los casos, si no encontrase el consentimiento preciso de sus destinatarios (los eventualmente obligados), con-

ticipación en el capital de cada socio. En este sentido, se autoriza esa ruptura previa exigencia de la unanimidad, en la cual se comprenderá el consentimiento de los socios desfavorecidos. Pues bien, ese mismo fin podía conseguirse sin excesivas dificultades aplicando el artículo 79.2 entendiéndolo la igualdad allí aludida como igualdad en la proporcionalidad. Piénsese que tampoco cabe otra interpretación en relación con la reducción del capital por pérdidas; la absorción de las pérdidas, salvo que otra cosa se acuerde por unanimidad, será

soportada por cada socio en proporción a su participación en el capital social.

(27) Sobre el entendimiento de las «obligaciones» en este contexto *vid.* M.^a T. DE GISPERT PASTOR, *El nuevo régimen de modificación de estatutos de la sociedad anónima*, en «Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena», Madrid, 1991, p. 500; J. QUIJANO, *La modificación de estatutos: requisitos y límites generales*, en «Derecho de sociedades anónimas», vol. III, t. 1.º, Madrid, 1994, p. 58.

sentimiento que debe entenderse prestado por los que, siendo tales, votan en favor de la adopción del acuerdo; la votación en tal sentido equivale, en efecto, a la prestación del necesario consentimiento (28).

La LSRL exige este tipo de consentimiento en tres supuestos: *a)* la creación, modificación y extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 25.1); *b)* cualquier acuerdo que, con carácter general, implique nuevas obligaciones para los socios (art. 71.1.2.º); y *c)* acuerdos que afecten a los derechos «individuales» del socio, derechos que, como antes se sugirió, serán en realidad los posibles «derechos especiales» de origen estatutario (art. 71.1.2.º).

VII. Cambios de socios

La configuración técnica de la posición de socio como «parte del capital» o posición de socio objetivada, desliga la persona del socio del aspecto contractual de la sociedad. La persona de los socios se abstrae así de la sociedad-institución. Los socios quedan determinados de acuerdo con la titularidad, ya originaria, ya derivativa, de esas «partes del capital». De esta forma, los cambios de titularidad de las mismas implican cambios de socios que no afectan a la estructura de la sociedad. La identidad de los socios como aspecto relevante en el contexto de la organización social sólo puede entonces insertarse mediante la introducción de restricciones a la transmisibilidad de las participaciones/«partes del capital» cuya titularidad lleva aparejada la posición de socio. Este es, precisamente, el centro del sistema legal presente en la LSRL para virtualizar el postulado de «sociedad cerrada» (cfr. núm. II.2 de su Exposición de motivos).

No obstante, como primera manifestación de ese postulado, la LSRL, siguiendo en este punto la línea de la derogada Ley de 1953, y presente también con carácter general en el Derecho Comparado (29), excluye el carácter de valores mobiliarios de las participaciones sociales (art. 5.2). Por consiguiente, la transmisión de participaciones sociales no podrá regirse en ningún caso por las «leyes de circulación» propias de los valores mobiliarios sino que habrá de acogerse al régimen común de la cesión de créditos adaptado a las peculiaridades de las participaciones por las disposiciones de la LSRL y, en su caso, de los estatutos sociales.

En segundo lugar, se observa un principio de formalismo. La transmisión habrá de constar en documento público (art. 26.1) si bien la eficacia del mismo se detiene en el ámbito de lo probatorio sin que tenga, por tanto, carácter constitutivo. Prueba de ello es que la legitimación del adquirente

(28) Vid. W. ZÖLLNER, en BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., p. 1006.

in Europa und in der Welt, en M. LUTTER/P. ULMER/W. ZÖLLNER, *Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, cit., pp. 43 y ss.

(29) M. LUTTER, *Die Entwicklung der GmbH*

para el ejercicio de los derechos de socio deriva del «conocimiento de la transmisión» —o, en su caso, la constitución del gravamen— por parte de la sociedad (art. 26.2). La legitimación no deriva, pues, del cumplimiento de las formalidades precisas ni tampoco de la inscripción del adquirente en el libro registro de socios (cfr. art. 27).

En tercer lugar, cabe observar que la flexibilidad de la LSRL se ha visto ampliada en este tema en relación con el alcance de la misma según el Proyecto del Gobierno. Si se parte del contenido de la exposición de motivos (II.2), el régimen de la transmisión de participaciones sociales se ha de ajustar al principio de «sociedad cerrada». Mas el significado de tal expresión ha quedado altamente relativizado en la Ley 2/1995. En efecto, la libertad estatutaria de configuración de este régimen autoriza la prohibición absoluta de transmisión de las participaciones por actos *inter vivos* siempre que, junto a esa prohibición, los estatutos reconozcan a los socios un derecho de separación ejercitable en cualquier momento (arts. 30.3, 96). Es lícito, por consiguiente, el pacto de cierre absoluto de la sociedad. No es lícito, sin embargo, el otro extremo: el pacto de libre transmisibilidad de las participaciones por actos *inter vivos*. Tal pacto queda vedado al declararse la nulidad de las «cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*» (art. 30.1).

Sin embargo, y en cuarto lugar, cabe observar que la norma transcrita no resulta de fácil interpretación, sobre todo si atendemos al contexto de la LSRL en este aspecto. En efecto, creo que es posible afirmar que el sistema supletorio aplicable a la transmisión *inter vivos* de las participaciones en defecto de pactos estatutarios (art. 29), convierte a la SRL —contra lo que proclama la exposición de motivos y el artículo 30.1— en una sociedad *prácticamente abierta*. Así, el núcleo del sistema aplicable en defecto de pactos presente en el artículo 29.2 podría formularse así: «si el socio encuentra un comprador para sus participaciones, es libre para venderlas»; la sociedad, en efecto, sólo puede, ante ello, sustituir la persona del comprador y, por tanto, eventual nuevo socio; el «cierre» de la sociedad consiste, pues, en última instancia y en atención al sistema supletorio previsto por la LSRL, en que la sociedad cuente con instrumentos aptos para conservar o, en su caso, decidir, respecto a la composición de su base subjetiva ante la comunicación de proyectos de transmisión de sus participaciones por los socios. Este significado mínimo del postulado «sociedad cerrada» puede ser maximizado por los estatutos sociales hasta llegar a la prohibición de la transmisión de las participaciones, pero salvaguardando en todo caso el interés de los socios mediante el aludido reconocimiento de un derecho de separación.

VIII. Pérdida de la posición de socio

Existen unas causas de pérdida de la posición de socio que podemos calificar como *naturales*. Así, la transmisión de la totalidad de las participaciones, la muerte del socio o la disolución de la sociedad seguida de su liquidación.

Mas, junto a ellas, existe un supuesto de *forzosa* pérdida de la posición de socio: el instituto genuinamente personalista de la exclusión de socios. Tal instituto mantiene su virtualidad en el contexto de la SRL (arts. 98 y ss.). Su fundamento consiste en supuestos de graves incumplimientos (*ultima ratio*) de las obligaciones del socio. Ante tales hechos, sociedad y socios pueden reaccionar decidiendo la expulsión del socio gravemente incumplidor de sus obligaciones.

La exclusión de socios es un instituto propiamente personalista. Su efecto primordial es la expulsión del socio incumplidor, personalmente considerado. No se trata de amortizar las «partes del capital» respecto de las cuales se detecten incumplimientos de las obligaciones a ellas aparejadas con abstracción, por tanto, de la persona del titular de las mismas, sino que el instituto deriva en la exclusión del socio incumplidor personalmente considerado. El primero de los sistemas es el propiamente capitalista cuyo paradigma, y única manifestación legal, se halla presente en el régimen de los dividendos pasivos en la S.A. (*vid.*, en especial, el art. 45 *in fine* LSA). Por su propia mecánica, este sistema capitalista de control de los incumplimientos de obligaciones sociales, es susceptible de permitir la permanencia en la sociedad del socio titular de «partes del capital» respecto de las cuales no se verifique incumplimiento de obligaciones sociales.

Esa situación no es predicable, en cambio, del instituto de la exclusión. Esta se dirige derechamente hacia la expulsión del socio para lo que, como medio puramente *instrumental*, se amortizan las participaciones de que aquél era titular (cfr. arts. 101-102), con abstracción de que, en su totalidad o sólo en parte, se hubieren incumplido las obligaciones a ellas adosadas; obligaciones que, por otra parte, pueden perfectamente ir desconectadas de las «partes de capital» de que el socio sea titular (cfr. art. 22.1), por lo que es posible que éste sea excluido aun pudiendo acreditar el cumplimiento de las obligaciones sociales directamente conectadas a las «partes del capital» de que fuere titular (así, por incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias de las que resulte personalmente obligado con independencia de las participaciones de que sea titular).

Son varias las cuestiones que plantea el régimen de la exclusión de socios en la LSRL. Sólo se apuntarán algunas de ellas.

En primer lugar, en relación con las *causas de exclusión*, tenemos que se regulan unas de carácter legal y, junto a ellas, se prevé la inclusión, por unanimidad, de causas estatutarias de exclusión (art. 98). Las causas legales, como ha puesto de manifiesto la más autorizada doctrina, se configuran de forma predominantemente objetiva, sin atender, por tanto, a la gravedad del incum-

plimiento, aspecto que parece ciertamente censurable (30). Así, se configuran como causas legales de exclusión con tal carácter *objetivo*: a) el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias, siempre que, salvo disposición en contra de los estatutos, el incumplimiento se debiere a causas involuntarias (cfr. art. 25.2, que, con acierto, introduce un criterio —excluíble— de carácter subjetivo); b) la infracción de la prohibición de competencia por parte del socio administrador; c) la condena de este socio, por sentencia firme, a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta Ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia.

En segundo lugar, se prevé la introducción de causas estatutarias de exclusión. Si bien impera en este punto, con acierto, la regla de la unanimidad, se plantea el problema de la interpretación de los límites de la autonomía de los socios ante la introducción de este tipo de causas (31). En efecto, será preciso determinar si la autonomía de los socios, al estar amparada por la regla de la unanimidad, es absolutamente soberana al efecto, de modo que pueden concebirse válidamente como causas de exclusión incumplimientos más o menos irrelevantes de las obligaciones del socio; o, por el contrario, habrá que seguir defendiendo la dogmática de la exclusión como *ultima ratio* ante la solución de los conflictos surgidos entre sociedad y socio incumplidor. En nuestra opinión, la configuración de la SRL como estructura organizativa funcionalmente polivalente, por un lado, y, por otro, la regla de la unanimidad que impera en este tema, puede permitir afirmar la primera de las direcciones, si bien la cuestión no deja de ser dudosa.

En tercer lugar, cabe observar que el régimen de la exclusión se basa en un principio de *relativa* protección del interés del socio eventualmente inmerso en una causa de exclusión, frente al otro principio contrapuesto que respondería a la protección preponderante del interés de la sociedad. En efecto, el acuerdo de exclusión no es suficiente para expulsar de la sociedad al socio titular de, al menos, el 25 por 100 del capital social (art. 99.2). Se precisa, además, sentencia firme si el socio no está conforme con el acuerdo de exclusión, salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, lo cual presupone la infidelidad de tal socio; mientras tal sentencia firme no se obtenga, el socio «a excluir» continuará siéndolo en la sociedad con todas sus consecuencias. Tal situación no se da, por ejemplo, en materia de sociedades cooperativas, en las que rige el principio contrapuesto antes mencionado (cfr. art. 38.3 Ley 3/1987), si bien en tales sociedades queda claro que la expulsión ha de tener como fundamento la comisión de «falta *muy grave*» entre las que se encuentra «el encontrarse el socio al descubierto de sus obligaciones económicas» (art. 38.1 Ley 3/1987), aspecto que, con desacierto, la LSRL lo lleva al terreno de la nulidad de la sociedad [art. 16.1.d)].

(30) R. GARCÍA VILLAVERDE, *Exclusión de socios*, en «La reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada», «Revista de Derecho de sociedades», núm. extraordinario/1994, pp. 368-371.

(31) R. GARCÍA VILLAVERDE, *Exclusión de socios*, cit., p. 369.