

**COLECCIÓN DE FORMACIÓN CONTINUA
FACULTAD DE DERECHO ESADE**

Derecho de sociedades

Congreso UNIJÉS 2007

(Tomo I)

COLECCIÓN DE FORMACIÓN CONTINUA
FACULTAD DE DERECHO ESADE

Derecho de sociedades

Congreso UNIJÉS 2007

(Tomo I)

Convocado por las Facultades de Derecho de ESADE
(Universidad Ramon Llull), Deusto (Universidad de Deusto) e
ICADE (Universidad Pontificia Comillas de Madrid)

Barcelona, 11 y 12 de junio de 2007

Sergio Llebaría Samper
(Director)

Núria Ginés Castellet
(Coordinadora)

2008

© 2008 ESADE Facultad de Derecho
Universidad Ramón Llull



Librería Bosch, S.L.

Av. Diagonal, 382

08037 BARCELONA

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Reservados todos los derechos. De conformidad con la legislación vigente, queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN: 978-84-7698-813-8 (Obra completa)
978-84-7698-814-5 (Tomo I)

D. L.:

Diseño colección y maquetación: Cristina Payà. www.ipstudio.es
Impresión:

Printed in Spain – *Impreso en España*

TOMO I

- Esencia del contrato de sociedad desde Roma y la RAE. *Federico Fernández de Buján*
- Algunas figuras societarias en el derecho romano y particularidades de las mismas. *Olga Marlasca Martínez*
- El burgués emprendedor y el capitalista del éxito. *Javier Pérez Duarte*
- Una enseñanza del uso divergente del Derecho. *Manuel M^o Zorrilla Ruiz*
- Empresas sociales: identidad y experiencias en el País Vasco. *Aitziber Mugarra Elorriaga y Marta Enciso Santocildes*
- Distintos aspectos de la Sociedad Anónima Europea. *Julio Añoveros Trias de Bes*
- El estatuto de sociedad cooperativa europea (SCE). *Javier Divar Garteiz-Aurrekoa y Enrique Gadea Soler*
- Las ofertas públicas de adquisición como medio de control de las sociedades cotizadas. comentarios sobre el nuevo sistema de OPAS. *Mikel Arrieta*
- Sociedades mercantiles en la encrucijada del derecho privado y del derecho público. Análisis de dos casos: Intervención administrativa en las OPAs y empresas públicas con forma de sociedad mercantil. *Ramón Múgica Alcorta*
- El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (sociedades cotizadas y no cotizadas). *Pedro Mirosa Martínez*
- Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores ex artículo 262 LSA. *Jorge Caramés Puentes*
- La RSC y el derecho de sociedades. *Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez*
- La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: Aspectos procesales. *Joan Picó i Junoy*
- La legitimación de los liquidadores de una sociedad anónima para ejercitar el derecho de reversión expropiatoria. *Cristina Arenas Alegría*
- Un enigma de la Ley Concursal: La naturaleza de la llamada *responsabilidad concursal* del artículo 172.3. Panorama doctrinal y soluciones judiciales. *Ricardo de Angel Yáñez*
- La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales.
Respuestas societarias, respuestas concursales. *Abel B. Veiga Copo*

TOMO II

- Efectos sustantivos y procesales de la declaración de concurso sobre las ejecuciones hipotecarias. *Inmaculada Herbosa Martínez*
- Problemas de interpretación en el contrato de sociedad civil (externa). *Núria Ginés Castellet*
- La impugnación de acuerdos sociales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Especial referencia a las medidas cautelares. *Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa*
- El arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales. *Alfredo Bayano Sarrate*
- Los juzgados de lo mercantil. *Sara Díez Riaza*
- Sociedades profesionales y mercantilización de la abogacía. *Luis Bueno Ochoa*
- Forma y publicidad de las sociedades profesionales. *Luis Fernández del Pozo*
- Negociación con acciones propias de sociedades cotizadas. *Manuel Ardanza Fresno*
- El desempleo en la sociedad cooperativa. *Francisco Javier Arrieta Idiakez*
- Sociedad de gananciales y participaciones sociales. *Oscar Monje Balmaseda*
- La representación sindical de los trabajadores en la empresa organizada como sociedad anónima. *Fernando Manrique López*
- La nota *intuitu personae* en la *societas romana*. *Ana Mohino Manrique*
- Las dificultades inherentes a la multiplicidad normativa en materia de sociedades cooperativas: perspectiva registral. *María Burzaco Samper*
- Actualización de las normas de conducta de las entidades financieras, a través de la labor de la institución del Defensor del cliente, directamente o en relación con los servicios de reclamaciones de los órganos reguladores. Una aproximación. *Enric R. Bartlett Castella*
- El levantamiento del velo societario por deudas tributarias. *Miró Ayats i Vergés, Jaume Bonet León y Xavier Triviño Prieto*
- Los trámites del procedimiento concursal. *Marta Gisbert Pomata*
- Gestión de los conjuntos inmobiliarios privados a través de personas jurídicas: planteamiento general y vinculación entre titularidad del inmueble y entidad gestora. *Rebeca Carpi Martín*
- La Sociedad Anónima Europea y la implicación de los trabajadores: una aproximación sintética a la (vieja) discusión entre la participación cooperativa y la participación conflictiva de los trabajadores en la empresa. *Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz*
- La exclusión del ámbito laboral de consejeros y administradores ejecutivos: una revisión crítica de la teoría del vínculo. *María José López Álvarez*
- La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia. *Javier Gómez Lanz*

Presentación

Es para mí una satisfacción (y un honor) redactar estas líneas de presentación del conjunto de ponencias y comunicaciones que los profesores de las Facultades de Derecho de ESADE (Universidad Ramon Llull), Deusto (Universidad de Deusto) e ICADE (Universidad Pontificia Comillas) aportaron al Congreso Unijés celebrado en Barcelona durante los días 11 y 12 de junio del pasado año 2007. Y lo primero que añadiré a lo dicho es que la satisfacción y el honor son compartidos también por la institución a la que represento como Decano (la Facultad de Derecho de ESADE) por haber tenido la ocasión de acoger estos dos gruesos volúmenes en la colección de monografías que lleva su nombre. Gracias, por lo tanto, a las facultades hermanas convocantes del Congreso.

Extender la temática del Congreso y, por consiguiente, de los trabajos presentados al mismo, al amplio campo del derecho de sociedades en toda su anchura, ofreció a los intervinientes la oportunidad de (usando la agresiva y sin embargo benéfica expresión que empleaba mi maestro, Antonio Polo) *"dar un golpe"* (y en este caso un muy severo golpe) a esta tan crucial como polémica y debatible parcela jurídica, siempre sujeta a las presiones del devenir social, económico y científico. La misma amplitud temática permitió a los autores, como comprobará el lector, respirar hondo, extender la mirada y huir de los planteamientos habituales en el área, centrados de forma casi exclusiva en la parcela de las sociedades de capitales y, en ocasiones, exasperadamente preocupados (al ritmo de los escándalos financieros) por la problemática del gobierno (se dice, para chasco y sarcasmo, *"buen gobierno"*) de las empresas.

Y no es que, entre nosotros, se haya perdido la sensibilidad al respecto. Los trabajos de Paz Ares, de Eizaguirre y de Daniel Espina (a los que deberían añadirse unos pocos artículos monográficos) se han enfrentado con el imprescindible aire nuevo a la problemática conceptual y global del fenómeno societario. Y el colosal esfuerzo de los cinco volúmenes dedicados al tema en el Libro Homenaje al Profesor Sánchez Calero, junto a la casi contemporánea recopilación dirigida por Vitolo y Embid y el reciente Diccionario coordinado por Alonso Ledesma, muestran el interés despertado por la apertura de visiones panorámicas a todo lo relacionado con las sociedades

y su régimen jurídico. De donde es claro que la llamada realizada por el III Congreso Unijés, cuyos frutos se recogen en estos dos volúmenes, no es cosa aislada ni menos injustificada.

Por otra parte, la crítica que pudiera hacerse a la alternativa anchurosa y amplia asumida por los promotores del Congreso (todo lo relacionado con el derecho y las sociedades) la experiencia ha mostrado que viene sobradamente compensada por los frutos de la libertad y autonomía investigadoras. En efecto: si no tiene nada de despreciable que el *call of papers* de un congreso científico trate de incentivar la investigación en una estrecha parcela hasta entonces desatendida, tampoco resulta desechable el rico fruto obtenido al acotar un ámbito amplio y confiar a la inquietud del investigador la elección del espacio concreto en que profundizar.

Creo, sinceramente, que una buena muestra de ello la tenemos en el mismo contenido de esta recopilación en la que la acreditada transversalidad de la convocatoria ha permitido aportaciones que alcanzan desde la historia del derecho y la filosofía jurídica a las disciplinas especializadas, atravesando las áreas tan distintas del derecho romano, el civil, mercantil, constitucional, administrativo, penal, procesal, laboral y, cómo no, el derecho internacional privado (derecho de conflictos) y el derecho europeo (en su esfuerzo por la armonización legislativa y la oferta de instrumentos comunes). Aportaciones todas que, incentivadas como digo por la autonomía en la decisión del contenido, alcanzan una solvente altura científica.

En cualquier caso y viniendo ahora a otro de los frutos del Congreso celebrado, vale la pena consignar en esta breve presentación que, sin la menor duda, las sesiones contribuyeron a poner de manifiesto la perentoria necesidad de una reordenación del derecho español de sociedades bajo la luz de criterios modernos. Necesidad que debiera mover al legislador y pre-legislador a la conclusión definitiva de la tan traída, llevada y atormentada tarea de elaboración de un Código de Sociedades.



El III Congreso Unijés sobre Derecho de Sociedades celebrado el pasado año en Barcelona vino a cerrar una primera etapa de consolidación de las relaciones científicas, académicas e institucionales entre las Facultades de Derecho de Deusto, ICADE y ESADE, vinculadas todas ellas a la Compañía de Jesús, etapa abierta con especial intensidad a partir del año 2001.

No podría dejar de referirme a ello sin traicionar la consideración, la estima y la amistad que dispense a quienes han sido mis compañeros en este itinerario (casi diría aventura) que nos ha llevado a la conformación de un Programa Master Oficial en Derecho de la Empresa común a las tres Facultades, un Doctorado Inter-Universitario y, finalmente, a la realización anual del Congreso del que la de Barcelona constituyó la tercera edición (precedida por las de Madrid en 2005 y Bilbao en 2006). A todo lo que habría que añadir (no como cosas menores por menos formalizadas) los intercambios de profesorado, la colaboración académica e institucional en los

nuevos proyectos docentes y la profundización en el mutuo conocimiento y perfeccionamiento de las respectivas organizaciones. Quien conozca el mundo de la universidad sabe bien el enorme valor que eso tiene y el mérito de los logros en estos ámbitos, a menudo dificultados por la incomprensión, la frialdad y las tensiones.

Las cosas las hace la gente. Y en este caso y por las razones que acabo de indicar, dentro del inevitable capítulo de agradecimientos que se impone en una presentación como la que estoy escribiendo, deben tomar el primer protagonismo los equipos decanales que hemos recorrido juntos el camino resumido. Con sus respectivos colaboradores, fueron la cordialidad, generosidad y desprendimiento de los Decanos de Deusto, Dr. Juan Echano, y de ICADE, Dr. Antonio Obregón, ambos juristas excelentes y universitarios comprometidos, los que hicieron posible, esta vez, a lo largo de estos casi siete años, estas cosas muchas veces intentadas y no alcanzadas. Son las personas las que cuentan; y confundirá quien deje de reconocer que una coyuntura tan casual como admirable puso al frente de estas facultades, en un mismo instante, a aquellos que teníamos una preocupación y un proyecto común en relación con las instituciones universitarias vinculadas a Unijés.

Puesto que las personas tienen nombres, no quiero olvidar aquí los de quienes, con los decanos, han formado parte de la aventura y con los que permanecerá un sentimiento mutuo de amistad y gratitud: Jaime Oraá, María Pilar Canedo, Juanjo Etxeberria y Julia González, de Deusto, Iñigo Navarro y José María Ruiz de Huidobro, de ICADE. Y, naturalmente, mis compañeros de equipo decanal en ESADE: Teresa Duplá, Eric Bartlett, Lola Bardají, Julio Añoveros y, más recientemente, Bea Añoveros. Espero no dejarme a nadie de aquellos que, sesión tras sesión, cada dos o tres meses, fuere en Bilbao, Madrid o Barcelona, hemos ido construyendo este camino forjado de una fuerte ilusión en el proyecto universitario común, convencidos todos de que hoy las cosas ya no pueden hacerse bien en solitario, de una decisiva concordancia en los objetivos, tanto instrumentales (excelencia docente e investigadora, cuidado del claustro, atención personalizada al estudiante) como sustanciales (el compromiso con la transformación de la sociedad y la realización de la justicia), y de una laboriosidad y entrega sin reservas.

Y no puedo finalizar este capítulo sin un recuerdo al promotor de esta labor común, que nos dejó hace ahora pocos años. Fue el Dr. Antonio Marzal, primer decano de la Facultad de Derecho de ESADE que, ya alejado del cargo e incluso jubilado como Catedrático, siguió, con una lealtad a la institución y sencillez personal que todos hemos admirado, trabajando por la materialización de la colaboración entre las tres facultades, convirtiéndose en pieza decisiva de la operación y, por lo que hace al Congreso científico anual que aquí nos ocupa, en su principal valedor.

Estoy seguro, como lo estaba Antonio, de que quienes hayan de continuar la labor iniciada nos superarán en ilusión, entrega y eficiencia.



Para terminar, *last but not least*, el expreso agradecimiento (no protocolario) a quienes, en relación con la tercera edición del Congreso Unijés, desde la Facultad de Derecho de ESADE, tomaron sobre sí la compleja y comprometida carga del diseño y la organización.

El Profesor Sergi Llebaría, Catedrático de Derecho Civil de nuestra Facultad, en su condición de Director del Congreso, ha llevado la responsabilidad última. Ha sorteado, por tanto, con su proverbial buen sentido, paciencia y competencia, la infinidad de dificultades y sorpresas que depara la tarea. Y, por si fuera poco, ha tenido la generosidad (a eso se llama dejar las cosas bien terminadas) de cuidar de la dirección de la presente edición impresa de ponencias y comunicaciones.

Junto al Profesor Llebaría, la Profesora Esther Sánchez, Titular de Derecho del Trabajo, en su condición de co-directora de investigación de la Facultad, ha compartido la carga con una discreción, sobriedad y reserva que quiero subrayar de manera especial.

Por fin, la Profesora Núria Ginés, asumiendo el probablemente más fatigoso de los cometidos, ha coordinado la composición, recogida de originales, corrección y edición de los volúmenes que presentamos.

A los tres, el más sincero reconocimiento en nombre, no sólo de mi facultad, sino de las otras dos promotoras y de los participantes en el Congreso.

No terminaré sin recordar la colaboración de la Vicedecana Teresa Duplá y de la Directora de la Licenciatura en Derecho, Lola Bardají, ambas atentas a la organización de las sesiones del Congreso; así como la del Vicedecano Profesor Enric Bartlett, verdadero artífice material junto a nuestro habitual editor, Javier Bosch (siempre generosamente inclinado a la colaboración), de la puesta en prensa de estos dos volúmenes.

Y el lector se preguntará: con tanta ayuda y colaboración ¿qué le quedó por hacer al Decano? Pues esto: la presentación del libro.

Barcelona, mayo de 2008.

Dr. Pedro Mirosa Martínez

Decano

Facultad de Derecho de ESADE

(Universidad Ramon Llull)

ESENCIA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD DESDE ROMA Y LA RAE

FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Profesor Propio Ordinario de Derecho Romano
Facultad de Derecho-ICADE
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO

1. Proemio	15
2. El por qué del contenido de mi intervención	16
3. Tentativo de aproximación lingüística	16
4. Intento de definición jurisprudencial	21
5. Un apunte sobre las aportaciones de los socios.....	26

1. Proemio

Desde que en junio de 2005 mi Facultad tuvo el honor de **inaugurar** esta magnífica iniciativa de Encuentros interdisciplinares de las tres Facultades de Derecho de la Compañía en España, yo he tenido el **privilegio** de participar en las mismas. Inauguración y privilegio, términos de hondas resonancias y graves significaciones. Voces provenientes del mundo romano.

Inauguratio, así denominada a la ceremonia que precedía cualquier acto importante para la vida ciudadana, en la que el magistrado *cum imperium*, solicitaba al sacerdote del Colegio Augural, que procediese a tomar los auspicios para desentrañar y conocer si la voluntad de los dioses era favorable. Tengo para mí, con la memoria repleta de recuerdos y vivencias, que los auspicios nos han sido favorables en los dos encuentros felizmente celebrados. Los augurios se han cumplido y han valorado la ilusión y eficacia de los equipos que han soportado «el peso del día y del calor» en su organización y, al tiempo, han reconocido, con frutos materializados en las Actas, el esfuerzo y el estudio que han dedicado los participantes en la preparación y exposición de sus intervenciones.

Privilegium, expresión compuesta de *privus* y *lex*. Se significa con ella la ley particular, disposición dictada a favor de uno, con exclusividad. Por analogía, dicese de quien se siente premiado con algo que no es fruto de su propio esfuerzo, sino que le viene dado, magnánimamente, desde fuera. Y yo me he sentido privilegiado, de compartir comunicación intelectual y verme gratificado por la comunión humana entre esos colegas de las instituciones fraternas que, por serlo de ellas, son también mis colegas.

Madrid, Bilbao, Barcelona. Comillas, Deusto. Esade. El *espíritu universitario ignaciano* es el techo que nos cobija. El Derecho, el marco general objeto de nuestro estudio y parcela de nuestro saber. Mayores, Consumo, Sociedades, han sido las materias específicas, elegidas con acierto, como temas propios de nuestra reflexión e investigación congresual.

Hoy, aquí, las Autoridades académicas de ESADE, han desplegado la tercera vela de esta Goleta que arriba a Barcelona. Y yo, que soy su invitado, quiero rendir público

testimonio de felicitación y gratitud a quienes con su eficacia, amabilidad y diligencia lo han hecho posible. Consolidada esta feliz iniciativa, espero que permanezca, y deseo que nuestro velero bergantín vuelva a surcar nuevas y fecundas travesías.

2. El por qué del contenido de mi intervención

Cuando en los albores de la preparación de nuestro Congreso, discurría sobre el posible contenido de mi intervención tenía presente el propósito de aportar algo útil a colegas especialistas en el pujante Derecho societario. Cuando, con posterioridad, recibí el Programa y comprobé que mi intervención se situaba en la primera sesión, me pareció oportuno cambiar, totalmente, el contenido de la que tenía preparada: *Aportaciones de los socios en el contrato de sociedad en Roma*. Consideré que era demasiado particularizada y que no encajaba bien en el arranque de nuestro Encuentro. Entendí que podría ser más provechoso, realizar una exposición general, lingüística y clásica, con la pretensión de que pudiese servir, si alcanzaba, a exposiciones más especializadas. Así, me ha parecido oportuno intentar exponer el fundamento esencializado del contrato de sociedad, desde Roma y desde la RAE.

Concreción genuina en su formulación jurisprudencial clásica y precisión semántica en su formulación lingüística evolutiva, convencido de que el conocimiento de su origen romano y la adecuada utilización de los términos en los que se expresa en nuestro idioma, se conforman como premisas indeclinables para abordar, con rigor, cualquier reflexión jurídica sobre el derecho positivo. Al final y como colofón, ofreceré una síntesis, muy sencilla y abreviada, del contenido inicialmente previsto acerca de *las aportaciones de los socios*.

3. Tentativo de aproximación lingüística

Comienzo penetrando en los tesoros que nos ofrece la Real Academia Española. Lo hago desde la firme convicción que todo jurista, si merece tal denominación, debe ser extraordinariamente preciso en la utilización del lenguaje, ya que sólo desde su correcto uso puede definirse, adecuadamente, cualquier categoría o concepto que se conforme en el ámbito del Derecho.

La vigésima segunda edición de su Diccionario¹ presenta cuatro acepciones de la voz *sociedad*, del latín *sociētas*, *-ātis*. La primera, por lógica, corresponde a su concepto más general. Afirma: *Reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones*.

En la segunda, más concreta, los Académicos han querido enunciar sus rasgos definidores. Dice: *Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad dis-*

1. Vid. Voz *sociedad* en el Diccionario de la Lengua Española, vigésimosegunda edición. Abril de 2005, publicado por la Real Academia Española de la Lengua, en colaboración con veintiuna Academias que, con ella, integran la «Asociación de Academias de la Lengua Española».

tinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida. En ella encuentran acomodo las distintas y diferentes variantes sociales, también su génesis y su conformación evolutiva.

La definición enunciada presenta a mi juicio una certera formulación. Así, me resulta acertada su primera expresión, cuando se afirma que la sociedad es una **agrupación**, en el sentido de conjunto de personas unidas o asociadas. También lo es cuando se acepta la alternativa de que dicha agrupación sea: **natural o pactada**. Entre las primeras, considero que es el ejemplo más paradigmático sería la familia, como agrupación, de orden natural, que se constituye en la célula básica del cuerpo social; entre las segundas podría señalarse el contrato de sociedad, el objeto de nuestro Congreso, en cuanto que sólo puede hablarse de él, como consecuencia de un pacto o acuerdo entre quienes lo constituyen.

Asimismo, entiendo que resulta preciso señalar, como lo hace la definición enunciada, que la sociedad una vez constituida se **sustantiviza**, configurándose como un **ente unitario e independiente** de la simple adición de los individuos que la conforman. Por último, entiendo que el concepto queda definitivamente conformado, a través del señalamiento del **«fin» social** que, sin duda, es elemento esencial del concepto definido, por el cual presenta identidad propia. Ciertamente, si no existiese un fin común, no tendría sentido ni la agrupación ni la cooperación entre sus miembros, pues, una y otra encuentran causa o razón de ser, en la consecución del fin para el que se constituyen.

Afirmadas las bondades, me atrevo, con respeto institucional, a presentar dos discrepancias del referido concepto académico. Primero, no me parece feliz una redacción en la que se incurre en redundancia con el término fin, al decir: *...con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.* Quizás podría haberse salvado diciendo con el propósito, la pretensión, la aspiración, de cumplir.... Esta sustitución del término «fin», considero que se entendería correctamente en el contexto de la definición.

Segundo, no encuentro posible que una sociedad del tipo que sea, pueda pretender la meta o perseguir el fin de *de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos los fines de la vida.* He enfatizado el término **todos**, al entender que ninguna sociedad, podrá nunca colmar, en plenitud, todos los fines de la vida de una persona que forme parte de la misma. Sin duda, la sociedad contribuirá, decisivamente, a que el hombre pueda pretender alcanzarlos. Incluso estoy en condiciones de afirmar, desde la sabia máxima orteguiana, que la persona sólo estará en condiciones de alcanzar su propio yo, desde la suma de su circunstancia vital que le hacer ser el mismo.

Sin embargo, reafirmada la ineludible dependencia de los otros, considerar que una agrupación social pueda aspirar a *cumplir todos los fines de la vida*, a mi juicio, rebasa la posibilidad no ya alcanzarse sino incluso de pretenderse. Nos tendríamos que situar fuera del plano meramente humano, que es el que en todo momento se mueve el concepto académico de sociedad, y situarnos en un plano místico y sobrenatural para poder lograrlo. Así, en nuestra cultura y civilización cristiana encontraríamos plenitud en el concepto paulino del *Corpus Mysticum Christi*, al que los iusprivatistas reconocen como uno de los principales precedentes históricos de la

taría y compleja elaboración del concepto de persona jurídica en la historia de la ciencia del derecho.

No presenta interés alguno para nuestro estudio la tercera acepción: «*Agrupación natural de algunos animales*», y por ello se hace preciso esperar a la cuarta acepción para leer: «*Agrupación de comerciantes, hombres de negocios o accionistas de alguna compañía*». Sobre esta definición volveremos al abordar el concepto de contrato de sociedad.

El Diccionario añade a las referidas acepciones, al menos dos docenas de expresiones en la que se utiliza la voz sociedad. De entre ellas, son varias las que se sitúan en el ámbito jurídico así, define con bastante precisión la sociedad: –*comanditaria o en comandita*; –*comanditaria por acciones*; –*conyugal*; –*cooperativa*; –*de gananciales*; –*de responsabilidad limitada*; y la –*regular colectiva*. Sin duda, la *auctoritas* de quien o quienes, en cada momento, representaron al mundo del derecho en los sillones de la Española, han hecho posible un conjunto tan exhaustivo como ordenado de voces jurídicas, que dotan a nuestro Diccionario de un reconocido prestigio que lo convierte en excelente entre los de su clase.

Si adentramos en el Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española que se encuentra en el catálogo de la RAE, nos encontramos con los 28 Diccionarios editados por la Real Academia. De su preciado contenido podemos una extraer valiosa información para nuestro conocimiento semántico, de los términos o voces que son objeto de nuestra atención en el estudio y análisis del contrato de sociedad.

El primero de estos Diccionarios es el intitulado *Diccionario de Autoridades*, magna obra académica que comprende seis tomos elaborados, siguiendo el orden alfabético, entre los años 1726 a 1739². Esta edición príncipe contiene, a nuestros efectos, las voces de: **sociable, sociabilidad, sociedad y socio**.

Vale la pena detenerse en un sucinto análisis de las mismas. Por **sociable** entiende: *lo que fácilmente se junta y adapta a otro o se inclina a tener compañía*. Es evidente la necesaria cualidad de sociables que deben tener los socios en el genuino contrato de sociedad romano, debido al carácter personalísimo del mismo. Nota o rasgo esencial, como relación jurídica *intuitae personae*, que abordará en esta Sesión, dentro del turno de comunicantes, la Profesora Doctora Ana Mohino. Estrechamente vinculado a este término, el Diccionario recoge **sociabilidad**, que es definida como: *Tratamiento y correspondencia de unas personas con otras*. Es, asimismo, obvio que dicha sociabilidad es el parámetro de las relaciones entre los socios en cualquiera de las sociedades personalistas.

Mucho más sorprendente respecto de nuestro valor semántico actual, es el que ofrece el Diccionario de Autoridades de la voz **sociedad**, ya que en su primera acepción se limita, escuetamente, a decir: *compañía de racionales*, sin ofrecer más

2. Vid. Diccionario de Autoridades. De la Real Academia Española. Diccionario de la Lengua castellana en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o refranes y otras cosas convenientes al uso de la lengua. Tomo cuarto Imprenta de la RAE, por los herederos de Francisco del Hierro. Madrid 1734.

acларación ni incorporar otra acepción alguna. Ciertamente, su lectura no pudo menos que recordarme el famoso texto aristotélico que define al hombre como *zoom politikom*. Si el hombre es un animal político, Aristóteles lo afirma en el sentido de considerarlo como un ser que, por su propia naturaleza, habita con otros, vive en sociedad. Al definir los Señores Académicos la sociedad, como *compañía de racionales*, entiende que se define como una agrupación de seres identificados y diferenciados por la **racionalidad**, cualidad que se nos supone a todos los que formamos parte del género humano.

En su segunda acepción, el Diccionario ofrece un sentido para la voz **sociedad** de noble raigambre científica. Se dice: *Vale también para la junta o compañía de varios sujetos para el adelantamiento de las facultades o ciencias*. Para que quede claro, añáde, como materialización edificante, *así la Sociedad Real de Londres*. Al redescubrir y detenerme en esta acepción que, desgraciadamente, se encuentra en franco desuso, me produjo íntima satisfacción que, más temprana que la voz sociedad, referida a las mercantiles y dentro de éstas a las Anónimas –que en nuestro mundo mercantilizado parece que lo invaden todo–, se encuentra ésta, que hace referencia a las Sociedades constituidas, sin ánimo de lucro, con el loable propósito de cultivo personal y progreso intelectual. ¡Cómo no recordar aquí, las beneméritas Sociedades de Amigos del País, fundadas a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, que tanto han hecho por la elevación del nivel cultural y científico de la sociedad española! Como dato curioso debo decir que la primera en constituirse es la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, de 1765. Diez años más tarde se funda, en Madrid, a iniciativa de Campomares y bajo el regio Patrocinio de Carlos III, la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País. Y en 1822, se funda la Sociedad Económica Barcelonesa de Amigos del País.

Por lo que se refiere a la voz **socio**, es definida en el Diccionario de Autoridades, por simple remisión, cuando se dice: *Lo mismo que compañero*. Es obvio, que aún queda mucho trecho que recorrer, para que con la voz **socio** sea reconocido el accionista de una sociedad anónima. Parece que socio es aquel que está a nuestro lado y que por ello, por formar compañía con nosotros, lo conocemos como perteneciente a eso de lo cual nosotros también formamos parte. Así, en este tiempo debería ser tomado como una *contradictio in terminis* denominar socio a quien ni conocemos, ni tenemos intención alguna de conocer, ya que nunca llegará a ser considerado por nosotros compañero nuestro.

Los cuatro siguientes Diccionarios, denominados *Usuales*, publicados por la Academia desde 1780 a 1791, no agregan ni suprimen nada a lo recogido en la edición príncipe que hemos glosado. Hay que esperar al Diccionario fechado en 1803 para encontrarnos con dos notables novedades dignas, a mi juicio, de ser resaltadas a los efectos de nuestro estudio.

Primero, se añade a la voz **social**, como ejemplos de utilización, dos expresiones bimembres, que son: *contrato social* y *virtudes sociales*. Adviértase, respecto de la primera que la fecha de publicación del célebre ensayo roussoniano es de 1762. En este sentido merece destacarse, que ha sido preciso esperar casi cuarenta años, para que el ascendente que dicha obra, de Juan Jacobo Rousseau, tuvo en la sociedad

política del primer tercio del siglo XIX, fuese la causa de que se recogiese esa expresión, consagrada en la doctrina, en dicho Diccionario.

En segundo lugar, se incorpora una tercera acepción a la voz **sociedad**. Dicha acepción nos interesa, sobremanera, ya que es la primera vez que en un Diccionario Académico, se añade una acepción plenamente jurídica y actual. Así, se dice de la voz **Sociedad**: *Lo mismo que compañía entre comerciantes*.

Siguiendo con nuestro rápido repaso por los Diccionarios de la Academia, el Usual de 1832, en la tercera acepción de la voz **sociedad** que acabamos de referir, añade la expresión jurisprudencial latina: *Mercatorum societates*. Parece que a los Señores Académicos les ha parecido que con ello aclaran el sentido de lo que han expresado diciendo: *compañía entre comerciantes*.

El Diccionario de 1852 presenta, también, una significativa novedad que considero de especial interés en el ámbito jurídico. Se define, por vez primera, cuatro distintos tipos de sociedades mercantiles, a saber: *la sociedad accidental, la sociedad o compañía anónima, la sociedad en comandita y la sociedad regular colectiva*. Los contenidos con los que son enunciadas, entiendo que siguen respondiendo, básicamente a nuestra vigente realidad normativa. Es de destacarse que, probablemente, su contenido esté básicamente, tomado, y sea fiel reflejo, de lo establecido en nuestro primer Código de Comercio, de 1829. No obstante, también debe resaltarse que ha sido preciso, de nuevo, esperar 23 años para que se insertase en la realidad del Diccionario de la RAE, habiéndose publicado, con anterioridad, tres Diccionarios, los de los años 1832, 1837 y 1843 sin que en ninguno de ellos se procediese a recoger lo dispuesto en el reconocido Código de Sainz de Andino.

Respecto de la *sociedad accidental*, que es probablemente la más alejada de la realidad presente, el Diccionario dice: *La que se verifica sin establecer compañía formal interesándose unos comerciantes en las operaciones de los otros*. Aspiro a que si me escucha algún mercantilista y se siente interesado por algo de mi exposición, nos informe en que medida queda en nuestro derecho vigente algún vestigio de tan curiosa sociedad mercantil.

Sorprende que a pesar de reconocer estas variantes de sociedades mercantiles, los Académicos no se hayan dignado a modificar la voz socio que sigue definiéndose, con carácter exclusivo, como *compañero*. Será el Diccionario de 1884 el que extiende su concepto y define, por vez primera, la voz **socio**, en su segunda acepción, como: *Persona asociada con otras para algún fin. Individuo de una sociedad*. Debe advertirse que este Diccionario en el que socio deja de ser, en exclusiva, compañero y ya es, asimismo, *individuo de una sociedad*, se publica el año anterior a la vigencia del nuevo Código de Comercio de 1885 que, en su artículo 119, disponía que:

Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública. Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

Parece que, para completar y complementar este nuevo concepto, el Diccionario de 1925 recoge, expresamente, las dos variantes de *socio capitalista* y *socio industrial*, definiéndolas, con rigor jurídico, tal y como son hoy entendidas por la doctrina.

Para finalizar este apartado y con el propósito de completar este tentativo lingüístico me referiré, brevemente, al contenido del Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana de Joan Corominas³ que recoge la expresión **socio**. Su datación cronológica la sitúa hacia 1440, al entender este estudioso que la primera vez que se tiene constancia expresa de su uso en nuestra lengua, se contiene en sendos Glosarios de Palacio, hoy conservados en Toledo y en la Biblioteca del Monasterio del Escorial.

Inserta Corominas en su Diccionario la voz **socio** y señala como voces derivadas las siguientes: **Sociedad** que, no obstante, data con anterioridad a socio, fijando su aparición en 1220-1250, en textos de Gonzalo de Berceo. También recoge **asociar y asociación** señalando que han sido definidas en el primer tomo del Diccionario de Autoridades de 1726. Asimismo añade, **social**, del latín *socialis*, que según Corominas, se incluye por vez primera en el Diccionario de la RAE de 1817 y **socializar**, incluida, por primera vez en el Diccionario de 1925.

Dentro del campo semántico de **sociedad** Corominas enuncia: *social, sociabilidad, societario, sociable*. De la misma raíz etimológica latina, *societas-atis* proceden, asimismo, las voces cultas de **sociología y sociólogo, sociológico**...etc., así como el negativo **disociar, disociativo y disociación**, todas ellas procedentes del verbo latino *dissociare* que Corominas refiere su origen en nuestra lengua, a fines del siglo XVIII.

4. Intento de definición jurisprudencial

Resulta comúnmente admitido, que para realizar un adecuado análisis acerca del sentido de cualquier institución jurídica o para alcanzar una correcta interpretación del contenido de una norma, el estudioso del Derecho debe previamente conocer y comprender el marco histórico-social en que dicha disposición ha sido formulada.

Asimismo, la vida social del hombre y el devenir de las sociedades en la que aquella se desenvuelve, es siempre un *prius* respecto al marco jurídico que las ordena y las regula. El Derecho acompaña a la vida, pues, es ésta quien lo condiciona y modifica. Es así el Derecho un producto histórico, que nunca debe desvincularse del marco social al que va a ser aplicado. Lo contrario implicaría correr el riesgo de convertir el orden jurídico en una entelequia artificial y por ello inservible. Y si la vida social condiciona la tarea de conformación del Derecho, del mismo modo aquella debe ser informante en la tarea de su correcta interpretación.

Pretendo ahora intentar recordar algunos conceptos elaborados por la jurisprudencia romana, en relación con el contrato de sociedad que considero clásicos, y por clásicos atemporales. Esta valoración era formulada por el profesor Giuseppe Gandolfi, en un seminario de Profesores, al que fui invitado a participar, en la Uni-

3. Vid. Joan Corominas, Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana, Segunda edición, 3ª reimpression. Madrid 1973. pág. 540

versidad Complutense de Madrid el pasado mes de mayo. El ilustre civilista italiano – impulsor y Presidente de la Academia Europea de Iusprivatistas, denominada en su origen grupo de Pavía y también Comisión Gandolfi –, reafirmaba el valor y vigencia de las geniales creaciones jurisprudenciales romanas en el ámbito de las relaciones contractuales, tanto para nuestro derecho positivo como para un eventual proceso de unificación europea. Así, su conocimiento y reflexión está presente en la labor de redacción que actualmente se realiza sobre la parte especial del conocido proyecto de Código europeo de contratos, lo mismo que lo fue en la parte general, ya presentada en el Parlamento europeo.

Debemos comenzar afirmando, que no existe en las fuentes jurisprudenciales una definición del contrato de sociedad. Además, antes de que la sociedad se configurase en el mundo romano de acuerdo con su naturaleza contractual y consensual, aproximadamente en el siglo II a. C., existieron distintas instituciones jurídicas que cubrían las necesidades asociativas, tanto en el ámbito familiar como en el incipiente mundo de las relaciones económicas.

Entre esos antecedentes destaca el *consortium* o *societas ercto non cito*, es decir, el consorcio familiar sin dividir, que se conformaba a través de la comunidad hereditaria familiar y se constituía entre los descendientes del *paterfamilias* a su muerte. En un pasaje de las Instituciones de Gayo, 3,154, se afirma que la sociedad tiene su origen en el *ius gentium*, se contraía por el mero consentimiento y existe entre todos los hombres por razón natural. Y continúa diciendo:

Pero hay otra sociedad que es propia de los ciudadanos romanos. ... antiguamente, cuando moría el paterfamilias, había entre sus herederos una cierta sociedad, legítima y natural a la que a su vez se llamaba «ercto non cito».

Entiende la doctrina que algunos rasgos de este consorcio familiar se pueden apreciarse más tarde en la regulación jurídica del contrato de sociedad. Así se explicarían, entre otros, distintas notas típicas tales como: la fijación del criterio de culpa *in concreto* como criterio de responsabilidad contractual; la extinción de la sociedad por muerte, capitidisminución o concurso de acreedores de uno de los socios; o, el propio carácter infamante de la *actio pro socio*.

Otro precedente, que destaca por su relevancia político-social, es la *societas publicanorum*, antecedente a su vez de la *societas quaestus*, siendo ésta una sociedad de ganancias que, a diferencia de la *societas omnium bonorum*, pone en común sólo determinados bienes de los socios.

Pasando a referir las principales notas características que conforman el concepto del contrato de sociedad en la jurisprudencia clásica romana, entiendo que es preciso iniciar nuestra somera descripción haciendo referencia a la denominada, *affectio societatis*. Así, la nota más característica del contrato de sociedad es que se trata de un contrato consensual. Gayo, al hablar del contrato de sociedad, indica que éste nace del consentimiento –Gayo 3,154–, y afirma que esta sociedad consensual encuentra su origen en el derecho de gentes. Esta nota esencial también viene expresada en un texto tomado del libro XXXVI de comentarios a Quintus Mucius de Pomponio que se recoge en

D.44,7,57

En los contratos... cuando interviene algún error, de modo que uno de los contratantes piense una cosa y otra distinta el que con ellos contrata, es nulo lo que han hecho. Y lo mismo debe responderse cuando se trata de un contrato de sociedad, de forma que no valga ésta, que se funda en el consentimiento, si disienten los contratantes pensando cada uno cosa distinta.

Como en los otros tipos contractuales –se recoge con carácter general para los cuatro consensuales en Gayo 3,135 y 136–, también en la sociedad, el consentimiento puede prestarse expresamente y de presente, o bien por medio de otra persona, así *per nuntium*. Así se establece en un texto tomado del libro III de Reglas de Modestino recogido en

D.17,2,4

No hay duda se que se puede contraer una sociedad... por convenio verbal y mediante mensajero...

En relación con el elemento volitivo del contrato de sociedad, es importante destacar que la *affectio societatis*, es decir, la intención de constituir la sociedad y de mantenerse en ella, expresa el *animus sociorum*, como elemento integrado en el *consensus*. Este *animus*, en el momento de constituir la sociedad se cifra en el *animus contrahendae societatis*. Un texto tomado del libro XXXI de comentarios al edicto de Ulpiano, distingue entre una y otra institución jurídica según el *animus* de los intervinientes.

D.17,2,44

Si te hubiese dado una perlas para vender, de modo que si las vendieses en diez mil sextercios me dieses los diez mil y si en más te quedas con la cantidad excedente, me parece que si se convino con intención, se dará la acción de socio y si no la acción de palabras prescritis.

Como puede desprenderse de la lectura del pasaje ulpiano, el elemento fundamental que configura como sociedad un convenio entre dos personas es el *animus* específico de constituirse en sociedad, que se aprecia cuando el jurista dice: *si se convino con intención*. El *animus* o intención en nuestro contrato conforma y condiciona la finalidad económico-social que se pretende con la realización del negocio. El texto de Ulpiano, que se considera por la doctrina alterado por los compiladores, continúa diciendo que si no ha habido intención de constituir sociedad entre las personas relacionadas con el convenio descrito, debe darse la *actio praescriptis verbis*.

Es, asimismo, interesante considerar en relación con el concepto de sociedad, que la jurisprudencia romana consideró nula la sociedad contraída mediante legado o donación. Así se expresa en un texto tomado del libro XXXI de comentarios al edicto de Ulpiano que se recoge en

D.17,2,5,1 in fine

No se contrae válidamente la sociedad a causa de donación

La razón es que en este caso, no existe una voluntad de las partes de reunirse en sociedad, sino que su situación común deriva de un acto externo a sus personas. Lo mismo se expresa en otro texto, en el que se refiere más explícitamente que no hay sociedad como consecuencia de una mera situación común, sino solamente cuando entre las personas que comparten dicha situación existe intención de constituirse y actuar en sociedad. Así, en un pasaje tomado del libro XXX de Ulpiano de comentarios a Sabino, que se recoge en D.17,2, 31 se afirma que,

Para que tenga lugar la acción de socio debe mediar una sociedad, pues no basta que la cosa sea común si no existe una sociedad y puede haber una gestión común también sin mediar sociedad, por ejemplo cuando nos encontramos en comunidad sin intención de contraer una sociedad, como acontece cuando una misma cosa ha sido legada a dos o también cuando una cosa ha sido comprada simultáneamente por dos personas o si recibimos una herencia o donación común; o bien si compramos separadamente las partes de dos propietarios sin ánimo de hacernos socios.

La donación como acto de liberalidad no da lugar por sí sola a una sociedad, pues, entre las personas que reciben algo en concepto de donación, puede no darse la *affectio societatis*. Lo que resulta en este caso es una *communio incidens*, es decir, una comunidad incidental, que es aquella situación en la que el estado en común no deriva del consentimiento de los comuneros, pues, no se produce como consecuencia de una decisión libremente adoptada de poner la cosa al servicio de un fin decidido por ellos.

El contrato de sociedad está tan unido al consentimiento de los socios, que su mantenimiento o extinción coincide con el mantenimiento o la desaparición del *animus* o intención de estar en sociedad. Así en Gayo 3,151 se afirma:

La sociedad perdura mientras los socios perseveran en este sentido, pero cuando alguno de ellos renuncia a ella ésta se disuelve.

El consentimiento prestado en el momento de constituir la sociedad, puede dar lugar a una sociedad por tiempo indefinido, o bien a una sociedad sometida a la llegada de un término o al cumplimiento de una condición. Así se establece en un texto tomado del libro XXXII de comentarios al edicto de Paulo, que se recoge en el primer fragmento que inicia el Título D.17,2 que lleva por rúbrica: *Actio pro socio*, La acción de socio.

La sociedad puede contraerse a perpetuidad, de por vida, desde o hasta determinado tiempo y también bajo condición.

En cuanto a otras notas características del contrato de sociedad podemos señalar las siguientes:

La sociedad, en su condición de contrato consensual, es un contrato no formal. No precisa solemnidad alguna. No obstante este requisito de esencia, se cree que fue un uso frecuente la forma escrita como *forma ad probationem*, nunca, pues, como *forma ad validitatem*. Esta forma escrita usual, puede apreciarse en muchos frag-

mentos jurisprudenciales que contemplan un supuesto fáctico en el que se menciona un documento que recoge por escrito el contrato social.

Es un contrato multilateral perfecto. Es decir, genera obligaciones para todas las partes contratantes, pudiendo éstas ser dos o más. Cada socio es responsable frente a todos los demás del cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de sociedad. Las obligaciones derivadas del contrato de sociedad alcanzan tanto a su compromiso de aportar los bienes o sumas de dinero acordadas en el contrato de sociedad, como a la actividad que se comprometa a realizar en favor de la gestión de los intereses sociales.

Es un contrato oneroso. Las obligaciones contraídas por cada uno de los socios encuentran su causa o justificación en las obligaciones asumidas por los otros. Esto implica la reciprocidad de las prestaciones. Así se expresa en un curioso texto tomado del libro XXXI de comentarios al Edicto de Ulpiano y recogido en

D.17,2,52,13

Asimismo, escribió Mela que si dos vecinos se concedieron recíprocamente dos medios pies para edificar allí, entre ambos, una pared resistente que sostuviese el peso de los dos edificios, y después de hacerse el muro uno no tolera al otro hacer el apoyo, se ha de demandar por la acción de socio y lo mismo si hubiesen comprado un solar en común para que no se perjudicasen sus luces, y habiendo sido entregado el solar a uno de ellos este no cumpliera con el otro como se convino, se da la acción de socio...

El carácter oneroso del contrato social no se desaparece ni siquiera en los casos en los que un socio aporte capital y el otro su trabajo o actividad. Así se expresa en Gayo 3,149

Ha habido mucha controversia sobre si es posible hacer el contrato de sociedad de manera que uno de los socios lleve más ganancia y menos pérdida que los demás. Para Quintus Mucio Escévola esto es contrario a la naturaleza de la sociedad; Servio Sulpicio en cambio estimó –y esta es la opinión que ha prevalecido– que esta sociedad es posible...

Es un contrato de tracto sucesivo. Esto significa, que la relación contractual no agota su virtualidad en el cumplimiento de las obligaciones de los contratantes, sino que su eficacia se dilata en el tiempo. Tan es así, que fue frecuente constituir la sociedad sin término final, configurando –como vimos en D.17,2,1– una *societas a perpetuidad*. Esto no significa que deba durar toda la vida de los socios sino solamente que éstos no han puesto término a su duración, por lo que se mantiene mientras permanezca esta voluntad fundacional. Así debe entenderse Gayo 3,151, cuando dice:

la sociedad se mantiene mientras los socios perseveran en este sentido

Es un contrato de buena fe. Las acciones derivadas de esta relación contractual, lo son con fórmula *oportere ex fide bona*. Del cumplimiento de las obligaciones respon-

den los socios de acuerdo con todo lo que se puede exigir conforme a la buena fe y no sólo en los términos estrictamente pactados. Así se expresa en,

D.17,2,52,1 (Ulp. 31 ed.)

Entra en esta acción de socio la consideración de la buena fe

El carácter informante de buena fe de la *actio pro socio*, lleva incluso a anular un acuerdo expreso entre los socios que pudiera vulnerar la rectitud o la equidad en las relaciones entre los mismos. Este efecto radical de declarar válido solamente lo pactado conforme la buena fe, se observa con rigurosidad en un supuesto que viene planteado en D.17,2,76 –tomado del libro XV de los *Digesta* de Celso– resuelto en un pasaje del libro V de Epístolas de Próculo y recogido en

D.17,2,78

Has contraído conmigo una sociedad con la condición de que Nerva, amigo común, determinase las partes en la misma. Nerva determinó que tú fueses socio por una tercera parte y yo por dos terceras partes. Preguntas si esto es válido por el derecho mismo de sociedad o si, a pesar de todo, somos socios por partes iguales. Estimo que tu deberías haber preguntado si seríamos socios según las partes establecidas por él o por las que debiese debido establecer un hombre recto... Sin embargo, en la cuestión propuesta estimo que ha de seguirse el arbitrio de un hombre recto, tanto más por ser la acción de socio un juicio de buena fe.

El supuesto de hecho contemplado puede ser completado con una sentencia tajante contenida en el siguiente fragmento. Este pasaje pertenece al libro IV de *Quaestiones* de Paulo. Pudiera ser que Paulo retomase, en un supuesto teórico, el caso antes resuelto por Próculo.

D. 17,2,79

De ahí, que si la determinación de partes que hizo Nerva es tan perversa que resulta de ella una manifiesta iniquidad, puede ser rectificada mediante la acción de buena fe.

Esta serie de fragmentos concatenados se completa con un pasaje recogido D.17,2,80, que pertenece al libro V de las Epístolas de Próculo, en donde se afirma que *puede ser ajustado al criterio de un hombre recto que no seamos socios en partes exactamente iguales*. Es obvio que las partes serán desiguales, habitualmente, cuando las aportaciones lo sean.

Por último, es un contrato *intuitu personae*. A ello se referirá, como he anunciado, la profesora Ana Mohino.

5. Un apunte sobre las aportaciones de los socios

La principal obligación derivada del contrato de sociedad es la que compele a todos los socios a realizar efectivamente las aportaciones de cosas, dinero y/o derechos a

las que se han comprometido. Ya hemos señalado que la sociedad en el derecho romano no se constituyó como persona jurídica, con personalidad independiente de los socios que la conforman. Ello conlleva que las aportaciones de los socios no constituyen un patrimonio independiente del que sea titular la sociedad. En este sentido, cada socio es condueño del conjunto de los bienes que resultan de las aportaciones efectivas de todos los socios y, al tiempo, es codeudor de cada una de las aportaciones comprometidas por los demás y aún no entregadas.

Además, lo actuado por un socio, en principio, sólo repercute en su propia esfera patrimonial, si bien, en virtud del contrato de sociedad, los demás socios podrían demandarle a través del ejercicio de la *actio pro socio* si se negase a poner en común el resultado económico de su gestión. Así debe entenderse lo afirmado por Paulo, en un fragmento de su libro LXII de Comentarios al edicto que se recoge en

D.17,2,74

Si alguno hubiese contraído una sociedad, lo que él compra se hace suyo y no común, pero por la acción de la sociedad está obligado a hacerlo común.

Esta obligación de poner en común el resultado de las gestiones sociales, encuentra su contrapartida en el derecho de cualquier socio de exigir que repercuta en la masa social, la cuantía de las deudas que pudiera haber contraído como consecuencia de la gestión de los asuntos sociales. Así se expresa en un texto tomado del libro VI de comentarios a Sabino de Paulo que se recoge en

D.17,2,27

Todas las deudas que durante la sociedad se contrajesen han de ser pagadas con el fondo común...

Dicha masa común debe, pues, restituir a cualquier socio los desembolsos que se haya visto obligado a realizar de su propio patrimonio en la gestión de los intereses sociales. Así, si un socio recibe dinero a préstamo para realizar una operación en interés de la sociedad, la masa común deberá asumir la obligación de devolución del capital tomado en préstamo. Esta obligación social se contempla en un pasaje de Papiniano, tomado de su libro III de Respuestas, que se recoge en

D.17,2,82

El socio no se obliga, a la deuda de otro socio, por el derecho de sociedad, a no ser que la cantidad prestada haya ingresado en el arca común.

Incluso la masa común debe restituir al socio los intereses que haya tenido que pagar en la devolución del capital prestado, si el mutuo que realizó con el tercero con el que contrató hubiese sido un mutuo con interés. Así se establece en

D.17,2,67,2 (Paul. 32 ed.)

Si alguno de los socios tuvo necesidad de gastar en un negocio común algo de lo suyo, lo recuperará por el juicio de sociedad, y los intereses también, si acaso dio una cantidad que había recibido en préstamo e interés. Pero también si dio

dinero suyo, se dirá con razón que puede igualmente percibir los intereses que podría tener si lo hubiese dado en préstamo a otra persona.

A pesar de esta repercusión final de los efectos positivos y negativos de las gestiones o negocios realizados como consecuencia de la actividad desarrollada en interés de la sociedad, conviene recordar que el socio que contrata, actúa en su propio nombre, por lo que los efectos derivados de su actuación repercuten en su propio patrimonio, quedando él y no la sociedad que no tiene personalidad, responsable frente al tercero con el que contrató.

Por lo que se refiere a la capacidad de cada uno de los socios de actuar válidamente en la gestión de los intereses sociales, debemos señalar que todos son copropietarios de todos los bienes en que consisten las aportaciones sociales, por lo que cualquiera de ellos puede disponer –por sí sólo– de los mismos con la única limitación de la posible *prohibitio* de otro socio. Puede definirse el *ius prohibendi*, como el derecho de veto que cualquier socio tiene, y puede interponer, frente a cualquier decisión que pretenda adoptar otro socio en relación con la gestión, administración y disposición de los intereses y los bienes que conforman la masa social.

El enunciado de este controvertido derecho de veto, puede apreciarse en un texto de Papiniano, en el que se cita la opinión de Sabino. El pasaje se formula de modo abstracto, resultando un compendio de máximas que debieron materializarse como consecuencia de la resolución de numerosos casos concretos, en los que se plantearían diversas controversias referidas a esta complicada cuestión. *D.10,3,28 (Pap. 7 quaest.)*

Dice Sabino que ninguno de los dueños puede en derecho hacer nada en la cosa común contra la voluntad del otro. De donde es evidente que hay derecho de prohibirlo, porque consta que, en igualdad de circunstancias, debe prevalecer el que prohíbe. Pero aunque en una cosa común puede un socio prohibir a otro que haga alguna cosa, sin embargo no puede obligársele a que destruya la obra hecha si, cuando había podido prohibirlo, dejó de hacerlo.

El pasaje también señala que lo que no se prohíbe por un socio, conociendo éste que se va a hacer, debe entenderse que se consiente o permite, por lo que rige la regla del consentimiento tácito, siempre que el socio que pudiera oponerse tenga conocimiento de lo que otro pretende. Por ello, concluye el pasaje señalando que:

Pero si ausente el socio, hizo algo en su perjuicio, entonces está obligado a destruir lo hecho.

Un fragmento en el que se aprecia una concreción práctica de esta facultad o veto, lo encontramos, entre otros, en un texto tomado del libro XXXIII de comentarios a Sabino de Pomponio que se recoge en

D.8,2,27,1

Si tú quisieras edificar sobre un solar común, tiene el socio derecho a prohibírtelo, aunque tengas concedido por el vecino derecho a edificar, porque sin el consentimiento de un socio no tienes derecho a edificar en la propiedad común.

Decíamos que un socio puede actuar válidamente en relación con los bienes que conforman la masa social. Un supuesto en el que se admite la pignoración de un fundo común por uno sólo de los socios, se contiene en un texto tomado del libro XIX de los comentarios al edicto de Ulpiano y se recoge en

D.10,3,6,8

Si tuviéramos un fundo común y yo lo hubiera pignorado, se incluye ciertamente en la acción de división de cosa común, pero conservará el acreedor su derecho de prenda, aunque hubiese sido adjudicado, pues también lo conservaría íntegro si hubiese sido voluntariamente transmitida la parte –pignorada– al otro socio...

Por último, en relación con los beneficios y las pérdidas que se generan como consecuencia de las actuaciones de un socio en la gestión de los intereses sociales, los juristas romanos no coinciden en las respuestas que ofrecen a la cuestión de la reclamación de los gastos efectuados, a fin de que sean satisfechos con cargo a la masa social. Una controversia a propósito de esta cuestión conflictiva, puede apreciarse en un supuesto fáctico que debió ser objeto de diversas respuestas en la jurisprudencia clásica. El caso se expone en D.17,2,60,1 (*Pomp. 13 ad Sab.*) y la respuesta continúa en el siguiente fragmento D. 17,2,61 (*Ulp. 31 ed.*)

Un socio resultó herido al contener a unos esclavos comunes dispuestos para ser vendidos y que se amotinaron para fugarse: los gastos de la curación no podrá conseguirlos con la acción de socio, dice Labeón, porque no es un gasto propiamente de la sociedad, aunque se haya hecho con ocasión de ella... Según Julia-no, no obstante, puede recuperar lo que pagó a los médicos; lo que es cierto

Como puede verse, Labeón distingue entre los gastos que se realizan eventualmente con ocasión de la gestión de los intereses de la sociedad, *ab societatem*, de aquellos otros que el socio efectúa en interés de la sociedad, *propter societatem*. Entiende que sólo estos últimos son repercutibles en la masa social y, por ello, podrán ser exigidos por el socio que efectuó el desembolso a través de la *actio pro socio*.

ALGUNAS FIGURAS SOCIETARIAS EN EL DERECHO ROMANO Y PARTICULARIDADES DE LAS MISMAS

OLGA MARLASCA MARTÍNEZ
Profesora encargada de Derecho Romano
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Introducción	33
2. Consideraciones generales sobre las sociedades en algunas civilizaciones de la antigüedad	35
3. Evolución de las figuras societarias en el derecho romano	36
4. <i>Consortium ercto non cito</i>	40
5. <i>Societas omniun bonorum</i>	46
6. Influencia de la sociedad familiar en el contrato de sociedad	46

1. Introducción

En un Congreso cuyo tema central versa sobre el Derecho de sociedades, y que puede ser contemplado desde diversas perspectivas (civil, mercantil, procesal, laboral, penal...), hemos considerado oportuno hacer una modesta aportación desde la perspectiva histórico-jurídica, refiriéndonos fundamentalmente a algunas particularidades en la regulación romana relativas al contrato de sociedad. No hay que olvidar que el citado contrato, juntamente con otras muchas instituciones jurídicas, forma parte del legado que Roma dejó a los pueblos del mundo occidental.

Por otra parte, habida cuenta de que el Congreso en el que intervenimos no es un Congreso específicamente de Derecho romano, vamos a prescindir, en la medida de lo posible, de excesivos tecnicismos jurídicos romanos, más propios de reuniones de romanistas que de otro tipo de eventos académicos donde se dan cita juristas, que son especialistas en diferentes aspectos sobre una temática común.

Más concretamente, en relación con el mencionado tema que nos ocupa en las presentes Jornadas, conviene destacar, en primer lugar, que el espíritu de asociación está muy valorado en todos los pueblos, desde el mismo período de su actividad guerrera¹. «En este sentido “socios” (*socii*) son los que se integran confiadamente en un grupo para conseguir determinados fines de interés común: por ejemplo, los aliados en una guerra»².

Ya en las épocas más primitivas, los componentes de un pueblo, establecidos en un territorio fijo, se dividen en numerosas células familiares en las que los miembros están unidos entre ellos por lazos de parentesco. De esta forma, la familia constituye una sociedad doméstica, sociedad muy pequeña pero real y anterior a otro tipo

1. Cf. SZLECHTER, E., *Le contrat de société en Babylonie en Grèce et à Rome. Étude de Droit comparé de l'Antiquité* (Paris, 1947), pp. 1 ss.

2. Vid. D'ORS, A., *Derecho privado romano*. (Pamplona, 1986), p. 533

de sociedad civil³. Por ello, las primeras sociedades en sentido más propio, es decir, los grupos regulados por normas jurídicas son los miembros de una misma familia, que a la muerte del jefe han decidido mantener la comunidad de su vida y la de sus bienes.

Por otro lado, la idea de unirse con los semejantes para la consecución de un fin común, está integrada en la naturaleza del hombre, *melius est duos esse quam unum*, y en todas las épocas y en todos los lugares, el espíritu de asociación se manifiesta con más o menos intensidad y abarca todos los aspectos de la actividad humana, desde el trabajo manual, pasando por las ocupaciones intelectuales, comerciales, industriales, hasta la actividad religiosa.

En este sentido, Aristóteles⁴ establece que todas las sociedades parecen ser fracciones de la sociedad civil y los hombres se reúnen para satisfacer algún interés y para procurarse lo que es esencial a la vida. Más tarde, el jurista Gayo⁵ llamará a la sociedad constituida a la muerte del *paterfamilias*, *naturalis societas*. En definitiva, como más adelante vamos a ver con más detenimiento, la sociedad era en Roma, como en otros sitios, la forma más natural de la colaboración de las personas que formaban parte de la misma familia⁶.

En la actualidad, es evidente que el Derecho societario, al igual que otras ramas de la organización jurídica contemporánea, constituye una estructura de enorme complejidad y en constante crecimiento. Resoluciones, decretos, leyes y un acervo jurisprudencial inabarcable conforman un panorama cuya extensión y complejidad puede resultar abrumador incluso para los profesionales que a esta materia se dedican⁷. Desde la perspectiva de la historia jurídica, no ha de olvidarse que el Derecho romano brinda ya ciertas bases⁸ sobre las que se ha edificado el vasto edificio del Derecho societario moderno particularmente el de los países cuyos sistemas jurídicos pertenecen al modelo continental europeo.

3. Además del elemento moral y del vínculo de parentesco que unen a los miembros de la sociedad familiar, también interviene el elemento económico desde el principio.

4. *Ética a Nicómaco*, 8,9,4

5. Gayo 3, 154 a)

6. Cf. SZLECHTER, E., *Le contrat de société en Babylonie en Grèce et à Rome. Étude de Droit comparé de l'Antiquité*, ob. cit., p. 406

7. Sobre el particular, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Introducción al Derecho societario*. Parte General. Libro de edición argentina, 1993, p. 126.

8. Las instituciones jurídicas están inmersas, como pocas, en el lento paso de la Historia y la realidad que hoy presentan es la consecuencia de acontecimientos y convicciones que en muchos casos se ubican hace milenios. Es así como, en muchos casos, no es posible entender el sentido y motivo de las normas vigentes sin conocer cuáles han sido sus raíces históricas, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Introducción al Derecho societario*, ob. cit., p.126.

Esta última observación nos va a permitir referirnos en las siguientes líneas a algunas figuras societarias y las particularidades de las mismas en la época romana con el apoyo en las fuentes jurídicas contenidas fundamentalmente en el Digesto de Justiniano, así como en el Código y también en las Instituciones del citado emperador. Del mismo modo, las Instituciones de Gayo nos proporcionan una valiosa información al respecto.

2. Consideraciones generales sobre las sociedades en algunas civilizaciones de la antigüedad

En civilizaciones anteriores a la romana, también es posible aludir a la constitución de sociedades para los más diversos fines. En este sentido, el profesor Szlechter⁹, autor de un extraordinario estudio acerca del contrato de sociedad en Babilonia, en Grecia y en Roma, presenta en su obra una serie de consideraciones en relación con el citado contrato de las que destacamos algunas de ellas. En Babilonia, una de las particularidades del contrato de sociedad es que tiene un fin puramente material y se constata la colaboración del capital y del trabajo bajo las formas más diversas y en todos los ámbitos de la vida económica. El socio que no cumple sus obligaciones materiales se considera no sólo algo deshonoroso, que produce consecuencias jurídicas, sino también va contra los dioses y ello conlleva una sanción moral¹⁰.

En Grecia, toda la vida económica, social y religiosa se enmarcaba en sociedades y asociaciones diversas. En la base de esta costumbre de los griegos, no sólo se encuentra un elemento ideal, sino la prueba de su espíritu práctico, expresado en la idea de que el hombre alcanza más fácilmente en colaboración con otros el fin que se propone. Además, las sociedades gozaban en Grecia de plena capacidad jurídica¹¹.

El contrato de sociedad en Derecho romano ha seguido, quizá más que en otras partes, el desarrollo a la vez del régimen jurídico, económico y social de Roma. En la época primitiva, la sociedad era también aquí la forma más natural de la colaboración de los hombres formando parte de la misma familia.

Más concretamente, en lo que respecta al mundo romano, conviene destacar que tanto la romanística española, así como la extranjera, se han ocupado con cierta frecuencia en sus escritos de la sociedad regulada en el Derecho romano en los que presentan una exposición sistemática y completa de la misma; por nuestra parte, y dentro del marco del presente Congreso de Derecho societario, queremos destacar, como ya se ha dicho anteriormente, algunas formas de sociedades y sus particularidades con el apoyo en las fuentes jurídicas.

9. SZLECHTER, E., *Le contrat de société en Babylonie en Grece et à Rome*, ob. cit., p. 7 ss.

10. *Ibidem*, pp. 403 y 404

11. *Ibidem*, p. 406

3. Evolución de las figuras societarias en el derecho romano

Las definiciones al uso que presentan los autores en sus manuales de Derecho romano, establecen que la sociedad (*societas*) es un contrato consensual por virtud del cual dos o más personas –*socii*– se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo, para realizar un fin lícito de utilidad común¹². Este tipo de sociedad no pertenece a las primeras etapas de Roma.

A lo largo de la historia jurídica de Roma es posible constatar la existencia de varios tipos de sociedades, de esta forma la evolución de las diferentes figuras societarias en Derecho romano está vinculada a las condiciones económicas y sociales de la realidad social romana. Es casi un tópico el referirse al extraordinario desarrollo del sentido jurídico de los romanos; pero lo cierto es que fue esa sensibilidad tan acusada en el ámbito del derecho lo que les permitió adaptar, según sus necesidades, las instituciones ya existentes a nuevas formas de la vida económica y jurídica. Esa consideración anterior nos va a permitir referirnos, en primer lugar, de forma somera, a una serie de figuras societarias que aparecen en la fuentes, presentando a continuación una exposición más completa sobre algunas de las mismas.

Una de estas formas de sociedad en la época primitiva es el *consortium ercto non cito*. Según Gayo se trata de una forma de sociedad especialmente reservada a los ciudadanos romanos y sujeta a las normas del *ius civile*. A su vez, el mismo Gayo describe dos posibilidades del citado *consortium*: a) *fratrum suorum* que se formaba fundamentalmente entre los *heredes sui* y b) *ad exemplum fratrum*, es decir, se trata aquí de una sociedad constituida a imagen y semejanza de la anterior, pero realizada entre extraños a la familia. Más adelante, presentamos una exposición más detallada de las dos modalidades de *consortium*.

La citada sociedad es el prototipo de la sociedad universal y podemos mencionar, asimismo, como tipos de sociedad universal: la *societas omnium bonorum* y la *societas quaestus generalis*. En cuanto a la *societas omnium bonorum* conviene destacar, en primer lugar, que fue la primera sociedad sometida a las normas del *ius gentium* y ha servido de modelo a todas las otras formas de sociedades. Es propio de esta sociedad que todos los bienes de cada uno de los socios se hagan comunes a los demás en el momento de constituirse la relación asociativa, y también que todos los bienes que los socios adquieran, independientemente del título por el que se

12. Entre otros, IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*. Undécima edición. (Barcelona, 1998), p. 384. En términos parecidos, KASER, M., *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5ª ed. alemana por José Santa Cruz Teijeiro, (Madrid, 1968), p. 202, establece que «el contrato de sociedad del Derecho clásico (*societas*) es una unión de dos o más personas para realizar un fin común con medios también comunes».

adquiera, sean parte para la sociedad: ganancias, herencias, legados y donaciones¹³. En el siguiente epígrafe del presente trabajo nos vamos a referir a ella con más extensión.

En lo que respecta a la *societas quaestus generalis* se instituyó la misma como tipo subsidiario de la *omnium bonorum*. Cuando los socios no determinaban el tipo de sociedad, se entendía que se había constituido una sociedad general de adquisiciones¹⁴. En esta figura societaria entraban todas las ganancias¹⁵ que dependían de la actividad económica de los socios; se excluían las adquisiciones que procedían de herencia, legado o donaciones¹⁶. La citada sociedad era la más adaptable y la más apropiada para las relaciones comerciales y las fuentes romanas nos presentan ejemplos concretos de la misma¹⁷.

Por otra parte, están las sociedades particulares y es que parece ser que el comercio exterior determinó también la creación de nuevas formas de sociedad, algunas de las cuales se adaptaban mejor a esta nueva actividad. De manera que la sociedad puede tener como objeto una actividad concreta (*societas alicuius negotiationis*), o incluso se podía poner en común la propiedad o el uso de una cosa determinada, para explotarla y repartirse los beneficios (es la llamada *societas unius rei*).

En cuanto al primer grupo, los tipos más frecuentes provienen de la práctica del derecho helenístico y ya en el mundo romano nos dice Gayo, 3,148, que uno de estos tipos societarios era la sociedad para el comercio de esclavos. Asimismo, un texto de Paulo (correspondiente al edicto de los ediles curules), en Dig. 21,1,44,1, establece que los vendedores de esclavos constituyen corrientemente una sociedad, de modo que todo lo que hacen lo hacen en común.

La *societas argentaria*¹⁸ es la sociedad de banqueros, que ejercían tareas de depósito, préstamos a interés, se ocupaban del cambio de moneda¹⁹ e incluso ejercían de mediadores en las subastas (sobre esta última actividad, cf. Gayo, 4,126 a). Son nume-

13. El texto contenido en Dig.17,2,3,1, establece lo siguiente: *Cuum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas, et legatum, et quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni acquiratur.*

14. Sobre el particular, cf. el texto de Ulpiano, en Dig. 17,2,7.

15. Cf. el texto de Paulo en Dig. 17,2,8.

16. Cf. el texto de Ulpiano, de nuevo, en Dig. 17, 2,9; del mismo modo, Dig. 17,2,71,1.

17. Concretamente en Dig. 17,2,71,1, se refiere a la sociedad de este tipo constituida por dos colibertos.

18. Los *argentarii* adquirieron pronto la importancia que en Grecia habían alcanzado los trapezitas y consiguieron, tras constituirse en organismo, gozar de la confianza y consideración de todo el mundo, cf., sobre el particular, HERRERO CHICO, R., *Argentarii. Estudios sobre el régimen jurídico de la banca en Roma.* (Granada, 1978), p. 7

19. Cf. el texto de Ulpiano en Dig. 17,2,52,5 en el que se refiere a dos socios cambistas.

rosos los textos jurídicos²⁰, así como literarios²¹, que se refieren a los banqueros; del mismo modo, algunos textos del Digesto hacen alusión a los socios banqueros y a las sociedades de los mismos, por ejemplo, en un texto contenido en Dig. 17,2,52,5²², se plantea la siguiente cuestión: siendo socios dos banqueros uno de los ellos había adquirido alguna cosa en un negocio propio y había obtenido una ganancia. Se preguntaba si la ganancia obtenida debería ser común a la sociedad. El emperador Septimio Severo en un rescripto dirigido a Flavio Félix se pronunció en los siguientes términos: «Aunque se haya convenido principalmente una sociedad de banca, no obstante lo que cada socio adquirió por causa ajena al negocio de banca está claro en derecho que no pertenece a la comunidad»²³. Por otra parte, en Dig. 2,14,27,pr. y también en Dig. 4,8,34,pr. se refieren a los efectos vinculantes que puede tener para un socio, el pacto o compromiso que haya realizado el consocio.

Otro tipo de sociedad que aparece en las fuentes es la *societas publicanorum*. Algunos pasajes correspondientes a juristas de la época clásica recogidos en el Digesto de Justiniano, le permiten a Arias Bonet referirse a las dos acepciones en que de ordinario se usaba la denominación de los *publicani*. En sentido estricto (el primero que se tuvo en cuenta), «*publicanus* es aquel que toma en arriendo, es decir aquel a quien el Estado concede la cobranza de un impuesto»²⁴; en la acepción más amplia, «son también *publicani* todos aquellos a quienes se adjudica por el Estado –o por un municipio– el acopio de suministros, la realización de obras públicas y la explotación de minas, salinas u otras propiedades públicas»²⁵.

Las múltiples actividades de los *publicani* trajeron consigo la necesidad de grandes capitales y como consecuencia la necesidad de asociarse para hacer frente a tales inversiones. De esta forma las *societates publicanorum*, constituidas por ciudadanos privados capitalistas, se ocupaban de las contrataciones de trabajos públicos, aprovisionamientos y recaudación de tributos de tipos muy variados²⁶ y parece ser que la época de la República fue la más favorable para el desarrollo de este tipo de sociedades²⁷.

20. Cf. Gayo 4, 64; y 66; Dig. 2,13,1,2; 2,13,4,pr. etc.

21. Entre otros, un texto de Cicerón, en *Pro Caecina* 4,16 se refiere a la honorabilidad de los *argentarii*.

22. Se trata de un texto de Ulpiano correspondiente a los Comentarios al Edicto, libro 31, el cual comienza con la siguiente cuestión: *Cuum duo erant argentarii socii alter eorum aliquid separatim quaesierat, et lucri senserat, quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret [...]*

23. Sobre el texto citado y, en general, sobre la *societas argentaria*, puede verse, GARCÍA GARRIDO, M.J., «La sociedad de los banqueros» (*Societas argentaria*), en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (Milano, 1982), pp. 373 ss.

24. ARIAS BONET, J.A., «*Societas publicanorum*», *AHDE*, 19 (Madrid, 1948-49), p. 219.

25. *Ibidem*

26. CIMMA, M.R., *Ricerche sulle società di publicani*, (Milano, 1981), pp. 3 ss.

27. A este respecto, considera ARIAS BONET, J.A., «*Societas publicanorum*», ob. cit., p. 294 que «si los textos literarios y jurídicos que se refieren a los *publicani*, a sus actividades comerciales y ad-

Se refieren del mismo modo algunos textos²⁸ a la audacia y temeridad con la que actuaban en ocasiones los *publicani*. Además de otro tipo de medidas, el Pretor concedió también contra los citados profesionales una *actio in factum* por las exacciones ilícitas que ellos o sus esclavos cometieran con ocasión de la recaudación de impuestos²⁹. Aunque la pena establecida por el Pretor era del doble, podía agravarse en caso de extorsión violenta al cuádruplo (cf. Dig. 39,4,1,4).

Consideran algunos autores que la *societas publicanorum* constituye una corporación; conviene tener en cuenta que había en Roma determinadas asociaciones que cumplen actividades de interés público a las que el Senado o los gobernadores de las provincias, reconocen una personalidad jurídica. Entre ellas estaban las profesiones de interés público, como eran, por ejemplo, las de recaudadores de impuestos (*societates publicanorum*). «Se admite en ellas, al igual que en las ciudades, un patrimonio supraindividual (*corpus habere*) y, en consecuencia, una personalidad jurídica procesalmente representable por actores, así como un régimen autónomo propio, establecido por un estatuto permanente (*lex collegii*)»³⁰. Del mismo modo consideran otros autores que las *societates publicanorum* se presentaban como un sujeto de derecho distinto de los socios singulares³¹. Según Arias Bonet³², podrán obtenerse conclusiones para la *societas publicanorum*, inducidas por analogía de lo que las fuentes refieren a entidades públicas, especialmente a los *municipia*, pero en realidad solamente son cuatro³³ los fragmentos del Digesto que mencionan expresamente la *societas publicanorum* como sujeto de derechos privados». El examen y crítica de los textos le permite extraer al citado autor unas conclusiones, cuando dice, por ejemplo que «si resulta anacrónico hablar de una personalidad jurídica de las *societates publicanorum*, nos parece, en cambio, que no hay razón suficiente para rechazar el que éstas tuviesen sencillamente *res communes, arcam communem* y que actuasen por medio de un *actor*»³⁴.

ministrativas, a sus intervenciones en las andanzas de la política romana, a sus abusos y exacciones poco limpias, a sus relaciones con los organismos públicos, y a otros aspectos variados, son bastante numerosos, resultan, en cambio, bien escasos los textos jurídicos que aluden, más o menos expresamente o sólo implícitamente, a la capacidad jurídica de sus *societates*».

28. Cf. Dig. 39,4,12,pr.

29. Sobre el particular, cf. Dig. 39,4 donde se trata de: *De publicanis et vectigalibus et commissis*

30. Cf. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, ob. cit., p. 537

31. TORRENT RUÍZ, A., voz: *Societas publicanorum*, en *Diccionario de Derecho romano*, (Madrid, 2005),p.1221

32. ARIAS BONET, J.A., *Societas publicanorum*, ob. cit., p. 294

33. El texto de Gayo, en Dig. 3,4,1, pr. y 1; asimismo, un texto de Ulpiano, contenido en Dig. 37,1,3,4; un texto de Florentino, en Dig. 46,1,22 y el texto de Ulpiano, en Dig. 47,2,31,1

34. ARIAS BONET, J.A., *Societates publicanorum*, ob. cit., p. 294

Por otro lado, en cuanto a las sociedades constituidas para la explotación de una cosa determinada, los textos nos informan de algunos tipos societarios. Podía tratarse de una sociedad para el cultivo de una finca, que parece ser el tipo más antiguo de sociedad no universal que se conoce en Roma. En este sentido, Catón se refiere a los contratos agrarios en *De agri*, 136 y 137³⁵, en los que la sociedad para el cultivo de una finca se aproxima al arrendamiento. Del mismo modo, algunos textos del Digesto aluden a este tipo de sociedad agrícola³⁶. Además, otra modalidad de contrato en el ámbito rural tenía por objeto la puesta en común de animales para proporcionarles el pasto correspondiente³⁷.

Otro tipo de sociedad para un asunto determinado, es al que se refiere Ulpiano, en el texto contenido en Dig.17,2,44, en el que se dice que la entrega de unas perlas para venderlas puede haber dado lugar a la constitución de una sociedad. Asimismo, en la reparación de un canal común el no cumplimiento con los gastos que ello conlleva, puede exigirse con la *actio pro socio*, cf. Dig. 17,2,52,12. Otro supuesto que daba lugar a la constitución de una sociedad es aquel en el que se pretendía la formación de una cuádriga entre dos propietarios de caballos para repartirse el precio obtenido en la venta de la misma³⁸.

Es evidente que el estudio en profundidad de cada una de las formas de sociedad citadas excede a los propósitos de la presente ponencia, de modo que nos vamos a centrar solamente en algunas de las formas societarias citadas anteriormente. Más concretamente, van a ser objeto de nuestra atención, el *consortium ercto non cito*, en sus dos modalidades citadas ya anteriormente, así como algunos aspectos relativos a la *societas omnium bonorum*; a continuación, se hace mención a algunos vestigios del antiguo consorcio en la sociedad contractual romana.

4. *Consortium ercto non cito*

Conviene destacar, en primer lugar, que antes de que la sociedad se configurase como contrato consensual, que debió ocurrir en sus primeros orígenes hacia fines del s. II a., varias instituciones absorbían en cierto modo las exigencias asociativas en el ámbito de los círculos familiares y en la modestia de la economía rural³⁹.

Por ello, antes de proceder a examinar las particularidades de la *societas* universal preclásica y clásica es obligado referirnos a algunas instituciones societarias de épo-

35. Cf. asimismo, *De agri*, 145 y 146. Se cita por la ed. de Les Belles Lettres (París, 1975)

36. Cf. el texto de Ulpiano, perteneciente a los Comentarios al Edicto, en Dig. 17,2,52,2, donde se refiere a la entrega a un cultivador de un campo para percibir en común los frutos.

37. Dig. 17,2,52,2

38. Dig. 17, 2, 58, pr.

39. CANCELLI, F., *Voce: Società* in *Diritto Romano, Novísimo Digesto Italiano*. Tomo 17, p. 496.

cas anteriores. No obstante, vayan por delante las siguientes consideraciones que hace D'Ors⁴⁰ en los términos siguientes: «Cabe admitir que una derivación directa del contrato de sociedad respecto al *consortium* no puede probarse con claridad, y que ese contrato surgió independientemente, en relación con los otros contratos consensuales, y estimulado especialmente por las nuevas necesidades de una economía mercantilista».

La primera sociedad en el sentido propio de la palabra es el *consortium*. La denominación a la vez técnica y jurídica de la sociedad familiar es: *consortium ercto non cito*⁴¹; comprende la citada sociedad todos los bienes presentes y futuros y abarca toda la actividad de sus miembros. No obstante, el citado *consortium* al que se refiere Gayo no parece ser la figura más arcaica de comunidad romana. Se refiere Guarino⁴² a una comunidad familiar pre-ciudadana desarrollada antes de que la autoridad del *pater* se tradujese en el *mancipium* sobre los demás miembros de la familia, siendo éstos partícipes a título de comunidad de las cosas familiares.

El *consortium* o *societas ercto non cito* (es decir, sociedad «sin dividir»), como ya se ha dicho anteriormente, es el prototipo de la sociedad universal en que se hallaban los *heredes sui* al morir el *pater familias* la cual se regía por el principio de la solidaridad entre los socios⁴³.

Sobre el citado *consortium*, como es sabido, el descubrimiento de los nuevos fragmentos de Gayo⁴⁴ en un papiro egipcio⁴⁵, ha venido a arrojar gran luz acerca de la primitiva comunidad hereditaria romana, produciendo al mismo tiempo una abundantísima literatura, no sólo desde el punto de vista del derecho de sociedad, sino también desde el ángulo de las instituciones hereditarias.

Los fragmentos de El Cairo nos proporcionan datos acerca de dos tipos de *consortium*, es decir: el *consortium* constituido por los *heredes sui* (*consortium fratrum suorum*) y el *consortium* artificialmente creado entre extraños (*consortium ad exemplum*

40. D'ORS, A., «*Societas y consortium*», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 1977. Vol. II, p.43.

41. En Gayo, 3,154 a. al referirse a la citada sociedad familiar se dice que se llama *erctum non cito*, esto es, de dominio no dividido, pues *erctum* es el dominio, y de ahí que se llame *erus* el propietario; y *ciere* es dividir, de donde decimos *caedere* por cortar (y dividir)

42. Cf. Voce: *Communione* in *Enciclopedia del Diritto*, VIII (1961), p. 234.

43. Cf. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, ob. cit., p. 537.

44. En 1933 se adquirían en El Cairo dos folios y medio de un códice en pergamino, de ignorada procedencia, aunque se supone que fueron descubiertos en Antioque, que corresponden a los párrafos 153-154 del libro III y a los párrafos 16-17, 17 a – 19 del libro IV, cf. HERNÁNDEZ-TEJERO, F., en el Prólogo a las *Instituciones* de Gayo, ed. Civitas (Madrid, 1985), p. 26.

45. La laguna que presentaba en este punto el manuscrito veronés ha sido colmada con este papiro.

fratrum suorum). Con esta nueva modalidad, «el *consortium* aparece así en lógica evolución, saliendo fuera del área de las relaciones familiares»⁴⁶.

4.1. *Consortium fratrum suorum*

Según dice Gayo 3,154a: *Olim enim, mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito* [...]. De esta forma, con el fallecimiento del *pater familias* quedaba configurada una cierta sociedad entre los *sui heredes*, que se llamaba *ercto non cito* y que era a la vez *legitima* y *naturalis*. *Sui heredes* son las personas que al morir el *pater familias* habían estado bajo su *potestas*. El mismo Gayo⁴⁷ nos dice que los herederos de derecho propio son llamados así porque son herederos de casa, y ya en vida del padre son considerados en cierto modo propietarios.

En cuanto al carácter de *legitima*, la doctrina entiende diferentes cosas: hay quien ha entendido que se refiere a que tal *societas* estaría sancionada específicamente por las XII Tablas⁴⁸; *legitima* quiere decir puesta por la antiquísima *lex*, es decir, por los *mores* que los escritores romanos confunden con antiquísimas *leges*⁴⁹; o quizá una explicación viable «sería decir *legitima* en el sentido de ser producto, la continuación de tal comunidad familiar, de la voluntad concorde de todos los *fratres* de no proceder a la división»⁵⁰.

Por lo que respecta al carácter *naturalis* del *consortium*, quizá debamos entender este término en el sentido de venir el *consortium* dado por la evolución natural de la familia⁵¹. Albertario⁵² considera que el *consortium* responde al orden natural de las cosas y a la estructura de la economía romana y es obvio que debía conservarse entre los *sui heredes* y no disolverse. También era *naturalis* porque nacía automáticamente a la muerte del *pater* y no había necesidad de ningún acto particular dirigido a su constitución⁵³.

46. ARIAS RAMOS, J., «Los orígenes del contrato de sociedad: «*consortium*» y «*societas*». *Revista de Derecho Privado*. Tomo 26. (1942), p. 145

47. Cf. 2, 157

48. Entre otros, cf. LEVY, E., «Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius» en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (ZSS)* (1934), 54, p. 279.

49. ALBERTARIO, E., «Appunti sul consorzio familiare romano», en *Rivista Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*. Parte Prima. Vol. 32 (1934), p. 228

50. TORRENT, A., «*Consortium ercto non cito*», *AHDE*, Tomo 34 (Madrid, 1964), p. 485

51. *Ibidem*, p. 486

52. ALBERTARIO, E., «Appunti sul consorzio familiare romano», ob. cit., p. 228

53. BIANCHINI, M., *Studi sulla societas* (Milano, 1967), p. 6.

Finalmente, algunos otros aspectos a destacar: el consorcio es una forma de sociedad especialmente reservada a los ciudadanos romanos y sometida a las reglas del *ius civile*; por otro lado, la constitución del *consortium* obedece a razones de orden económico y social⁵⁴ y, sobre todo, a razones afectivas⁵⁵ y defensivas⁵⁶. Considera Arangio-Ruiz⁵⁷ que otro de los factores que contribuyeron a que los *heredes sui* permanecieran unidos en relación al patrimonio paterno fue «la ambición de no ser desclasificados en el ordenamiento centuriado, en el que parece que la primera clase estaba constituida precisamente por todos aquellos que hubiesen permanecido como titulares (aunque fuesen la forma de la comunidad que estudiamos) del fondo asignado, y las clases sucesivas por quienes hubiesen quedado reducidos a titulares de tres cuartos o de la mitad o de un cuarto o de menos aún». En este orden de ideas –sigue diciendo el citado autor–, «un argumento para la frecuencia del *consortium* es que la primera clase tenía por sí sola un número de centurias (80) muy poco inferior al de todas las demás juntas (90)»⁵⁸.

4.2. *Consortium ad exemplum fratrum suorum*

Además del *consortium* natural entre hermanos podía constituirse de forma voluntaria otra comunidad que tomaba como modelo al primero, y de ahí su nombre: *consortium ad exemplum fratrum suorum*⁵⁹.

Concretamente, en Gayo 3,154 b, se menciona la posibilidad de que a imitación del *consortium* familiar constituido entre los *sui heredes*, pudiera formarse una sociedad análoga entre personas extrañas a la familia: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem* [...]. Este consorcio entre extraños⁶⁰ tiene su fundamento en la voluntad de sus miembros, la cual ha de tener una manifestación expresa y solemne delante

54. ARANGIO-RUIZ, V., *La società in Diritto romano* (Napoli, 1950), p. 7

55. BIANCHINI, M., *Studi sulla società*, ob. cit., p. 7.

56. Entre otros, cf. ARNO, C., *Il contratto di società* (Torino, 1938), p.39. También, BIANCHINI, M., *Studi sulla società*, ob. cit., p. 7. Se refiere asimismo GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del consortium a la società* I. *Consortium erecto non cito*. (Madrid, 1987), pp. 109-122, a una serie de factores que determinaron la aparición del *consortium* y consolidaron su existencia durante varios siglos: religiosos, éticos, económicos y sociales

57. ARANGIO-RUIZ, V., *La società in Diritto romano*, ob. cit., p. 7.

58. *Ibidem*

59. ARIAS RAMOS, J., «Los orígenes del contrato de sociedad: «*consortium* y *societas*», ob. cit., p. 149, considera que Gayo ha puesto ante nuestra vista el eslabón intermedio entre la vieja comunidad familiar y la *societas* consensual, eslabón constituido por el acuerdo de los que *ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*.

60. También Séneca en Ep. 5,7,48, establece lo siguiente acerca del consorcio: *consortium rerum omnium inter nos facit amicitia*.

del pretor y por medio de una *certa legis actio*. Mediante tal *legis actio* se perseguía la creación de un consorcio idéntico al fraternal, a través del reconocimiento ficticio de la cualidad del *frater* entre extraños, con la consecuencia de someter esta sociedad a la disciplina de la que era de carácter *naturalis et legitima*⁶¹. Estos actos no se requerirán más adelante, «en el momento en que el simple consentimiento generaba obligaciones entre las partes por ello mismo: porque se había otorgado el consentimiento»⁶².

Por otro lado, «el consorcio imitativo de los primeros tiempos entre amigos romanos se adecuaba plenamente a las exigencias agrícolas, pues suponía mano de obra unida para extraer mayor rendimiento de la tierra, con menos gastos para cada uno que si hubieran tenido que mantenerse por separado, y también a las exigencias comerciales, ya que el comercio, escasísimamente desarrollado, no exigía ninguna aportación de capital»⁶³.

4.3. Régimen del *consortium*

En cuanto a la administración del *consortium*, en Gayo 3,154b, se hace referencia a un régimen solidario en el que todos los consortes tienen idénticos poderes en lo que respecta a la administración de los bienes (este régimen es común a los dos tipos de *consortium*). Para ello menciona el citado jurista dos posibles actuaciones que pueden tener lugar: un esclavo común que es manumitido por uno de los socios se hacía liberto de todos los consortes; del mismo modo, si uno realizaba la *mancipatio* de una cosa común, el comprador adquiriría de foma válida la cosa que se le había transmitido. Se puede, por tanto, establecer que en el *consortium* existe una estrecha solidaridad y una rigurosa igualdad⁶⁴.

En parecidos términos se manifiesta Torrent, cuando dice que «este régimen, en abierta oposición con los principios clásicos no puede explicarse de otro modo que recurriendo al vínculo familiar que unía a los consortes, que colocaba a todos en una posición jurídica igualitaria»⁶⁵. No está de acuerdo con los criterios anteriores Solazzi⁶⁶ el cual considera que el *unus* de Gayo (cf. 3,154b) es el *consors* administrador al que los otros consortes hubieran confiado el encargo de regir y administrar el consorcio y justifica la hipótesis anterior con una serie de argumentos: ningún consorcio

61. Cf. BIANCHINI, M., *Studi sulla societates*, ob. cit., p. 13

62. TORRENT, A., «*Consortium ercto non cito*», en *Anuario de Historia del Derecho Español*. ob. cit., p. 501

63. Sobre el particular, GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societates II Societates omnium bonorum*, ob. cit., p. 36

64. Cf. LEVY-BRUHL, H., *Nouvelles études sur le très ancien Droit romain* (París, 1947), p.52

65. TORRENT, A., «*Consortium ercto non cito*», ob. cit., p. 493

66. SOLAZZI, S., «Glosse a Gaio», *Per il XIV Centenario delle Pandette* (Pavía, 1934), pp. 448 ss.

ha podido vivir y florecer sin la persona de los administradores; el antiguo Derecho romano admitía que el administrador con plenos poderes de disposición fuese uno solo de los socios (*vel unus*), y si hay un *suus* que puede enajenar la propiedad social y verosíblemente también obligar a todos los socios, aquel *suus* moral y jurídicamente asume el puesto de jefe del consorcio. Sigue diciendo además, el citado autor, que la absoluta paridad entre los miembros del consorcio no es cierta, porque las necesidades vitales del consorcio no lo permiten. La interpretación de Solazzi es cierto que tiene algunos puntos débiles⁶⁷ y ha sido my rebatida por una serie de autores⁶⁸.

Por lo tanto, se puede entender que en las dos modalidades de *consortium* a las que se refiere Gayo, cada comunero es un propietario pleno, que lleva a cabo por sí solo válidamente actos de disposición; según Bonfante⁶⁹ «cada uno de los condóminos debía tener el dominio integral de la cosa y, por tanto, la facultad de ejercitar libre y plenamente todo derecho; régimen análogo a la cosoberanía o colegialidad de los magistrados romanos». De esta forma, al igual que lo que sucedía con la colegialidad de los magistrados, el límite al poder de cada *socius* fue el *ius prohibendi*, similar a la *intercessio* del Derecho público⁷⁰.

4.4. Disolución del *consortium*

El *consortium* familiar fue perdiendo con el tiempo su primitivo carácter indivisible y dejó de ser la *societas inseparabilis* a la que se refería Aulo Gelio en *Noctes Atticae*⁷¹. A partir del texto legal de las XII Tablas el medio procesal adecuado para la división del *consortium* fue la *actio familiae erciscundae*, tramitada por el procedimiento de la *legis actio per iudicis postulationem* (Gayo 4,17 a). Probablemente, con anterioridad a las XII Tablas, se procedería a la partición por medio de acuerdos amistosos y la celebración de ciertas formalidades.

En definitiva, este régimen del *consortium* en las dos modalidades citadas, convenía bien a la época en la que los romanos eran sobre todo un pueblo agrícola; sin embargo, las reglas rígidas del mismo no podían responder a las necesidades que se presentaron en una época en la que junto a la producción agrícola hicieron su aparición otras formas de actividad de la producción y, asimismo, los cambios entre las familias se hicieron más frecuentes⁷². Del mismo modo, va a influir en la deca-

67. TORRENT, A., «*Consortium ercto non cito*», ob. cit., p. 494.

68. Cf. *Ibidem* y los autores allí citados.

69. BONFANTE, P., *Instituzioni di Diritto romano*, Xª ed. (Torino, 1946), pp. 301-302

70. ARIAS RAMOS, J., «Los orígenes del contrato de sociedad: «*consortium y societas*» ob. cit., p. 147

71. Cf. el texto contenido en *Noctes Atticae* 1,9,12.

72. Sobre el particular, cf. HUVELIN, P., *Études d'histoire du Droit commercial romain (Histoire externe – Droit maritime)* (París, 1929), pp. 3 ss.

dencia del *consortium* el progresivo espíritu individualista en una sociedad donde las funciones sociales se han ido diversificando⁷³.

Por otro lado, la aparición de numerosos peregrinos provocada por la ampliación de las fronteras exigía la existencia para ellos de una forma nueva de sociedad en la que pudieran ser parte. La nueva forma del contrato de sociedad debía poder aplicarse a todos los habitantes del Imperio, independientemente de su nacionalidad.

5. *Societas omniun bonorum*

En este tipo de *societas* todos los bienes de cada uno de los socios se hacen comunes a los demás en el momento de constituirse la relación asociativa, y también todos los bienes que los socios adquieran, independientemente del título por el que se adquieran, son para la sociedad: ganancias, herencias, legados y donaciones⁷⁴.

Respecto a la citada sociedad, nos dice Gayo 3,154 que se contrae por el mero consentimiento y es una sociedad del derecho de gentes⁷⁵. Por lo tanto ello conlleva la supresión del formalismo que exigían las normas del *ius civile* para la mayor parte de las instituciones del derecho primitivo. La *societas* se funda en el consentimiento y subsiste en tanto los socios lo mantienen⁷⁶.

De esta forma conviene tener en cuenta que «entre la *fraternitas*, que caracteriza al *consortium ercto non cito*, y el *consensus*, idóneo para constituir la nueva *societas*, la distancia es enorme: reproduce sobre el plano jurídico-formal la distancia que media entre una realidad histórica, en la que el individuo cobra relieve como miembro de un grupo y una realidad histórica, en la que el individuo tiene importancia en su reconocida individualidad»⁷⁷.

6. Influencia de la sociedad familiar en el contrato de sociedad

La idea de un enlace histórico entre el contrato consensual de sociedad y el antiguo *consortium* familiar puede decirse que ha sido siempre una opinión común entre los romanistas que se han ocupado de indagar el origen histórico de la sociedad con-

73. Gaudemet, J., *Les communautés familiales* (París, 1963), p. 77.

74. Dig. 17,2,3,1

75. Considera GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del consortium a la societas* II. *Societas omnium bonorum*, ob. cit., p. 35 que, puesto que el *ius gentium* es emanación del *ius civile*, bien pudo el *consortium ercto non cito* servir de antecedente de la *societas omnium bonorum*

76. Cf. Gayo 3,151.

77. BRETONE, M., «*Consortium e communio*», en *Labeo*, 6 (1960), p. 201.

sensual romana; en gran medida había influido sobre ellos la teoría de Wieacker⁷⁸ acerca de la derivación del contrato de sociedad respecto del *consortium ercto non cito*. Sin embargo, en fechas posteriores, Guarino⁷⁹ y más tarde Kaser⁸⁰ (aunque con algunas divergencias respecto al autor anterior) se han manifestado en sus escritos contrarios a la citada opinión.

Después del análisis de una serie de puntos que, en cierto modo, se habían implicado en la derivación de la sociedad respecto al *consortium*, como ya se ha dicho, «cabe admitir que una derivación directa del contrato de sociedad respecto al *consortium* no puede probarse con claridad [...]»⁸¹, y que ese contrato surgió independientemente, en relación con los otros contratos consensuales, y estimulado especialmente por las nuevas necesidades de una economía mercantilista». Ahora bien, «el hecho de que sirviera también para flexibilizar el régimen del *consortium* mediante una nueva forma de *societas omnium bonorum* en la que los socios participaban por cuotas y no ya solidariamente en la copropiedad, parece indicar que esa utilización del nuevo contrato, tuvo suficiente importancia para que algunos principios del antiguo *consortium* influyeran en la configuración jurisprudencial de su régimen»⁸².

Como se ha venido diciendo, el régimen del *consortium* convenía a la época en la que la vida por su simplicidad no planteaba dificultades para su aplicación, no obstante, las reglas rígidas del mismo no podían responder a las necesidades que se iban planteando en la sociedad real romana. Independientemente de si pudo o no haber derivación del contrato consensual de sociedad respecto del *consortium*, lo cierto es que se puede hablar de una serie de restos del citado *consortium* familiar en el contrato de sociedad.

Uno de ellos tiene relación con cierta intolerancia de condiciones en el contrato social. Es cierto que en la época clásica, un texto de Paulo en Dig. 17,2,1,pr. se refiere a la validez de la condición en el contrato de sociedad. Del mismo modo, en la época de Justiniano se permite formar una sociedad bajo condición, cf. C. 4,37,6⁸³. Ahora bien el citado texto habla de antiguas dudas respecto al contrato de sociedad, que reflejan la intolerancia de condiciones que es propia del *consortium*.

Por otro lado, habida cuenta de que la sociedad se constituye sobre la base de una relación de confianza, esto explica bien el que se extinga la sociedad como

78. WIEACKER, F., *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (Weimer, 1936); del mismo modo, en «Das Gesellschafterverhältnis des Klassischen Rechts», ZSS, 69 (1952), pp. 302-344

79. Entre sus escritos, en *Societas consensu contracta* (1972).

80. KASER, M., Neue Literatur zur societas, en SDHI, 41 (1975), pp. 278-338.

81. D'ORS, A., «Societas y consortium», ob. cit., p. 43

82. *Ibidem*, p. 43

83. En C. 4,37,6, se trata de una constitución de Justiniano a Juan, Prefecto del Pretorio, donde se establece que *de societate apud veteres dubitatum est, si sub conditione contrahi potest [...]*

tal por la *renuntiatio*, por muerte o *capitis deminutio* de cualquiera de los socios. Algunos testimonios nos ofrece Gayo en su obra *Institutiones*. En primer lugar, respecto a la primera causa, la *renuntiatio*⁸⁴, la menciona el citado jurista al decir que cuando algún socio renuncia a la sociedad, la sociedad se disuelve. Del mismo modo, se disuelve también la sociedad por la muerte de un socio, ya que el que contrae la sociedad elige una persona determinada⁸⁵. A la disolución de la sociedad por muerte de un socio alude asimismo Paulo en Dig. 17,2,65,9, salvo si otra cosa se hubiere convenido al constituirse la sociedad. En cuanto a la *capitis deminutio* mencionada, de nuevo Gayo⁸⁶ nos dice que también se disuelve una sociedad por la citada causa, ya que en el Derecho civil la *capitis deminutio* se equipara a la muerte. Asimismo, se disuelve la sociedad cuando el patrimonio de uno de los socios se vende pública o privadamente, cf. Gayo 3,154. A esta última causa se refieren también algunos textos de Paulo, en la obra correspondiente a los Comentarios al Edicto del pretor⁸⁷.

Puede considerarse asimismo un reflejo de la antigua hermandad en la *societas omnium bonorum*, la aplicación al socio del beneficio de competencia⁸⁸; se trata de una peculiaridad en la *condemnatio* de ciertas acciones, entre ellas la acción de sociedad (*actio pro socio*), en las que se limita la ejecución con la cláusula: *dumtaxat de eo quod facere potest*, es decir, en la medida del alcance de la solvencia actual del deudor, del socio en el caso del contrato de sociedad⁸⁹. De esta forma se excluía la ejecución personal y la patrimonial, como se acaba de decir, se reducía al límite del valor actual de los bienes del deudor beneficiado, más los que hubiera podido perder maliciosamente.

Otra peculiaridad en la *condemnatio* de la acción de sociedad era la calificación de infame que se atribuía al socio condenado y ello puede considerarse del mismo modo un vestigio del antiguo *consortium*. Se consideraban infamantes, además de las acciones penales en el ámbito del *ius civile* que suponen un dolo en el demandado, las que suponen falta a la confianza prestada, entre ellas la *actio pro socio*. En

84. Cf. Gayo 3,151; Dig. 17,2,65,3. Ahora bien, según se establece en los citados textos, la *renuntiatio* cuando es dolosa o intempestiva obliga a resarcir los daños ocasionados.

85. En Gayo 3, 152, se establece: *Soluitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit*

86. Del mismo modo, en Gayo 3, 153: *Dicitur etiam capitis deminutione solui societatem, quia ciuili ratione capitis deminutio morti coaequatur [...]*

87. Cf. Dig. 17,2,65,1 y Dig. 17,2,65, 12

88. El *beneficium competentiae* (llamado así desde el siglo XVI) favorece a determinados deudores y tenía carácter personal.

89. Se establece en los textos: *quod facere possunt*, entre otros, Dig. 17,2,63,pr.

la actio contractual *pro socio*⁹⁰, resulta que sólo es infamante la condena cuando el juez ha declarado el dolo del demandado⁹¹. También Gayo⁹² nos dice que como resultas de algunos juicios los condenados incurrirán en ignominia y, entre ellos, menciona los juicios de sociedad.

Otro aspecto a tener en cuenta, tiene relación con el que se suele denominar hoy día, *transitus legalis*. Se entiende con esta expresión aquella peculiaridad de la *societas omnium bonorum* según la cual sus miembros hacían de dominio común, en el momento de constituir la sociedad, todos los bienes de cada uno, sin más que el consentimiento necesario y suficiente para tal constitución (cf., al respecto, el texto de Paulo contenido en Dig. 17,2,1,1⁹³). Semejante planteamiento no es admisible en la época clásica del derecho romano. «¿Cómo explicar –se pregunta Arias Ramos⁹⁴– que el *consensus*, que no debiera tener otro efecto que el de hacer nacer la obligación de operar el traspaso efectivo por los modos –*mancipatio, in iure cessio, traditio*– adecuados a la naturaleza de las cosas, tuviera esta extraña virtud del *transitus dominii*?». Se piensa en una interpolación de los textos y se han presentado diferentes interpretaciones al respecto⁹⁵. Así, concretamente Arangio-Ruiz⁹⁶, parte de la distinción tan conocida en el Derecho romano, entre *res nec Mancipi* y *res Mancipi*; para el primer tipo de cosas, como es sabido, es suficiente con la *traditio* de las mismas, en cambio, por lo que respecta a las segundas, para que haya transmisión del dominio se ha de realizar una *mancipatio* o *in iure cessio*. Pues bien, según el citado autor⁹⁷, las *res nec Mancipi* se podían transmitir por medio de un *constituto possessorio* que sustituía a la *traditio* propiamente dicha de los bienes. En cuanto a

90. Lo mismo respecto a las acciones contractuales *fiduciae* y *mandati*, sobre el particular, D'ORS, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalita. Scritti in onore di Antonio Guarino*, (Nápoles, 1984), pp. 2581– 2582.

91. Después de establecer un elenco de acciones privadas infamantes, observa D'ORS, A., en «Una nueva lista de acciones infamantes», ob. cit., pp. 2586 y 2588, que «las acciones que se consideran infamantes se referían todas ellas, a excepción de la tutela, a una conducta dolosa, y de ahí la reducción de las tres contractuales –*actio pro socio, fiduciae* y *mandati*– al caso de condena por dolo, pero, por otro lado, que no todas las condenas por dolo, en cualquier acción, implicaban infamia».

92. Gayo 4, 182

93. Según Gayo, se trata de una *traditio* tácita, cf. el texto del citado jurista contenido en Dig 17,2,1,2.

94. ARIAS RAMOS, J., «Los orígenes del contrato de sociedad: *consortium* y *societas*», ob. cit. p.153

95. Sobre las diferentes doctrinas, cf. VELASCO, C., *La posición del obligado en la societas consensual: una aproximación a la actio pro socio* (Sevilla, 1986)

96. ARANGIO-RUIZ, v., *La società in Diritto romano*, (Napoli, 1950), p. 124

97. *Ibidem*, 133

las *res Mancipi*, al no utilizarse la forma adecuada a la transmisión del dominio de las mismas, los socios adquirirían su parte, in *bonis* (propiedad pretoria), con la *actio Publiciana* a su favor y una *exceptio* para estos casos, a semejanza de la *exceptio rei venditae et traditae*. A partir de la misma, podía operar la *usucapio* (dos años para los inmuebles, uno para los muebles) para la adquisición del dominio.

Se suele considerar también un residuo de épocas anteriores otra de las peculiaridades de la *societas* clásica que está en relación con la fijación de la *culpa in concreto*, como patrón de medida de la responsabilidad. Como es sabido, en ocasiones la medida de la responsabilidad se mide teniendo en cuenta la diligencia que el deudor suele emplear en sus propios asuntos: *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, porque el que se procura un socio poco diligente, debe quejarse de sí mismo; sobre el particular, el texto de Gayo en Dig. 17,2,72.

Después de las referencias a algunos vestigios significativos del antiguo *consortium* en la *societas* contractual romana, podemos recordar las palabras de D'Ors⁹⁸ cuando establece que «aquella doctrina que ponía en relación el régimen del contrato de sociedad con el del *consortium* quizá no haya quedado totalmente invalidada, si bien debemos admitir que se trata mejor de una afinidad presente en el pensamiento de la jurisprudencia clásica que de una estricta derivación institucional».

EL BURGUÉS EMPRENDEDOR Y EL CAPITALISTA DEL ÉXITO

JAVIER PÉREZ DUARTE
Profesor de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Espíritu y economía	53
2. La persona como esfuerzo y preocupación	55
3. El buen burgués	58
4. «Santa Economicidad» y moral de los negocios	64
5. El nuevo empresario en su carrusel	68

*«¿Quién los jueces con pasión,
sin ser unguento, hace humanos,
pues untándolos las manos
los ablanda el corazón?
¿Quién podrá cuanto el deseo,
aunque imposible, conciba?
¿Y quién lo de abajo arriba
vuelve en el mundo ligero?»
El dinero»¹.*

1. Espíritu y economía

La época anterior a la I Guerra Mundial se caracteriza por la existencia de una serie de pensadores y analistas que se encuentran sorprendidos por la II Revolución industrial, esta situación de lo sorprendente despierta la curiosidad por estudiar este tiempo y describir sus características. Uno de estos autores es el alemán Werner Sombart (1863-1941), profundo conocedor de la historia, se muestra inquieto por entender las conexiones históricas que pueden proporcionar la comprensión del «espíritu de una época». La labor más importante de un historiador es la de descubrir la entidad y la personalidad de cada período histórico, sus rasgos, sus colores, sus perspectivas. Sombart vive en una época de encrucijada histórica de la humanidad en la que el protagonista de su estudio es la persona y, más concretamente, dos tipos de figuras, el burgués, resultado de una larga evolución en el mundo de la economía, y el nuevo empresario, fruto de la Revolución industrial, cuyas características Werner Sombart percibió que se proyectaban en el futuro.

Sombart parte en su análisis de una premisa que no solamente intenta demostrar, sino que también convierte en el eje de su estudio, la evidencia de la intervención

1. QUEVEDO, Francisco de. *Poemas escogidos*. Edición, introducción y notas de José Manuel Ble-cua. Madrid: Ed. Castalia, 1985, p. 220 ss.

de factores espirituales o psíquicos en la vida económica»². Sombart es heredero de Wilhelm Dilthey (1833-1911) en la importancia que éste concede a la gnoseología de las ciencias del espíritu y a la psicología, que no tiene, en este sentido, la estructura propia de las ciencias de la naturaleza sino que permite entender al hombre como entidad histórica y no como un ente inmutable o como mera naturaleza³. Werner Sombart se centra en el aspecto económico de la persona y de la historia, no como objetivo único, sino como una forma de comprender la historia y la persona, ésta es siempre la protagonista del acontecer, el mundo es mundo en tanto en cuanto el hombre actúa en él, «la actividad económica, como cualquier otra actividad humana, sólo se manifiesta cuando el espíritu humano entra en contacto con el mundo exterior y actúa sobre él». El discurso de Sombart se realiza a través de un estilo en el que un lenguaje humanista se entrelaza con la realidad económica. En toda actividad del hombre, por importante o modesta que sea, encontramos el alma humana, «en lenguaje metafórico podríamos hablar de la vida económica como compuesta de un cuerpo y de un alma».

La fina percepción de Sombart describe qué entiende por cuerpo y por alma de la vida económica. El cuerpo está integrado por las formas de esa vida económica: la producción, distribución, las organizaciones en las que el hombre satisface sus necesidades económicas y las condiciones externas. El alma constituye el espíritu económico, aquí se encuentra lo más genuino de Werner Sombart: las manifestaciones de la inteligencia, el carácter, los fines y tendencias, «juicios de valor y principios que determinan y regulan la conducta del hombre económico». El espíritu de la vida económica es un concepto acuñado a partir del estudio de la realidad histórica que incluye, al mismo tiempo, la ética económica como lo moralmente normativo en el ámbito de la economía. Sombart no se circunscribe a lo meramente descriptivo, sino que se introduce en la crítica de una sociedad personalizada en individuos característicos. El reto que se plantea Sombart es difícil pero ilusionante, admite el hecho colorista y diverso que muestra la historia y lo transporta hacia el mundo del espíritu de la vida económica, en donde, en principio, parece que debería predominar el criterio de lo universal, pero que, por ser vida, ha de integrar realidad y cambio, en una labor intelectual o del espíritu. No duda en afirmar la existencia de elementos espirituales en la actividad económica que queda, así, liberada de reglas abstractas e impersonales. Estos elementos espirituales se descubren en las acciones económicas y son de dos clases. Por una parte, están las facultades psíquicas o máximas generales, auténticos valores dentro de una rama determinada de la actividad: «la prudencia o la energía, la honradez o la veracidad». Por otro lado, están las manifestaciones psíquicas que aparecen en relación con procesos económicos: «la aptitud específica para el cálculo, la aplicación de un método concreto de contabilidad, etc».

2. SOMBART, Werner. *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*. Versión española de María Pilar Lorenzo. Revisión de Miguel Paredes. Madrid: Ed. Alianza, 1972, p. 13. El libro lo escribe el autor en 1913.

3. FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía 1*. Madrid: Ed. Alianza, 1984, p. 820.

Para Werner Sombart la cuestión clave consiste en que no siempre es el mismo espíritu el que predomina en la vida económica, sino que se puede distinguir un espíritu diferente en función de los individuos, las épocas o los países. El autor alemán no cree en una «naturaleza económica» del hombre, de un «*economical man*», al contrario, desenmascara al individuo económico como «hombre económico capitalista». El espíritu que anima a un gran empresario norteamericano es diferente al de un artesano de la Edad Media, pero aún más, existen diferencias entre un tendero, un gran industrial y un banquero dentro de una misma época. Werner Sombart relaciona permanentemente el comportamiento vital con la realidad económica y afirma que aunque «las realidades fundamentales de la vida humana: nacimiento y muerte, amor y odio, fidelidad y traición, mentira y verdad, hambre y sed, pobreza y riqueza permanecen siempre invariables», sin embargo, la misión del historiador debe consistir en exponer lo diferente de cada caso y la diversidad de las manifestaciones de una única naturaleza humana. Presenta un discurso colorista de la historia, un mosaico al estilo bizantino en el que cada pieza, cada período, tiene su propia personalidad, «las diversas épocas de la vida económica se caracterizan por el espíritu concreto que en cada una de ellas ha *predominado*». Sombart pretende encontrar un «espíritu concreto de la vida económica» con sus rasgos individuales, con sus contenidos de conciencia que «predomina» en las relaciones con otras personas y que, consecuentemente, implica un juicio sobre él tanto desde un punto de vista extensivo como intensivo en la realidad⁴. «Nosotros comprendemos el alma por el espíritu; en un mismo espíritu, del que todas las almas participan», cada persona intenta encontrar un sentido a su conducta⁵. Pretende que el análisis histórico consiga destacar en todas sus perspectivas, de lugar y tiempo, de extensión y profundidad, las dos figuras que representan la evolución del capitalismo occidental, el burgués y el empresario capitalista de la gran revolución industrial.

2. La persona como esfuerzo y preocupación

Sombart es fiel a su humanismo en el discurso para descubrir el espíritu de la vida económica, «no cabe duda de que el ser humano ocupa el centro de todo esfuerzo y preocupación», el hombre es «la medida de todas las cosas». No es extraño que comience su estudio con la conocida frase de Protágoras, frase que implica el mundo de relaciones entre la persona y las cosas. Julián Marías analiza esta cuestión, las determinaciones de las cosas aparecen en función del hombre, «que es medida, *métron* de ellas». En este sentido Dilthey afirma que Protágoras «no podía suprimir la realidad del movimiento exterior al sujeto, que originaba en él la percepción»⁶. Estas apreciaciones son interesantes para comprender el planteamiento de Sombart que

4. SOMBART, Werner. *El burgués... op. cit.*, p. 13 ss.

5. SOMBART, Werner. *Noo sociología*. Traducción del alemán por Jesús Tobío Fernández. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 132. La primera edición en alemán es de 1956.

6. MARIAS, Julián. *Biografía de la filosofía*. Buenos Aires: Ed. Emecé Editores, 1956, p. 54 s.

no se queda en un mero análisis de la realidad, sino que pretende, también, un objetivo pedagógico en el ámbito de la economía a través de un discurso basado en la historia y elevado al nivel de pensamiento, debido a que el hombre es también la medida «de la cosa económica», que recuerda la interpretación de su coetáneo Werner Jaeger sobre Protágoras, según el cual, la idea de formación espiritual se halla implícita en él a través de la «forma del lenguaje, del discurso y del pensamiento». Para Sombart, por tanto, la economía, como toda obra humana, se halla «al servicio de los objetivos humanos», o lo que es lo mismo, al servicio del hombre, y no el hombre al servicio de la economía. Las necesidades humanas son las que marcan el punto de partida de la actividad económica, existe una natural necesidad de bienes. La «*economía de gasto*», preburguesa o precapitalista, se fundamenta en la idea de que deben ser producidos tantos bienes como son consumidos.

Los individuos configuran un espíritu de vida económica a nivel social que las autoridades lo consagran posteriormente como precepto a través del derecho y de la moral, así por ejemplo, «el sustento ha de ser conforme al rango o posición del individuo», ha de ser de magnitud distinta en los diversos estamentos sociales. De esta forma, quedan delimitados los dos grupos sociales de la sociedad preburguesa, los señores y el pueblo, ricos y pobres, caballeros y campesinos, «los que llevan una vida libre e independiente exenta de esfuerzo económico, y aquellos que ganan el pan con el sudor de su frente», los que Sombart denomina «individuos económicos». El espíritu económico no se entiende, ya desde la época precapitalista, sin el esfuerzo vital. La «*existencia señorial*» implica vivir en la opulencia y dar ocupación a un gran número de personas, significa llevar una vida de lujo «en la medida que lo permitan los medios y aun por encima de éstos. A ese ritmo los gastos resultan siempre mayores que los ingresos», consecuentemente, «el señor desprecia el dinero. Se trata de algo sucio como sucia es toda actividad lucrativa. El dinero está para gastarlo».

En lo que se refiere a la masa del pueblo, siempre con medios muy limitados, en la era precapitalista se veía obligada a mantener un constante equilibrio entre ingresos y gastos, entre necesidades y bienes, lógicamente debía dar preferencia a los primeros sobre los segundos, «esto condujo a la *idea de la subsistencia*, que imprime su carácter a toda institución económica precapitalista». Los artesanos de Jena que cita Goethe, tienen «casi siempre el sentido común suficiente para no trabajar más que lo preciso para llevar una vida alegre». Sombart, con su habitual perspicacia, describe este mundo de subsistencia frente al mundo del capitalismo. Tanto el artesano como el campesino se encuentran constreñidos por su propio espacio de actividad, el primero por el volumen satisfactorio de sus ventas, el segundo por la extensión suficiente de su propiedad, ambos pretenden asegurarse su subsistencia. El mundo del Medioevo se caracteriza por la imperfección, así, por ejemplo, en el derecho, «nuestros antiguos textos jurídicos», afirma Keutgen, han salido «de manos de hombres no acostumbrados a un esfuerzo intelectual intenso», los per-

7. JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Traducción de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces. Madrid: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 287.

manentes errores en la contabilidad, Sombart señala un caso como ejemplo de liberalidad en el mantenimiento de deudas y reclamaciones: «...hay otro que me ha comprado lo señalado más arriba; me ha dejado a deber 19 florines y por más que lo pienso no me acuerdo de su nombre». No hay, aún, valores de cambio sino sólo bienes de consumo, cosas que se distinguen cualitativamente, tanto el campesino como el artesano realizan sus trabajos desde el ensimismamiento, viven su obra «como el artista en la suya, e incluso preferirían no llevarla al mercado» y responden de sus productos con su honor de artistas, consecuentemente, sienten aversión por la falsificación, la imitación o la chapucería. El tiempo también transcurre pausadamente, la actividad económica es sentida como el niño a la escuela, no se acude a ella «más que cuando no le queda otro remedio». El número de días festivos es muy elevado, en algunas industrias mineras de Baviera en el s. XVI, de 203 días, eran laborales sólo 123.

La producción de mercancías es una actividad de personas que «consumen su vida» en sus obras y que no tienen más leyes particulares que las personas reales de carne y hueso que las producen. El hombre es la medida de todas las cosas, «*mensura omnium rerum homo*». El precapitalismo se caracteriza por el empirismo, por su tradicionalismo, el medio ambiente, la circunstancia, aparece con autoridad indiscutible, se aceptan las enseñanzas, las consignas, los sentimientos, los actos y los criterios de los antepasados sin discusión, «cuanto menor es el grado de desarrollo de una persona, más sometida se halla a esa fuerza del ejemplo, la tradición, la autoridad y la sugestión». A la fuerza de la tradición se suma la de la costumbre, voluntad o inclinación nacida de la experiencia. La experiencia es práctica, en un comienzo es ardua pero posteriormente es fácil por su repetición y, consecuentemente, surge la hostilidad a la innovación, el tradicionalismo. Cada individuo necesita sentirse reconocido por su grupo social, cultiva sus bienes característicos y, por tanto, no aspira a lo nuevo, sino que perfecciona y reincide en lo viejo. No existe capacidad de espontaneidad, de iniciativa, de independencia, predomina el inmovilismo. Werner Sombart afirma que el gran ideal de aquel tiempo, al estilo del maravilloso sistema de Tomás de Aquino, es «el alma individual, sosegada en sí misma, que aspira desde su intimidad a la perfección». El mundo del precapitalismo se caracteriza por la «tranquila seguridad» de una vida orgánica. Esta vida del hombre tranquilo se verá perturbada por el desasosiego del capitalismo, de una vida estática se llega a una vida dinámica y aparecen dos protagonistas que se suceden en el nuevo tiempo, el burgués y el gran empresario, el espíritu burgués y el espíritu de empresa⁸. Comienza lo que Julio Caro Baroja denomina el drama industrial, el desarrollo económico, otro ritmo, «otra especie de condición de destino de la tierra y del hombre»⁹.

8. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 20 ss.

9. CARO BAROJA, Julio. *Introducción a la historia social y económica del pueblo vasco*. San Sebastián: Ed. Txertoa, 1974, p. 28 s.

3. El buen burgués

Werner Sombart realiza un perspicaz análisis histórico sobre el nacimiento y desarrollo del capitalismo y concluye con el descubrimiento de los dos personajes que lo caracterizan, el burgués y el sujeto económico moderno. Frente al antiguo placer por la posesión de metales preciosos, por la acumulación de tesoros, surge, a partir del s. XII, la valoración del dinero. No obstante, aún se encuentran ejemplos destacables de anacronismo por el interés de metal precioso en el caso de España en el s. XVI, debido a la plata procedente de la América española que revoluciona la economía europea, cuestión ésta en concreto que no menciona Sombart¹⁰. Antonio Domínguez Ortiz apunta también a otros factores que descubren ya la existencia de una «nueva economía», como el aumento de la población, la producción de bienes de consumo y el gasto público que deben tenerse en cuenta en la subida de los precios¹¹. Sombart incide en el hecho de que, «la codicia de oro se ve relevada por la *pasión por el dinero*». La codicia ataca a amplios sectores de la población, «por no decir al pueblo entero». Dante sentencia contra la codicia de nobles y burgueses de las ciudades italianas. Sombart, sin embargo, se centra en la figura del s. XV, L.B. Alberti y sus *Libri della famiglia*, en donde se alaba la riqueza como bien cultural y se hace justicia al afán de lucro, «nadie piensa en otra cosa que en ganancia y riqueza». Esta realidad se extiende a lo largo del Renacimiento y se convierte en uno de los ingredientes de la modernidad, pero Erasmo se queja, «*pecuniae obediunt omnia*», ha comenzado el imperio del dinero¹². La codicia y la aventura aparecen como impulsores de la vida, pero hay que ponerles un orden, deben adquirir forma, organización, se configura lo que Sombart denomina el «espíritu de empresa». La empresa es concebida como un «plan de gran alcance», llevado a cabo con la colaboración permanente de varias personas bajo una voluntad unitaria. En este tipo de actividad del hombre se incluye la empresa económica y dentro de ella la empresa capitalista. El «espíritu de empresa» está integrado por las «características psíquicas que son necesarias para la feliz ejecución de una empresa». Werner Sombart destaca tres facetas que debe tener todo empresario para triunfar: «ha de ser conquistador, organizador y negociador».

El empresario como conquistador ha de tener *libertad espiritual* para trazar planes, *energía espiritual* para comunicar vida a su invención, *tenacidad y perseverancia* para perseguir la meta propuesta. El empresario es organizador porque en su labor colaboran otras personas. Organizar significa, por una parte, «conjuntar a muchas personas con vistas a una tarea afortunada y eficaz», por otra, concentrar fuerzas en el espacio y en el tiempo como exige Clausewitz al estratega. Por último, el empresario es negociador porque mantiene relaciones con la gente, debe servirse de personas

10. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 36 s.

11. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *El Antiguo Régimen: los Reyes Católicos y los Austrias*. Madrid: Ed. Alianza-Alfaguara, 1973, p. 149 s.

12. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 37 ss.

extrañas, quiere dar salida a sus productos, no le queda más remedio que negociar, mantener un diálogo con otros para que acepten una determinada propuesta a través de las propias razones y la refutación de los argumentos contrarios, «negociar significa mantener una lucha con armas intelectuales». El alma de todo «moderno comercio» es la negociación, sin embargo, Sombart recuerda que no tiene por qué realizarse únicamente por el diálogo, de palabra, cara a cara, sino que puede llevarse a cabo tácitamente, mediante la publicidad, método por el que el vendedor con «toda clase de ardid, hace tan plausibles las excelencias de su mercancía que al público no le queda otro remedio que comprársela», lo que Sombart denomina un «intercambio mudo», si pueden llamarse «mudos los anuncios en palabras o imágenes». Un diálogo en el que los interlocutores no se ven, sólo se intuyen o imaginan, dado que confluyen en la imagen de la persuasión. El ideal del vendedor consiste en que la población ya no conciba nada más importante que la compra del producto. El hecho puede convertirse en pánico cuando en el mercado de valores los compradores temen que no van a llegar a tiempo, la bolsa es el símbolo de la complejidad de las reacciones psicológicas del intercambio mudo, opaco, impersonal, entre compradores, vendedores y la sociedad a la que corresponden los títulos.

Los compradores no van a ir a buscar al vendedor «*motu proprio*», todos ellos experimentan otras necesidades «de adquisición que han de ser reprimidas para que pueda tener éxito el nuevo comerciante». El ambiente, la atmósfera del mundo capitalista consiste en «despertar interés, ganarse la confianza, activar los deseos de comprar», condiciones que ponen «a prueba la eficacia del comerciante afortunado». Sombart destaca dos conceptos que parecen pasar desapercibidos, eficacia y fortuna, característicos de la nueva época y de su nuevo personaje, el capitalista. No obstante, el comerciante ha de valerse de la sugestión, dado que el feliz resultado de la eficacia y de la fortuna es otra cuestión, incluso la fortuna ha de ser perseguida para que se convierta en propicia. Werner Sombart siempre apela al esfuerzo personal, al protagonismo de la persona, «basta con que no se trate de medios de presión externa, sino de coacción interna, con que la parte contraria acepte el trato no contra su voluntad, sino por su libre decisión». Voluntad y libertad deben estar presentes en las reglas del juego de la persuasión. La empresa surge del interés por el dinero y en sus comienzos se desarrolla en un mundo amurallado en el que se justifica la violencia, la guerra forma parte de ese interés para derribar los muros que opone el enemigo en la misma causa. El moderno comerciante, en cambio, vive en una época en la que las murallas consisten en un mundo abierto a la competitividad, que obliga a una estrategia diferente y predominante, psicológica y personal, que hace de la lucha por el dinero algo más inteligente, aunque, como reiteradamente recuerda Sombart, no falten casos que acudan al anacrónico procedimiento de la guerra. El nuevo método de la persuasión consiste, en ocasiones, «en despertar la sensación de que el ajuste inmediato del trato aporta ventajas capitales», el arma para conseguirlo es la publicidad, que se mueve en la inseguridad de un mundo abierto, a la intemperie, sin las sólidas fortalezas de antaño. La singladura de la empresa «depende de contingencias que no pueden ser previstas», consecuentemente, todo empresario debe tener presencia de ánimo y «*coup d'oeil*», que decía Federico el Grande, capacidad de dar «con aquello que mejor pueda servir para lograr el éxito perseguido». El don de discernir en cada instante una verdad, debe ir acompañada

de la facultad de realizar, también en el instante, «lo descubierto como acertado: la decisión»¹³.

Sombart continúa con su análisis histórico y psicológico del espíritu capitalista, distingue y diferencia épocas y personajes, muestra cómo en esta evolución aparecen comportamientos de carácter ético en el mundo de la modernidad, lo que denomina «cualidades psíquicas», independientemente del afán de lucro y del espíritu de empresa. Cualidades que «constituyen la esencia de todo buen burgués y padre de familia, del hombre de negocios formal y ‘prudente’. Dicho en otros términos: en todo empresario capitalista se oculta un ‘burgués’». Werner Sombart pretende descubrir un personaje tras el que se esconde un tipo de persona, no una clase social, el burgués, que nace en la Florencia de finales del siglo XIV, como figura que se desarrolla a partir del habitante de la ciudad, del comerciante, del artesano, personas para las que se utiliza el apelativo «es un burgués». Desde el siglo XV existe una gran abundancia de testimonios que demuestran su existencia, multitud de personas familiarizadas con el mundo de los negocios («¡y quién no lo estaba en aquel Nueva York del Quattrocento!»). Este personaje resplandece paulatinamente de entre el mundo bajomedieval, tiene unas características afianzadas a lo largo de los siglos XVII y XVIII y se encuentran ya en la figura de Benjamín Franklin, el «arquétipo del espíritu burgués».

Sombart marca la continuidad histórica mediante la relación de las notas comunes con las diferentes de cada época y de cada uno de sus personajes. Estos principios presentes en el ilustrado norteamericano se encuentran también en 1450 en «la sustancia vital de los laneros y cambistas florentinos», reflejados en las obras de un típico burgués de la época que es el ya mencionado, Leone Battista Alberti (1404-1472), sus escritos sobre la familia tenían una general admiración y popularidad, constituyen una fuente de gran valor para formar un juicio acerca del «ambiente espiritual de la primera época de la concepción burguesa del mundo». Este análisis de Sombart sirve de ejemplo sobre la utilización de su método histórico como fuente para sus conclusiones intelectuales. Los puntos de vista de Alberti autorizan a afirmar que eran compartidos por amplios sectores de la sociedad de su época, «representaban una especie de espíritu general», aunque «sólo del mundo de los negocios». Werner Sombart selecciona la valiosa información que ofrece Alberti y la divide en dos grupos, por una parte el que denomina la «santa economicidad» y, por otra, la «moral de los negocios»¹⁴. Se trata del precedente de una ética que en la actualidad no solo busca evitar el mal, sino que también pretende el bien social¹⁵.

«*Sancta cosa la masserizia*» dice Alberti, expresión que Sombart analiza en diversos pasos. Toda buena economía debe identificarse con «la racionalización de la adminis-

13. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 63 ss.

14. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 115 ss.

15. CAMACHO LARAÑA, Ildefonso, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, José Luis, MIRALLES MASSANÉS, Joseph Luis. *Ética de la empresa*. Bilbao: Ed. Desclée de Brouwer, 2002, p. 289 s.

tración económica», esto implica que los procesos económicos no deben ir más allá del umbral de la conciencia del buen burgués, se ocupa de problemas económicos, «consagra a ellos su interés; que no se avergüenza de hablar de ellos como de algo sucio; que incluso alardea de actuar en la economía». Sombart destaca que estas características son algo nuevo e inaudito¹⁶. Las apreciaciones de Sombart sobre Alberti están refrendadas por el análisis que de él realiza Jacob Burckhardt, «obligado por la pobreza estudió ambos Derechos durante muchos años, hasta enfermar gravemente por agotamiento». Alberti es el prototipo hombre del Renacimiento, además de jurista, fue arquitecto, físico, matemático y artista, comunicaba con generosidad sus conocimientos, contemplaba la gente y el paisaje, el mismo que plasmaba Leonardo da Vinci, «su mirada penetraba en el interior del hombre, pues dominaba la ciencia del rostro humano» y sentía «un afán de convivencia, lleno de simpatía», poseía una personalidad «sostenida por una fuerza de voluntad intensísima. Como los más grandes entre los grandes del Renacimiento, decía también él que 'los hombres, si quieren, lo pueden todo'»¹⁷. Alberti era, por consiguiente, un gran observador de la realidad sobre la que reflexionaba y teorizaba con las herramientas del optimismo, la voluntad y el deseo.

Se habla, al mismo tiempo, de conciencia y de razón, Antonio Marzal hace referencia también a ellas cuando afirma que es ya en el Renacimiento cuando la razón realiza su puesta en escena «con el nacimiento del hombre moderno, identificable a través de la figura del burgués, con el *homo oeconomicus*, como han puesto de relieve los análisis históricos de Sombart», así como la aplicación del cálculo abstracto al mundo de los negocios, como una de las virtudes burguesas defendidas por el autor alemán¹⁸. Se entendía que el artesano, el humilde tendero, se preocupasen de pasar la vida echando cuentas de sus ingresos y gastos, sin embargo, no se podía entender que el rico se prestase a este oficio cuando lo consustancial en él consistía en gastar y no preocuparse por ello. El rico comienza a racionalizar la administración mediante «una prudente relación entre gastos e ingresos, es decir, la creación de un arte especial de la administración». Sombart advierte que este hecho supone plantear el problema, de cómo se planteen los problemas depende su solución y, en este caso, significa resolverlo en un sentido determinado, hay que dar sentido a lo planteado, el sentido que se descubre es la «buena administración» que no puede significar otra cosa que «la *radical condenación de todas las máximas de la forma de vida señorial*». El señor ingresaba en función de lo que derrochaba a manos llenas. De una realidad histórica se deduce una máxima convertida en quintaesencia de validez universal, casi al estilo kantiano, «*recordad siempre esto, hijos míos; nunca permitáis que vuestros gastos sobrepasen a vuestros ingresos*». Esta frase supone la primera

16. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 117 ss.

17. BURCKHARDT, Jacob. *La cultura del Renacimiento en Italia (Vol. I)*. Título original: *Die Kultur der Renaissance in Italien* (1860). Traducción del alemán y notas: Jaime Ardal. Barcelona: Ed. Orbis, 1987, p. 105 ss.

18. MARZAL, Antonio. *Análisis político de la empresa*. Barcelona: Ed. Orbis, 1985, p. 29 ss.

piedra del edificio de la economía burguesa y da lugar a la segunda característica de la «santa economicidad»: la «economización de la administración», de forma voluntaria, puesto que ya no se refería a la miseria de los pobres sino a la actividad de los ricos, lo nuevo es «que alguien contara con medios suficientes y no echara mano de ellos». Aún se da un paso más, ya no solamente se trata de no gastar más de lo que se gana, sino de gastar menos de lo que se ingresa, es decir, de ahorrar. Se trata no de un ahorro forzoso, sino voluntario, nace el ahorro, no como necesidad, sino como virtud. «El administrador *ahorrativo* se convierte desde ese instante en el ideal del burgués rico». Werner Sombart cita a Ruccellai, potentado de mediados del siglo xv, que ofrece toda una serie de frases de coetáneos suyos, «un céntimo ahorrado me hace más honor que cien gastados» y nuevamente Alberti, en sus libros de familia, advierte que «no es por ganar mucho por lo que se hace uno rico, sino por gastar poco», o bien, que «el ahorro no perjudica a nadie y aprovecha a la familia». El ahorro se convierte en virtud, en medida, en «*misura*», de tal forma que «ningún gasto debe ser mayor de lo absolutamente necesario (*che dimandi la necessità*) ni menor de lo que prescriba la honestidad (*onestà*)». La apariencia de riqueza en función del gasto ya no se valora, únicamente tiene valor el ahorro¹⁹.

El espíritu burgués se presenta como toda una elaboración que pretende elevarse, de las condiciones materiales, hacia un ideal de vida que representa un «espíritu» racional formado, al estilo del presentado por Hegel, «la razón es espíritu en tanto que eleva a verdad de certeza de ser toda realidad y es consciente de sí misma como de su mundo y del mundo como de sí misma», por tanto, aparece una esencia espiritual «definida como la *sustancia ética*; pero el espíritu es la *realidad ética*» y se puede llegar a un «*pensamiento de la realidad*», tras descubrir que aunque la riqueza es «ciertamente, lo pasivo o lo nulo, es asimismo esencia espiritual universal y también el *resultado* en constante *devenir del trabajo* y de la *acción de todos*, del mismo modo que se disuelve de nuevo en el *goce* de todos»²⁰. Werner Sombart conforma este trabajo en sintonía con la realidad del espíritu burgués elaborada a través de un resultado histórico. De manera sorprendente se consigue una imaginada continuidad temporal, a pesar del aparente salto en el vacío. Sombart es, por consiguiente, también autor de esa realidad del espíritu burgués, mediante la plasmación estética y vital de sus características. Para conseguir una perfecta economización de la administración, «y de la vida», advierte que no es suficiente con la virtud del ahorro que representa la «*economía del material*», hace falta un orden lógico de actividades y «un aprovechamiento adecuado del tiempo», nuevo protagonista de la realidad espiritual del burgués. Este orden lógico es la «*economía de las energías*» que se convierte en una persecución insistente y tenaz. El autor renacentista mencionado, Alberti, describe de forma perspicaz que la «auténtica *masserizia*», el espíritu de economicidad, debe entregarse en una administración fiel a tres cosas: «1º nuestra alma; 2º nuestro cuerpo; 3º y, ¡sobre todo!, nuestro tiempo». Administrar es la ocupación

19. SOMBART, Werner. *El burgués...* op. cit., p. 117 ss.

20. HEGEL, J.G.F. *Fenomenología del espíritu*. La Habana: Ed. Editorial de Ciencias Sociales, 1972, p. 259 ss.

esforzada y honesta de la vida. Frente al despilfarro el ahorro, frente a la ociosidad la ocupación, despilfarro y ociosidad son enemigos mortales. La ociosidad es la fuente del «desprecio de las leyes»²¹.

El espíritu mercantil adquiere la forma de aventura, de sentimiento común en los pobladores de villas mercantiles que nacen a lo largo de la Edad Media y se consolidan en el Renacimiento con la aparición de la modernidad. Laboriosidad, riesgo, quehacer diario, basados en una tradición histórica proyectada hacia el futuro, son los componentes del nuevo comerciante. Este es el caso de Bilbao en el siglo *xvi*, Teófilo Guiard la describe como una villa que respondía a los ecos de la modernidad en los trances de fortuna y desventura, esforzada para «mantener su importancia y acrecerla, cuidando de las viejas instituciones y basando su cohesión tan necesaria, en ellas» con un «ideal mercantil y progresivo». El burgués es consciente de que su vida consiste en un batallar constante. «Esta universal presencia de los moradores en las crisis», la creencia en un derecho elaborado por el burgués «y la función afortunada de sus instituciones, principalmente la del Consulado, salvaron a Bilbao del total vencimiento y ruina á que tanto le había acercado la contradicción de los tiempos». Las instituciones mercantiles, expresión de una voluntad común, guían a sus autores, «afirmó la orientación de las ideas en los bilbaínos el Consulado». Se desarrolla un derecho mercantil y un derecho del mar. La mar no sólo se mercantiliza, también se juridifica. El Consulado lo integran los propios burgueses, «maestros de naos, capitanes, mareantes y mercaderes de la Villa». Para la elección de sus responsables, «prior y Cónsules se guardaba el uso antiguo de designar por tales á los más preeminentes». En las ordenanzas de 1687 se exige que sus representantes habrán de ser «personas de buen celo e inteligencia en los tratos y comercios, temerosos de Dios» así como que «lo sean para la aneja dignidad del ejercicio de la jurisdicción real» y «para la dicha causa pública de todo el comercio». Esfuerzo, inteligencia, dignidad y derecho pretenden llenar el proyecto de vida del burgués bilbaíno²².

El buen burgués se adorna de un barroco ropaje de imperativos que marcan su vida personal al ritmo del tictac del reloj del tiempo, pero que ofrece una imagen externa y pública de austeridad representada en el aprecio a la ley. «Las ganancias aumentan porque al ampliarse los negocios crece también nuestro trabajo y diligencia». No son el trabajo y la diligencia los que aumentan los negocios, sino que, más bien, son los negocios los que hacen que aumente el trabajo y, también, la diligencia. El negocio, la negación del ocio, es fuente de virtud, de valor o, si se prefiere, es el negocio en sí mismo un valor valioso. Este personaje, ya modelado desde los inicios de la modernidad, permanece a través de un «desarrollo intensivo» con pocas variaciones y, únicamente, se extiende a lo largo del tiempo mediante un «desarrollo extensivo». Para Sombart, «lo que en los siglos posteriores se ha venido enseñando a los futuros hombres de negocios no es otra cosa que lo que Alberti encarecía siem-

21. SOMBART, Werner. *El burgués... op. cit.*, p. 121.

22. GUIARD Y LARRAURI, Teófilo. *Historia de la Noble Villa de Bilbao*. Volumen II. Bilbao: Ed. La Gran Enciclopedia Vasca, 1971, p. 484 s.

pre a sus discípulos». En el siglo xvi el español Herrera alababa las mismas virtudes en el agricultor que las que defendía Alberti para el eficiente comerciante de lanas, buena deliberación en el actuar, aversión a la ociosidad y conocimiento preciso en su actividad profesional. En el xvii, la obra de Savary, *Le parfait négociant*, dedicada a Colbert, trata del arte del comerciante y de la moral en su actividad. El éxito y la fortuna del comerciante dependen del conocimiento exacto de su profesión, del buen orden en los negocios, de su diligencia, del ahorro y de su buena economía familiar. Ya en el siglo xviii, Defoe advierte que «la vida de los negocios no es un baile al que se va engalanado y enmascarado», por el contrario, «sólo exige prudencia y moderación». Para Sombart la mentalidad burguesa llega con Benjamín Franklin a su apogeo, amaba la economía en la que el tiempo es el valor más importante, «el tiempo es dinero» y, por consiguiente, «el tiempo perdido no se recupera jamás y lo que llamamos tiempo suficiente es siempre demasiado corto». La clave de la filosofía de Franklin se resume en «*Industry and frugality* (diligencia y moderación)». Lleva una auténtica contabilidad diaria del cumplimiento de las virtudes, entre las que desataca la justicia, la serenidad o el orden. El tiempo y la economía se convierten en el eje de su vida y de la mentalidad burguesa. Werner Sombart prefiere apelar a la imaginación de la literatura como reflejo de la realidad y como aportación de prueba para su discurso, la realidad imaginada alcanza una proyección rigurosa y consistente para analizar «las causas generadoras del espíritu capitalista»²³.

4. «Santa Economicidad» y moral de los negocios

La «santa economicidad» hace referencia al ámbito interno del personaje del burgués, mientras que «la moral de los negocios» supone «un comportamiento especial de cara al mundo exterior» que «implica al mismo tiempo moral *en y para* los negocios». La moral en los negocios recibe el nombre de «*formalidad comercial*», se manifiesta en las relaciones comerciales y en la firma de contratos con los clientes. Junto a esta realidad aparece la exigencia ética de la confianza en el cumplimiento de lo prometido, de la efectividad del servicio o la puntualidad del suministro. Confianza, eficacia, puntualidad son conceptos que manifiestan la aparición del otro y de un mundo marcado al ritmo de la responsabilidad y del tiempo, no se pueden entender al margen de la economía capitalista y pertenecen también a las virtudes burguesas. Sombart matiza su análisis, la nueva economía capitalista es el mundo de los acuerdos comerciales, de la relación económica, ya no tiene el viejo estilo de la economía personal y nace la «formalidad» de la «moral de fidelidad en el cumplimiento de los contratos». La ética de los negocios aparece como protagonista de la nueva sociedad burguesa y, consecuentemente, también el derecho. Werner Sombart, no obstante, insiste en su metodología coherente al recordar que esta moral se desarrolla a partir de la vida, de la realidad, de la historia, con la aportación de la perspectiva estética de la literatura. La «moral tenía que desarrollarse previamente como virtud personal», individualizada y responsable, así la cultivaron los «padres de

23. SOMBART, Werner. *El burgués... op. cit.*, p. 125 ss.

la doctrina económica de las virtudes». El ya mencionado Alberti dice: «No ha habido nadie en nuestra familia que haya roto su promesa en el cumplimiento de contratos». Como un breve código de buenas prácticas menciona que «toda compra o venta ha de estar presidida por la sencillez, la fidelidad, la sinceridad y la honradez, tanto en tratos con extraños como con amigos; los negocios han de ser siempre claros y concisos». Estas reflexiones surgidas de la realidad comercial adquieren paulatinamente forma por medio de lo que Sombart denomina «personas que poseen autoridad para dictar normas al hombre de negocios». El concepto de «formalidad comercial» adquiere consistencia personal y social, varía de acuerdo con los países y las épocas, se introduce en el sistema capitalista.

Werner Sombart señala otro aspecto de la «moral de los negocios», con un sentido diferente, lo que se puede denominar como «moral *para* los negocios» o moral por el negocio. Esta acepción tiene como finalidad conseguir el máximo rendimiento a la actividad comercial y se transforma, incluso, en virtud burguesa, «a partir de entonces se considera *conveniente* (por motivos comerciales) cultivar determinadas virtudes, o al menos aparentar poseerlas. Estas virtudes se pueden resumir bajo el concepto colectivo de 'honestidad burguesa'. La norma suprema de conducta será «hay que vivir 'correctamente'». La defensa de esta conducta tiene, sin embargo, un fin utilitarista, la eficacia. «Se debe evitar todo vicio y no mostrarse en público más que en compañía de gente decente», hay que ser un «buen burgués» por razones comerciales, «pues toda conducta moral *eleva el crédito*». Sombart cita aquí también a Alberti, el comerciante italiano llama «*onestà*» a esta «virtud» que se podría traducir por «honestidad burguesa». La honestidad acompaña siempre al burgués como una «consejera justa», al estilo de la voz de la conciencia, pero con una imagen más que ética, estética. Es una consejera prudente y práctica, sopesa y valora cada una de las acciones, pensamientos y deseos, pule cada empresa, pero, no se olvide, lo más importante radica en que es «extraordinariamente útil», por tanto, «si nos consagramos sin desmayo al cultivo de la honestidad, seremos ricos y nos ganaremos el elogio, aprecio y veneración generales». Interpretación no desdeñable por su optimismo, aunque representa cierta hipocresía, en el sentido de que en el mundo de los negocios «basta *ser tenido* por honesto». Sombart añade con su habitual perspicacia que no es suficiente *ser* honesto en los negocios, también hay que aparentarlo, de ahí que Benjamín Franklin señale: «Para asegurar mi crédito y afianzar mi posición como hombre de negocios, no sólo procuraba ser realmente trabajador y sobrio, sino que ponía también gran cuidado en borrar toda apariencia de lo contrario». El comportamiento ético, que es eminentemente personal, tiene, no obstante, una vertiente social importante, pero en este caso resalta la imagen de una vida de permanente actor que representa el papel de «burgués», vida imaginada, verdadera, que pretende convencer a los demás, pero también vida con apariencia de realidad, vida, en definitiva, con escasa espontaneidad. La libertad en los negocios, la rentabilidad de la honestidad, pasa la factura de una vida menos libre y de una imagen hierática del burgués.

Dentro del espíritu burgués aparece otra vertiente que es su mentalidad calculadora. Los aspectos personal y social del burgués encuentran una lógica en el cálculo económico, el capitalismo implica acuerdos comerciales «sobre servicios recíprocos expresables en dinero (compra de medios de producción, venta de productos

acabados, contratación de mano de obra, etc.)» y al final, advierte Sombart, todo se reduce a una suma de dinero. Afirmación que parece contradictoria con el discurso de su estudio, sin embargo, esta idea no deja de ser más que una perspectiva que aflora en un mar que oculta otras realidades. «Por mentalidad calculadora debemos entender la tendencia, el hábito, pero también la facultad de reducir el mundo a cifras y ordenar estas cifras en un complejo sistema de gastos e ingresos». El deseo de dinero ha desarrollado la formalidad del burgués, que los gastos no superen los ingresos ha provocado la necesidad de contar el dinero, como consecuencia nacen el cálculo comercial y la contabilidad. El origen del cálculo comercial y de la contabilidad se encuentra en Italia, más concretamente en Florencia a comienzos del s. XVIII. Sombart afirma que en la Italia del XV ya se calculaba «a todas horas y en todas partes; el cálculo y la contabilidad se habían convertido en una de las ocupaciones fundamentales del empresario 'burgués'», incluso surgirá la actividad contable profesional. En el siglo XVIII los holandeses son los grandes contables. A mediados del XIX el comerciante hamburgués sirve de modelo en cuanto a eficacia y precisión para el resto de Alemania, «iguala al holandés en prudencia, pero es mucho más liberal que él y menos meticuloso»²⁴. El espíritu capitalista se hace también transparente en la liberalidad, la meticulosidad y la prudencia de la contabilidad. Europa, muy pronto el resto del mundo, se llena de números, se mercantiliza, se contabiliza y la filosofía se mezcla con la ciencia empresarial como sucede en el caso de Karl Günter Ludovici en el s. XVIII que fue profesor de lógica de la filosofía práctica y también de ciencias comerciales en la Universidad de Leipzig²⁵. Aparece una ética de los números, la «formalidad comercial» quiere también precisión y transparencia. Tiempo, formalidad, derecho, ingreso, gasto, cálculo y contabilidad son una buena parte de los rasgos que configuran al nuevo burgués y que demuestran lo que Pierre Léon denomina una aceleración de la historia²⁶.

El tiempo es factor esencial en la obra de Sombart y, por tanto, la realidad, que es diversa, necesita ser analizada para inducir un tipo de persona: el burgués de viejo estilo. Esta labor de inducción, en el más puro estilo platónico, pretende «elevarse desde la consideración de las cosas sensibles hasta la contemplación de 'lo que hay de más excelente en la realidad'»²⁷. Podría entenderse por «excelencia» en el caso de Sombart la consecución de la figura del personaje, sin olvidar las virtudes que deben adornar a ese personaje, surgido a lo largo del período histórico que abarca desde la Baja Edad Media y se prolonga hasta finales del siglo XVIII, en el que comienza a apreciarse el cambio, no sólo por los anuncios de la revolución industrial, sino también por los síntomas de decadencia del antiguo burgués entregado obsesivamente al lujo y con él a la

24. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 132 ss.

25. GUTENBERG, Erich. *Economía de la Empresa. Teoría y práctica de la gestión empresarial*. Traducción de Santiago García Echevarría. Bilbao: Ed. Ediciones Deusto, 1976, p. 21.

26. LÉON, Pierre. *Économies et sociétés préindustrielles. Tome 2: 1650-1780. Les origines d'une accélération de l'histoire*. París: Ed. Librairie Armand Colin, 1970, p. 7.

27. FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía 2*. Madrid: Ed. Alianza, 1984, p. 1671.

exaltación de la «ambición, anhelo de ostentación, orgullo, afán de poderío» y el lujo resulta ya insoportable²⁸. Etapa de larga duración que se inicia con un interés en cascada por el dinero y adquiere un reposo y sedimentación ordenados en su parte final que desemboca en una nueva era. Del burgués de viejo estilo se pasa al sujeto económico moderno, una nueva forma de capitalista que invade el mundo contemporáneo, un nuevo tipo de burgués o empresario. Ambos personajes poseen un material básico común: afán de enriquecimiento, idea de empresa, actitud burguesa y mentalidad calculadora. No obstante, cada uno de ellos obedece a un espíritu diferente, en el burgués de viejo estilo «todos sus pensamientos y proyectos venían determinados por el perjuicio o beneficio que pudieran reportar al hombre vivo, real», todavía «el hombre continuaba siendo la medida de todas las cosas o, más exactamente, la manifestación natural y central de la vida», es una figura erguida que ha conseguido ordenar su orgullo. Sombart la describe plásticamente, «el burgués camina todavía firme sobre sus dos pies, aún no siente la necesidad de ayudarse con las manos»²⁹. La plenitud de la forma de ser burgués implica, a pesar de todo, una cierta humanidad, una de las características de la persona consiste en vivir erguido, consecuentemente, la vuelta a la necesidad de ayudarse con las manos supone la deshumanización.

El burgués adquiere forma y formalidad, la persona significa también límites definidos, aparece plásticamente dibujada, en cambio, el nuevo tipo de burgués presenta límites difusos, es una figura desdibujada, necesita apoyarse también en sus manos. Recuerda esta reflexión el planteamiento de María Zambrano, «el ser persona humana lleva consigo limitación; toda forma está envuelta en límites. Si se rompe por completo el límite, la forma desaparece, no se es nadie, no se es alguien. Se es ninguno. La figura personal ha desaparecido, como una víctima más; la víctima sin remedio»³⁰. El sujeto económico moderno es la víctima de su propio capitalismo, una persona desdibujada. El burgués de viejo estilo representaría, en cambio, forma, limitación, en sus dos sentidos de límite y de menesterosidad, de persona limitada, un ser con defectos. Para Sombart, «se ha habituado a la camisa de fuerza de la dignidad burguesa; ha tenido que aprender a contar. Sus garras están cortadas, sus colmillos limados, sus cuernos embolados». Ninguna de las variantes de este personaje, el terrateniente y el comerciante, el banquero y el especulador, ha dejado de contemplar su actividad en función de las «exigencias de un sano humanismo», el negocio es un mero medio para un fin, que es la vida, «sus propios intereses vitales y los de quienes con ellos colaboran son los que deciden sobre la dirección y medida de sus actividades». Werner Sombart apunta una serie de características que sintetizan los límites de esta figura, «*su actitud ante las propias ganancias*», se aprecia la riqueza, pero su consecución no es un fin último, sino que se orienta a conservar valores vitales, sólo hace feliz la riqueza que se adquiere honestamente³¹. Plantea-

28. SOMBART, Werner. *Lujo y capitalismo*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1979, p. 65 s.

29. SOMBART, Werner. *El burgués... op., cit.*, p. 163 s.

30. ZAMBRANO, María. *Persona y democracia. La historia sacrificial*. Madrid: Ed. Siruela, 1996, p. 94.

31. SOMBART, Werner. *El burgués... op., cit.*, p. 164.

miento que se acerca a la interpretación razonable más que racional de Kant, con una importante concesión a la idea de naturaleza por parte de la razón, sólo con el deseo de llegar a la paz perpetua, «el espíritu comercial, incompatible con la guerra, se apodera tarde o temprano de los pueblos»³².

«*Su actitud ante la vida de los negocios*», su estilo comercial, su actividad económica moderada, su conducta sosegada se reflejan en la frase de Jacob Fugger, «quería ganar mientras pudiera». La imagen del hombre tranquilo da la apariencia digna de equilibrio rígido y pedante. «*Su actitud ante la competencia y la clientela*», el cliente es considerado como una propiedad particular del comerciante, como una «región delimitada, cuya explotación era derecho exclusivo de una compañía comercial». La «caza del cliente» estaba prohibida, los anuncios comerciales fueron algo reprochable durante mucho tiempo y, por supuesto, era absolutamente condenable anunciar las ventas a precios más bajos que la competencia. Por último «*su actitud frente a la técnica*», el progreso de la técnica sólo es deseable en tanto no destruya la felicidad humana, la disminución del coste no compensa el sufrimiento de un trabajador que se queda sin trabajo, es el interés en el hombre, quizá egoísta, pero interés al fin y al cabo³³.

5. El nuevo empresario en su carrusel

Werner Sombart posee la maestría de armonizar la continuidad con la discontinuidad, la duración con el instante, el burgués de viejo estilo parecía un ser logrado y ya permanente, sin embargo, sus contornos comienzan a difuminarse y nace una nueva figura que conserva rasgos de la antigua, pero cuya imagen distorsionada le concede la categoría de personaje diferenciado. El viejo burgués comienza la metamorfosis que le llevará a su transformación desde finales del siglo XVIII, en la época que Sombart denomina «apogeo del capitalismo». Aparece un nuevo espíritu, su característica consiste «en que la dirección total de la vida económica se ha transferido a los empresarios capitalistas», convertidos en sujetos de toda la economía capitalista, en organizadores exclusivos del proceso económico, con un afán de lucro, de dominio y de actividad. La objetivación del espíritu capitalista se traslada a la empresa capitalista, como creación autónoma de la inteligencia, con su propia finalidad, con su razón, con sus virtudes, «independientemente del empresario capitalista»³⁴. El sujeto económico moderno ha terminado por ser devorado por su propia creación y su figura se ha desdibujado de tal manera que corre el riesgo de convertirse en una mera sombra.

32. KANT, Immanuel. *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Traducción de la segunda obra, F. Rivera Pastor. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1979, p. 128.

33. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 166 ss.

34. SOMBART, Werner. *La industria*. Traducción del alemán por Manuel Sánchez Sarto. Barcelona-Buenos Aires: Ed. Labor, 1931, p. 93 ss.

Los «viejos amigos siguen estando ahí y aparentemente no ha cambiado nada», el gran empresario es un hombre que reúne en sí mismo varios de los tipos anteriores, «flibustero y astuto, calculador, señor feudal y especulador» como sucede con los grandes magnates de los trusts norteamericanos. Su figura se desdibuja como el caso del empresario francés Rochette, que veía cómo las acciones de una de sus empresas, dedicada a la fabricación de una nueva lámpara incandescente, eran arrebatadas por la gente en París, hasta que se descubrió que el humo de la chimenea de su fábrica era simplemente fruto de «los brazos del fogonero» encargado de producirlo. El nuevo empresario corre el riesgo de representar sombra y humo. El gran empresario puede llegar, incluso, a la abstracción, a través de lo que Sombart denomina el «empresario colectivo» como conjunto de empresarios capitalistas que, «con el título de directores generales, se hallan a la cabeza de empresas gigantescas». Cada uno realiza una función especial y «todos juntos representan el gran empresario colectivo». A pesar de la diversidad de tipos que se pueden encontrar, sin embargo, se pueden advertir, también, rasgos comunes y «mostrar que en el fondo todos están animados por el mismo espíritu», que Sombart llama «espíritu del capitalismo pleno» frente al «espíritu del capitalismo temprano». Nuevamente surge la labor de psicólogo basado en la realidad tras la que se intuye la crítica, las características de este nuevo gran empresario describen, casi plásticamente, su contorno.

Una primera perspectiva, la del «ideal», integrada por valores vitales que determinan su orientación. «El hombre real, con sus placeres y sufrimientos, con sus necesidades y exigencias» ha dejado de ser el centro del interés y su lugar ha sido ocupado por abstracciones: la ganancia y los negocios. Las aspiraciones del sujeto económico se orientan «hacia la mayor ganancia posible y la máxima prosperidad en el negocio», en definitiva, la consecución del éxito. «El empresario quiere que su negocio prospere y tiene que intentar lucrarse», sin embargo, el afán de lucro no es su principal interés, sino contemplar que el negocio crece, este es el sentido de su actividad. No obstante, es evidente que toda empresa debe producir beneficios, prosperar significa ser rentable, el empresario quiere que su negocio florezca, pero tiene que ser rentable. El burgués de viejo cuño tenía límites en su persona y en sus aspiraciones, el nuevo empresario es un ser ilimitado, no tiene frontera posible, su meta está en el infinito, la economía ya no significa «el sustento 'digno' de la persona», aunque aumenta el beneficio total nunca se puede decir: basta. Rockefeller vivía en un estado de monomanía, consistente en amontonar «capital sobre capital» porque la directriz dominante era «ampliar el negocio». La actividad empresarial se ve envuelta en la vorágine de incremento de la producción, fabricación de más y más mercancías, gran volumen de ventas, gigantescas cifras de capital circulante, transporte rapidísimo de mercancías, personas y noticias. El gran empresario, autor de este escenario trepidante no se pregunta por el porqué, en todo caso respondería sorprendido que lo exige el progreso. Esta inconsciencia y este anhelo de infinitud sólo encuentran una explicación lógica, para Sombart, en una actitud psíquica muy similar a la del niño. Este espíritu y este tipo de personalidad se contagian, también, al hombre actual en general y se hacen más comprensibles «si nos trasladamos al mundo de ideas y valores infantiles y nos convencemos de que, en nuestros aparentemente gigantescos empresarios y en todo hombre moderno en general, los móviles que determinan sus actos son los mismos que en el niño».

Las valoraciones últimas de este tipo de personas se pueden reducir a unos elementos muy simples concretados en cuatro ideales: la *grandeza*, encarnada en el gigante, el *movimiento rápido*, como la carrera, el girar de la peonza o las vueltas del carrusel, la *novedad*, «el niño tira un juguete para coger otro, empieza un trabajo para dejarlo a medias, porque le atrae más otra ocupación» y, por último el *sentimiento de poder*, «arranca las patas de las moscas, obliga al perro a hacer piruetas y a traerle toda clase de objetos, hace volar su cometa». Afirma Sombart que estos ideales infantiles se encuentran en el fondo de «valores» específicamente modernos que se pueden deducir de estos ideales. De la *grandeza*, «la *valoración cuantitativa*», en la actualidad el interés general radica en todo lo que se puede medir y pesar, en confundir «lo grande con lo grandioso» y lo que más se admira es «la magnitud de una suma de dinero» simbolizada en preguntas como: «¿Ha visto usted el Rembrandt de 50.000 dólares en casa del señor X?». Si se valora sólo la cantidad, la consecuencia es que surge la comparación y el que adquiere mayor magnitud en un tiempo determinado ha conseguido el éxito, como sucede en el deporte y en las apuestas sobre quién lo conseguirá, cosa que no tiene sentido, afirma Sombart, en una corrida de toros en la que se valora la actuación personalísima y artística del protagonista.

Del *movimiento rápido* se deduce la «*rapidez*» de cualquier acontecimiento, interesa la concepción y ejecución de un proyecto, conducir un automóvil a 100 km por hora, «que el rápido de Berlín ha acertado en diez minutos la duración de su trayecto, que el último vapor gigante ha arribado con tres horas de adelanto al puerto de Nueva York» o «que un periódico publicó a las cinco de la tarde una noticia (quizás falsa) de guerra, mientras que la competencia no pudo hacerlo hasta las seis». Aparece así el concepto de «*récord*», la era actual bien podría denominarse como «La Era del récord». De la *novedad* se infiere la atracción por «lo nuevo», sobre todo «lo nunca visto», la sensación y de ahí el sensacionalismo, el interés por las nuevas diversiones, las modas, el entusiasmo por los inventos, consecuentemente, la búsqueda una y otra vez de la novedad. Por último el *sentimiento de poder*, personalizado en «el placer de poder mostrarse superior a los demás», síntoma de debilidad. Sombart es contundente, «un hombre de auténtica grandeza espiritual jamás concederá importancia al poder exterior», sin embargo, «un empresario con una nómina de 10.000 hombres y que disfruta con este poder no se encuentra muy lejos del niño que obliga a su perro a traerle una y otra vez el objeto arrojado». Si no se posee dinero ni otro medio para coaccionar se acude al orgullo de haber dominado los elementos, de ahí el júbilo infantil por «los inventos que hacen época». Sombart entra en la reflexión crítica, una generación verdaderamente grande no se siente halagada por el mero hecho de los inventos técnicos, «apenas valorará esta forma de potencia externa». El tiempo actual no tiene esa grandeza, «se recrea como el niño en ese poder y se inclina ante quienes lo poseen. Esto explica por qué los inventores y los millonarios son los personajes que gozan hoy de mayor prestigio entre las masas». Estos ideales infantiles consiguen apariencia tangible en la meta inmediata, objeto de los afanes y aspiraciones del gran empresario³⁵. Recuerda esta perspectiva de

35. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 177 ss.

Sombart el afán de poder del que habla Julián Marías como uno de los aspectos «de la pretensión del hombre de nuestra época», entendido como «el poder sobre los hombres, de *dominación*» en formas políticas en las que «el consenso general está excluido formalmente y por principio». Afán de poder muy relacionado, al mismo tiempo, a la apetencia de «acción sobre las cosas» a través de la técnica, que ha llevado a un mundo puramente cuantitativo, de producción industrial al margen de las necesidades efectivas, a la complacencia en la velocidad y al «espíritu de *record* que ha ido invadiendo multitud de estratos de la vida»³⁶.

La segunda perspectiva que analiza Werner Sombart es la *actividad* del empresario capitalista moderno que no se diferencia demasiado del antiguo burgués en cuanto a su forma, sin embargo, sí ha cambiado en cuanto al papel que desempeña en cada uno de los elementos clásicos de conquistar, organizar, negociar, especular y calcular. Una vez más los contornos se difuminan, la negociación es cada vez más importante, el éxito de los negocios cada vez depende más de la sugestión y de la habilidad a la hora de negociar los contratos, «cada día es más necesario deshacer los nudos en lugar de cortarlos». La especulación adquiere carta de naturaleza en Bolsa, los negocios bursátiles han envesado la gran actividad empresarial, los negocios de producción y de comercio se han transformado en negocios bursátiles. El cálculo se complica cada vez más y el esfuerzo que se le exige al empresario, así como a los trabajadores, no tiene límites. La consigna del tiempo es «¡rápido, rápido!» la vida se ha hecho frenética y la agitación es continua. El cerebro del gran empresario no conoce «otra asociación de ideas que las máquinas, modelos de coches, estaciones, aparatos, números, metros cúbicos y caballos de fuerza». No hay lugar para los sentimientos humanos, se negocia pero no se conversa y el «desmoronamiento de la vida espiritual del hombre económico moderno se hace especialmente patente».

La tercera perspectiva que desarrolla Sombart corresponde a los «*principios que presiden la conducta en los negocios*», conducta que obedece a una serie de normas, como la *racionalización*, en la que la planificación debe ser perfecta y desaparece ya la racionalidad tradicional. La economía se organiza en torno a la *producción de bienes de cambio*, por tanto, la única meta que se justifica es el nivel de los beneficios, el rumbo que ha de tomar la producción mercantil viene impuesto por sus posibilidades de venta, la naturaleza y calidad de los productos es intrascendente. Cuando se habla de mejorar la calidad no se piensa en el bien del cliente sino en un mero interés lucrativo del capitalista, en el momento que éste viera que con ello empeoraba su producción no dudaría en modificar la estrategia. El aumento de la producción trae consigo la ampliación de los mercados y, por consiguiente, una desmesurada lucha por la competencia y la incitación al público a comprar. Estas consecuencias provocan, a su vez, que al cliente no sólo se le busca sino que se le asalta mediante la llamada de atención y la incitación al consumo. La propaganda, insiste Werner Sombart al tiempo que pierde casi la compostura, acaba por destruir «todo sentido de moralidad, buen gusto, decencia y dignidad».

36. MARIAS, Julián. *Introducción a la Filosofía*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1995, p. 83 s. La primera edición es de 1947.

Para seducir al cliente con ventajas reales, se busca la reducción de los costes de producción y de los precios de venta mediante el objetivo de «ganar poco en muchos negocios», frente a la mentalidad del capitalismo temprano que era «ganar mucho con pocos negocios». Se pide, al mismo tiempo, «libertad de acción» para poder alcanzar sin trabas las metas que exige el afán de lucro. La libertad formal que se pretende para ello se convierte en el debilitamiento de las formas, se puede «hacer y omitir lo que se estime necesario en interés del negocio; no se desea ninguna clase de limitación impuesta por las leyes o las buenas costumbres». El Derecho Civil, expresión de la proyección ética y jurídica del buen burgués, es aceptado como un mal menor por el gran capitalista. Sombart recurre a una expresión jurídica de la que se hacen eco los Códigos civiles, entre ellos el español en su artículo 1271 cuando contempla que «pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». No hay obstáculo en vulnerar la leal competencia cuando el interés lo requiera. «No se desea que el Estado o los representantes de los obreros intervengan en la conclusión de los contratos de trabajo». Se rompe con el pasado y, por tanto, con la continuidad histórica en cuanto al respeto a la sujeción de los buenos usos en materia mercantil. «El libre empleo de las propias fuerzas es de lo único que ha de depender el éxito económico»³⁷.

Aparece así un derecho elaborado a gusto del gran empresario cuyo ideal es el monopolio económico, «la libertad para sí, la obligación, la limitación para los otros». No obstante, este ideal no es realizable y el empresario moderno se ve obligado a un compromiso, «sacrifica la idea jurídica del monopolio o privilegio y demanda para todos la libertad económica», dicho con otras palabras, «sacrifica al prójimo exigiendo su obligación y limitación para salvar su propia libertad. Y este proceder responde en absoluto a la esencia más íntima del régimen económico capitalista». La aspiración del gran capitalismo ha sido lograr un ordenamiento jurídico con las menores trabas posibles a la actividad individual, «renunciando, por el precio de la libertad, a la protección del Estado», la consecuencia fue que el robustecimiento del capitalismo demandó un estado jurídico denominado «libertad industrial»³⁸. La libertad de acción supone también la idea de que las ganancias se desentienden de toda consideración ajena a ellas, se proclama la superioridad del valor lucrativo sobre todos los demás valores, «ya no existen trabas ni escrúpulos de tipo moral, estético o sentimental». El único derecho reivindicado por el gran empresario moderno consistirá en «proceder sin escrúpulos en la elección de los medios». Deberá aceptar un derecho de un Estado, en gran parte diseñado por él, que le reconocerá a su empresa nada menos que personalidad jurídica.

La cuarta y última perspectiva que analiza Werner Sombart se refiere a *las virtudes burguesas*. Los antiguos conceptos de ahorro, honestidad, aplicación, no se puede decir si están vigentes o no en el capitalismo moderno, han dejado de ser virtudes esenciales y necesarias, pero no han perdido protagonismo «en la conformación de

37. SOMBART, Werner. *El burgués... op. cit.*, p. 186 ss.

38. SOMBART, Werner. *La industria, op. cit.*, p. 96 ss.

la conducta económica». La perspicacia de análisis de Sombart vuelve a aparecer, han salido «de la esfera de la voluntad personal, para convertirse en elementos integrantes del mecanismo del negocio», han vuelto al mundo de la abstracción del gran empresario o, por mejor decir, de la organización empresarial, «han dejado de ser propiedades inherentes a hombres reales, para pasar a ser principios objetivos de la conducta económica». En cuanto a la *aplicación*, el antiguo burgués inculcaba los deberes a sus discípulos, el nuevo empresario «se precipita en la corriente de la actividad económica y ésta lo arrastra. Ya no ejercita una virtud, sino que se somete a una coacción». El burgués del capitalismo temprano dirigía su vida económica, el capitalista contemporáneo entrega su actividad al ritmo de la vida económica.

En cuanto al *espíritu de ahorro* se produce una disociación, el moderno capitalista mantiene el ahorro en los negocios y malgasta en la vida privada, el personaje ha difuminado tanto sus límites que se ha originado una esquizofrenia personal. Desde el punto de vista de la *formalidad* comercial nuevamente aparece la división, los proyectos de la formalidad ya no son un conjunto de principios destinados a formar la imagen personal del comerciante, «sino el proceso de las relaciones comerciales dentro del marco de los negocios. Un comerciante 'formal' puede perfectamente carecer de moral en el terreno personal». La abstracción disocia y oculta la persona del empresario, ahora, «el prestigio de la 'casa' responde de su 'formalidad'» y desde finales del XVII se desarrolla la Sociedad «Anónima». Este desplazamiento de la formalidad al mecanismo de los negocios se aprecia claramente cuando se menciona «el grado de confianza y crédito que se puede dar a una empresa». Las empresas adquieren personalidad y se habla de la seriedad de un banco o del prestigio de una sociedad. El derecho concede a las empresas societarias personalidad jurídica, la posesión de una identidad hace que gocen de cualidades que parecían privativas de la persona individual y, por tanto, poseen capacidad, fruto de una realidad empresarial y fruto, también, de la imaginación jurídica. La figura del empresario se ha difuminado casi por completo, se ha quedado oculta tras su creación³⁹. No obstante, Sombart advierte que a pesar de que la empresa capitalista se haya convertido en un monstruo con «*inteligencia*» propia, en la que el empresario compra el «racionalismo económico y lo coloca en su empresa como un mecanismo de relojería», sin embargo, «la significación del hombre» es hoy más relevante que nunca y el dirigente, al estilo de Henry Ford en su empresa, ya no está a pie de máquina sino que se concentra en «el centro de actividad espiritual». Se puede llegar, incluso, a la rudeza, se cuenta que H. Rogers, cabeza dirigente de la Standard Oil, dijo en cierta ocasión: «En las sociedades de cuyo consejo de administración formo parte, se vota primero, y después, cuando he salido, se habla»⁴⁰.

Werner Sombart lleva a cabo una recapitulación final sobre el capitalismo inhumano, sus palabras se escriben en 1913, «ahora el gigante campa por sus respetos, sin suje-

39. SOMBART, Werner. *El burgués... op. cit.*, p. 191 ss.

40. SOMBART, Werner. *El apogeo del capitalismo II*. Versión directa por Vicente Caridad. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 52 ss. La primera edición en alemán es de 1902.

ción alguna, arrasando todo lo que se interpone en su camino», la gran interrogante, «¿qué traerá el futuro?». El autor alemán es pesimista, no se le puede encadenar tras las rejas que derribó, no se le puede hacer «entrar en razón a base de argumentos éticos». Se apela a la realidad, el gigante se desplomará rendido de cansancio por la corrupción interna que este capitalismo lleva por naturaleza. La burocratización creciente de las empresas trae consigo que no solamente se mecanice el racionalismo económico, sino también el espíritu de empresa y, por tanto, apenas queda sitio para el espíritu capitalista y surge un capitalismo sin espíritu, quizá, «el gigante ya ciego, sea condenado entonces a tirar del carro democrático de la cultura»⁴¹.

«—¿A dónde vas, Federico?». Preguntan al poeta en 1933, García Lorca responde: «—A Wall Street. Impresionante por frío y por cruel. Llega el oro en ríos de todas las partes de la tierra, y la muerte llega con él. En ninguna parte del mundo se siente como allí la ausencia total de espíritu; manadas de hombres que no pueden pasar del tres, y manadas de hombres que no pueden pasar del seis; desprecio de la ciencia pura y valor demoníaco del presente. Espectáculo de suicidas, de gentes histéricas y grupos desmayados. Espectáculo terrible, pero sin grandeza»⁴².

41. SOMBART, Werner. *El burgués...op. cit.*, p. 366 ss.

42. *Treinta entrevistas a Federico García Lorca*. Selección, introducción y notas de Andrés Soria Olmedo. Madrid: Ed. Aguilar, 1989, p. 52 s.

UNA ENSEÑANZA DEL USO DIVERGENTE DEL DERECHO

MANUEL M^a ZORRILLA RUIZ
Catedrático Emérito de Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

SUMARIO

1. Toma de razón de la presencia de las sociedades de capitales en el <i>universo pluralista</i> de los grupos sociales.	77
2. Atribución de la cualidad de sujetos de Derecho a los <i>núcleos de referencia</i> que las sociedades de capitales constituyen	80
3. Razón de ser de la injerencia del uso divergente del Derecho en el dinamismo y las vicisitudes de las sociedades de capitales . . .	82
4. Flexibilización del absolutismo de los postulados que conciernen al tema de la personalidad e inmunidad jurídicas de las sociedades de capitales.	84
5. Destilación gradual de los principios que, por motivaciones de equidad, permiten reducir o suspender la plenitud e integridad de los efectos de la personalidad jurídica de las sociedades de capitales.	84
6. Particularidades del uso divergente en la práctica judicial anglosajona	86
7. Pensamiento de problemas y variedad de respuestas que ofrecen al respecto los ordenamientos jurídicos del sistema continental englobados en la familia romanogermánica	89
8. Uso divergente del Derecho de sociedades ante el carácter alternativo de los modelos económicos	91
9. Reflexiones finales	93

I. Toma de razón de la presencia de las sociedades de capitales en el *universo pluralista* de los grupos sociales

La vida social es la multiplicación y el crecimiento –arrítmico o pausadamente evolutivo– de los grupos ya organizados y/o espontáneos que forman la sociedad pluralista de hoy día. La fenomenología de estos grupos –o sea, el modo en que surgen y despliegan sus actividades– revela su condición originaria de *colectividades inorgánicas* que, andando el tiempo, superan la fricción de las existencias personales –cuya coincidencia fue casual y no deliberada– y devienen *comunidades orgánicas* pobladas por cuantos aceptan –como atractivo proyecto de vida compartida– el destino futuro que acatan colectivamente y al que se suman desde entonces. Al *elemento material* –mínimo de las colectividades plasmado en dicha convergencia– se suma el *elemento espiritual* resultante del interés común y defendible que provoca esa transformación.

La penetración colectiva y el hacer de las comunidades –también llamadas *sociedades parciales* o *grupos coherentes de vertebración*– traslucen la pluralidad que, amén de otros rasgos diferenciadores, define a la sociedad integrada en el modelo del Estado soberano que se proclama *social y democrático de Derecho*. Lo primero, porque así se infiere de la fisonomía que le otorgan esas técnicas de disciplina social. Lo segundo, porque impera el axioma moral de que los poderes públicos deben utilizar el Derecho –a cuyo servicio permanecen– para adoptar las medidas convenientes al cuidado de los *intereses generales* –versión secular del *bien común* aristotélicotomista– y someterse a una *exigencia de responsabilidad* que, salvo cualificadas excepciones, les obliga a rendir cuentas de la juricidad de sus conductas.

Dos notas distintivas deslindan, sin perjuicio de otros caracteres, el concepto del *pluralismo social*. De una parte, su evolución dependiente del avance de las comunidades que se multiplican o dividen en grupos que, a causa de sus propensiones autónomas, se desgajan del principal y hallan sus particulares caminos. De otra, la posibilidad de que las personas físicas que los integran, pertenezcan a más de uno de ellos, se aparten de todos o de alguno, y transmigren libremente entre los mis-

mos, por obra y gracia de las preferencias que animan los aspectos de su vida de relación. Dicho lo cual, las sociedades de capitales (en adelante, *ss/cc*) –que concilian la indemnidad de los patrimonios personales de los socios con su llegada a los *arriesgados parajes de la libertad de empresa*– son una especie de comunidades en que la naturaleza de las colectividades que las anteceden y el ritmo de los ciclos de su conversión reflejan una complejidad digna de análisis.

El poder político –cuya omnicompreensión y cosmovidencia soberanas operan a través de los poderes públicos que le acatan o hacen valer las prerrogativas de su independencia– contempla los movimientos colectivos, afines a los del siquismo de la persona individual, que muestran lo accidentado de su verdadero rostro y las repercusiones de sus cambios. La emergencia de las *ss/cc* obedece a un *espíritu de lucro* que –espoleado por las limitaciones de responsabilidad patrimonial y la correlativa inmunidad de sus miembros– cierra las fases de conocimiento, reflexión y toma de conciencia, previas a la adquisición de un *sentimiento de identidad* concienzudamente racionalizado. Escenifican la puesta en posesión de la *cualidad de comunidades* que, en el interior de la sociedad pluralista, se adueñan de los espacios habitables abiertos por su voluntad constituyente, por la intuición de los riesgos de sus aventuras, por la seguridad que ofrece aquella restricción de responsabilidades y por el aliciente de sus expectativas de futuro.

Las *ss/cc* –objeto de estas reflexiones– se adaptan a los modelos emanados de la creatividad que las inspira. Ello acentúa lo específico de sus ciclos de individualización. Como el resto de las comunidades de la sociedad pluralista organizada en el Estado, desarrollan sus facultades de autonomía y sustantividad económicas sin designio aparente de infringir las directrices generales del poder político, antes bien, aseverando su voluntad de promover la moralización y el progreso. Función que, de cumplirse, coopera a *mantener erguida* la imagen de la sociedad y a evitar su dislocación o desplome. Una sociedad resuelta a asimilar estas ayudas de vertebración, rechaza la injerencia de *corpúsculos revolucionarios* o *factores dinamitantes* que se jactan de pasar por alto las normas rectoras del ejercicio regular de los poderes públicos y del servicio de los intereses generales. Quizás pueda admitirse, en este punto, algo más que *tolerancia cero* para el ejercicio de la libertad sindical –variante reivindicativa del moderno Derecho de Gentes– que irrumpe en el ámbito territorial de la soberanía del Estado y cuyo *armamento de presión institucionalizada* no trata –como ocurría cuando los sindicatos divulgaban, contra viento y marea, sus consignas revolucionarias– de desmoronar la organización estatal. Ahora bien, si la ética del sindicalismo pone en pie de guerra y eleva a la segunda potencia el repertorio de sus libertades, su capacidad de compulsión colectiva coloca al aparato del Estado en trance de emergencia, perturba o interrumpe el funcionamiento ordinario de los servicios esenciales de la comunidad y evidencia unas posibilidades de agresión que, siquiera selectivamente, exteriorizan la temibilidad que les asiste.

Las *ss/cc* y los grupos que las acaparan o en que se concentran, no tanto actúan para elevar su autoridad moral, cuanto para pregonar su fuerza social y transmitir al poder político la voluntad de que les dé acogida en la esfera de sus preocupaciones. Acumulan un poder económico que, gracias a su influjo sobre el *decisionismo oficial*, compete con el poder político e importa inconvenientes que, lejos de ilusorios y

escasos, son manifiestos y abundantes. Sólo hay un paso de esta comprobación a la del peligro inminente de invasión o *dominio velado* de algunas instituciones del Estado social y democrático de Derecho en que las ss/cc se instalan y progresan. Antes de que estas formas de penetración se agraven y produzcan impactos desproporcionados, el poder político debe disipar los peligros que corre su cualidad de delegatario del pueblo titular –originario o en raíz– de la soberanía conferida. Ha de fijar las condiciones que moderen, hasta el límite necesario para su sedación jurídicopolítica, los caudales de *competitividad de alta tensión* con que las ss/cc o los grupos dotados del ascendiente anejo a sus audeces de poder, menoscaban los actos de presencia del Estado y colonizan la parte de la vida social que afecta al resto de las sociedades parciales y a los grupos intermedios de vertebración.

Ante el dominio de unos grupos por otros o las actitudes sumisas de signo contrario, el *esfuerzo transformador* de una política sensata –resuelta a redimir de la cautividad de esas miserias– debe impedir que la compulsión procedente de la excentricidad de las ss/cc difunda un *síndrome de debilidad progresiva* que, acelerando la depresión de los grupos sociales, les lleve a darse anticipadamente por vencidos y a abandonar la defensa del contenido esencial o núcleo invulnerable de unas libertades que sirven a fines de naturaleza muy varia y no solamente a los de signo económico. El poder estatal ha de sanar las anomalías del funcionamiento de las comunidades indefensas frente a la perversidad de los efectos a que puede afluir ese desorden.

Así surge la idea –indispensable para emplazar el problema principal y los relacionados con él– de *toma de razón* o *constancia de la presencia social* de los grupos de conminación, en general, y, de las ss/cc en particular. Su poder de ofensiva viene de la inmunidad y el anonimato que les atribuye el carácter de *seres sin rostro*, aunque, ante el Derecho y la sociedad, esa fisonomía goce de la visibilidad imprescindible para fiscalizar ciertas operaciones básicas y difiera del rostro del ser personal, sensible y capaz de las reacciones inmediatas a que le obliga su siquismo. Gracias a una comprobación veraz y responsable, el poder político del Estado se entera de la entrada en sociedad, de los fines, del funcionamiento, de los resultados de las acciones de los grupos así constituidos y de sus repercusiones en la paridad del binomio *interés general--intereses particulares*. El remedio instintivo es encontrar la fórmula que haga de la comunidad localizada y en vías de injerencia –como ocurre con las ss/cc o sus coaliciones lesivas para la indemnidad del Estado– un *centro de atribución* que, identificado sin equivocaciones, permita ejercitar las competencias estatales de *desigualación formal* y de *control*. A ellas se suman las *posibilidades de apoyo* que fomentan las funciones sociales de la libertad de empresa y la tutela de la productividad frente a los riesgos industriales de las aventuras que acometen.

La definición de las comunidades –de que las ss/cc son un ejemplo adecuado a su economicismo y no a la *consunción de sus reservas éticas*– como centros de imputación o *núcleos de referencia localizadora*, supone un *acto racionalizador de la vida social y política* que abarca varios objetivos. Encaminado el uno a impedir la conversión de aquéllas en poderes de hecho que, confiscando de raíz o suplantando una parte del decisionismo oficial, vulneran la esencia y los valo-

res del Estado social y democrático de Derecho. Enderezado el otro a mejorar la efectiva tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos que semejante cambio expone a la corrosión de sus identidades. Pensado un tercero para facilitar la seguridad jurídica de cuantos estados de cosas revelan la existencia de comunidades orgánicas que no cabe ocultar tras la opacidad, la confusión dialéctica o el manejo doloso de las medias verdades. Así se intenta disuadir de las iniciativas invasoras –a falta de mecanismos de comprobación de la identidad, cuando menos formal, de sus autores– y causantes de los desasosiegos que despierta su puesta en escena. Se buscan soluciones adecuadas al objetivo de determinar con éxito –para equilibrar las competencias de control y las medidas de apoyo– los centros de imputación o núcleos de referencia cuya *filiación indubitada* restringe el insaciable acoso de las actividades sustraídas a la transparencia que Derecho objetivo requiere.

2. Atribución de la cualidad de sujetos de Derecho a los núcleos de referencia que las sociedades de capitales constituyen

La atribución de la cualidad de *sujeto de Derecho* equivale a tomar cuenta y razón de la presencia de un ente aprehensible en el universo jurídico, a exigir la adquisición de una personalidad moral conforme a las actividades que alimentan su protagonismo, y a enumerar taxativamente las capacidades que, al contrario de las de las personas físicas, se ajustan a la siguiente regla: *Se consideren prohibidos los actos que, por incompatibles con la medida de su capacidad de obrar, silencia el título constitutivo de una persona jurídica*. Se entiende vedado lo que no figura terminantemente incluido en ese repertorio. Alguna atenuación suponen, como se ha indicado, la presencia social del sindicato –al que, por carecer de asentamiento físico, el Estado hospeda en el ámbito territorial de su soberanía y controla con discreta energía– y la fuerza expansiva de sus libertades.

La razonabilidad de exigir a las ss/cc la adquisición y la publicidad de su carácter de personas jurídicas y sujetos de Derecho –distinto del caso de las *uniones sin personalidad*– se funda en la necesidad de constatar, en interés común y para general conocimiento, lo visible de los centros de imputación o de las *unidades perceptibles* que jurídicamente constituyen en la vida de relación a que han tenido acceso. Se trata de un *acto de decisionismo político racionalizador* que se supera, se reduce, se relativiza o se transforma a medida que los aleccionamientos históricos invitan a un *uso divergente del Derecho* (en adelante, u/d). Uso justificado por circunstancias de equidad o por el contexto económico en que esas unidades actúan y a cuyo marco han de plegarse sus operaciones.

El diagnóstico del estado de cosas –engrandecido por la inmersión de las ss/cc en el vasto espectro del pluralismo social– impone al Estado el deber –estadístico y ético– de localizarlas e informar de su presencia, por estarse ante un conglomerado que, como es notorio, reúne dosis alarmantes de poder económico y

pretende rectificar el rumbo de muchas *causalidades eficientes* de primera línea. Su reconocimiento impide que –inmersas en un medio ventajoso de semiocultación e inmunidad– desarrollen el grueso de sus actividades como *agentes fugitivos y difusos de segunda zona*. Ventaja que alcanza a la salvaguarda de sus intereses –un tanto distantes, cuando no dispares de la orientación de los intereses generales– y al cumplimiento de las cargas que soportan para evacuar los controles encomendados al Estado soberano. A éste compete implementar los modos de supervisión coherentes –si se administran prudentemente sus tensiones– con el respeto a la libertad de empresa en una economía de mercado y a los postulados del Estado social y democrático de Derecho. La vestidura jurídica de las operaciones constitutivas de las *ss/cc* tiene que acomodarse a los mínimos inderogables de orden público que el Derecho necesario establece. Ha de aceptar una técnica de publicidad que arrojen luz sobre las actividades proyectadas y no entorpezcan las operaciones de supervisión que, conforme a Derecho, deben alcanzarlas. Hace falta que el núcleo invulnerable del poder que embebe la soberanía política –residente en los poderes públicos por voluntad del pueblo delegante– no sufra desgastes que, más allá de lo tolerable en cualquier sistema democrático, sustituyan el *poder de Derecho* –corolario de la soberanía– por el *poder de hecho* de los sujetos económicos que invaden la esfera de la autoridad o que abusivamente se inmiscuyen en el círculo de las libertades privadas.

La consideración de las *ss/cc* como *núcleos de referencia* jurídica –localizables en el espacio y en el tiempo, a la vez que expuestos a las consecuencias, prósperas o adversas, de su advenimiento a la vida económica– trasluce el pluralismo del medio al que se adscriben, conviene a la naturaleza de las cosas, preexiste a causa de su pertenencia al depósito de las *verdades del orden natural* e impone al poder político la carga de exigir la adquisición de una personalidad jurídica justificada por cuantas reflexiones se arguyen en pro de esta necesidad. La atribución del carácter de sujeto de Derecho –mediante la adquisición preceptiva de la personalidad jurídica– es fruto de las enseñanzas extraídas del tenor de las realidades sociales y del acierto de obrar en consonancia con tan elogiable aprendizaje, aunque las circunstancias históricas no lo exijan perentoriamente y, en principio, provenga de explotar el pensamiento teórico. También puede deberse –en peripecias más complicadas y acuciantes– a la proliferación de los problemas relativos a la vida de las *ss/cc*, superadoras de los *hechos asociativos* que subsisten al amparo de las uniones sin personalidad o de fórmulas que urge delimitar y reducir a las que –por aquello de *ser lo mejor enemigo de lo bueno*– el Derecho constituido admite como *soluciones tolerables de proporciones medias*.

Se da, en primer lugar, el *acto de declaración* o fijación jurídica por el que el poder público se cerciora de unas realidades o estados de cosas que, llegado el momento, no puede obviar y a cuyas vicisitudes tiene que dedicar su atención reguladora. Tras las oportunas verificaciones, *se constituye* –por decisión del poder soberano del Estado– la obligación de adquirir una personalidad jurídica que no preexistía ni estaba soterrada antes de que las instancias oficiales lo acordaran así.

Este aspecto –impulsado por el volumen de las necesidades sociales y el crecimiento de las fricciones que les acompañan– explica un *compromiso estatal* de vasto

espectro. Compromiso de apoyar la subsistencia y las actividades de las ss/cc erigidas en personas jurídicas, de crear las condiciones aptas para facilitar el flujo de sus relaciones de comercio o industria, de considerarlas sujetos colectivos diferenciados de la personalidad de los individuos que las forman, y de garantizar –independientemente del ingreso y salida de las personas físicas– la continuidad y consistencia de la personalidad social que se les adjudica.

3. Razón de ser de la injerencia del uso divergente del Derecho en el dinamismo y las vicisitudes de las sociedades de capitales

El u/d es un concepto más flexible y extenso que el del *uso alternativo del Derecho*. Este propugnaba que, ante las demoras imputables al legislador ordinario que no desarrollaba prontamente la legalidad fundamental transformadora y novedosa, el viejo Derecho –cuya aplicación obsoleta y censurable era entonces objeto de reproche– se sustituyese por soluciones consistentes en su ruptura, invocando la oposición a las normas constitucionales, o en su aplicación remodelada hasta donde la conformidad con ellas lo admitiese. Había que *recomponer con urgencia* el ordenamiento jurídico –dañado por el retraso del legislador en secundar las directrices del constituyente– y ofrecer a los aplicadores del Derecho instrumentos aptos para modernizar su voluntad, actualizando las *promesas de cambio* intencionalmente preteridas o indefinidamente postergadas.

El u/d adquiere un especial significado en la vida de las ss/cc, porque su pertinencia y recepción se deben a actitudes políticolegislativas que obedecen a las proposiciones siguientes. Una *proposición de control*, encaminada a hacer de las ss/cc *núcleos de referencia* cuya toma de posesión del espacio habitable en el ordenamiento jurídico se garantiza y publica, respetando el mandato de adquirir la personalidad jurídica. Una *proposición de apoyo*, que, a fin de aligerar la masa de riesgos de las aventuras industriales, implanta un mecanismo de limitación de responsabilidades. Una *proposición de emplazamiento*, que inserta esas operaciones en el marco del modelo económico adoptado e idóneo para registrar las experiencias de su desarrollo espontáneo.

El *uso consecuente del Derecho* en las ss/cc enseña que los principios coordinadores de su estabilidad funcional gozan de un automatismo dependiente de la sensibilidad y calidad de las respuestas políticolegislativas que obtiene su exigencia. El u/d en las ss/cc se debe a la constancia de objeciones de peso que, para templar lo radical de esas proposiciones, sugieren correcciones basadas en el convencimiento –adverado por lo evidente de las situaciones innovadas– de que la recta razón, el buen sentido, la equidad y los apremios de la justicia sustancial requieren atenuaciones o enmiendas de adopción imprescindible. Bien, por advertirse inconvenientes reñidos con la producción de los plenos efectos de la personalidad jurídica que se disecciona. Bien, porque hay que endurecer ciertos aspectos de las responsabilidades derivadas de los actos sociales y agravar la responsabilidad de

las personas físicas que integran las ss/cc. Bien, porque el esquema del modelo económico afecta, más o menos intensamente, a la obtención del beneficio que depende de esa sustantividad subjetiva. Las manifestaciones de equidad –venidas de la percepción general legislativa o, en especie, de las valoraciones judiciales– castigan las ventajas de la atribución de personalidad jurídica a las ss/cc, pues las anomalías del supuesto injusto reclaman la toma de medidas que –acordes con las reglas del orden natural, de la moralidad o de la justicia material– suspendan algunos efectos destacados de la personalidad jurídica, que así se recorta, o los reemplacen por soluciones adecuadas a esos imperativos. Usar divergentemente del Derecho es, ante todo, admitir la injerencia equitativa de tratamientos de excepción y dejar de estar –indivisible e inexorablemente– a las utilidades atractivas que aparea el hecho de la personalidad jurídica. Usar divergentemente del Derecho es también pronunciarse sobre la incidencia de las variaciones del modelo económico en las esferas expansivas de las ss/cc y en los ingredientes de la libertad con se atreven a dar esos pasos.

El u/d –llevado a las vicisitudes de las ss/cc en que la personalidad jurídica limita el riesgo de las iniciativas industriales– avala la necesidad de gestionar, conforme al verdadero rostro de las contingencias económicas subyacentes, los privilegios que designan el incentivo básico y la razón de ser de la personalidad que se adquiere. No es ésta un recinto amurallado tras el que se acantona incommoviblemente cualquier frivolidad o iniciativa antijurídica que las ss/cc asocian al *síndrome de sus inmunidades*. Tan pronto como los postulados de la justicia sustancial chocan con resultados propios de la atribución de personalidad jurídica a las ss/cc y claman por su enmienda, hay que atenuar –de buena fe y equitativamente– muchos extremos que, hasta entonces y en el mismo punto, el Derecho objetivo declaraba, a primera vista, inatacables.

Los apremios de un modelo económico que restringe los movimientos de la libertad de empresa urgen, si es del caso, a reaccionar en clave distinta y admitir que, también por motivaciones de equidad, hay que paliar las servidumbres a que la estancia en el mercado da lugar. Sin incurrir, por ello, en las enfebrecidas afrentas que, contra la equidad, perpetra el *implacable avance de las prácticas del neoliberalismo*. Estas necesidades correctoras no nacen de *ocurrencias emocionalmente equitativas* ni de *veleidades justicieras*, sino que –desde los primeros pasos y a medida que se dibujan las líneas de fuerza y se averiguan los itinerarios de las ss/cc– se subordinan al concurso de condiciones concretas. Condiciones que activan la exigencia de apelar a la justicia material cuantas veces –frente a las rígidas proposiciones del legislador positivo– la conciencia individual y social cursa un llamamiento –sonoro y afligido– a las *intromisiones extrapositivas* en cuantas situaciones jurídicas se resienten de falta de equidad. Los postulados del orden natural se invocan para suspender o abolir algunos pormenores del dinamismo de las ss/cc que, si comúnmente aseguran la ponderación y el equilibrio de las relaciones sociales, generan, por excepción, efectos cuyas desmesuras –de uno u otro sentido– hay que contrarrestar sin tardanza.

4. Flexibilización del absolutismo de los postulados que conciernen al tema de la personalidad e inmunidad jurídicas de las sociedades de capitales

La idea tradicional de la personalidad jurídica de las ss/cc –caracterizadas por la titularidad de un patrimonio formado por las aportaciones de los socios, extraño a los patrimonios personales de éstos e impermeable a cualquier repercusión en sus vicisitudes– asignaba a su condición de sujetos de Derecho un valor incondicionado y estable, sustraído a cualesquiera intercomunicaciones que le contrariasen. La celebridad de las mutaciones económicas –de fisonomía y advenimiento imprevisibles– y el diagnóstico de los problemas anejos a su descubrimiento, probaron la necesidad de atenuar, a causa de disfunciones notorias e intranquilizadoras, el dogma del *absolutismo de la personalidad jurídica de las ss/cc*. Se aconsejaban delicadas operaciones de equidad que, exhumando el fondo de los episodios sospechosos, suavizasen la rigidez del formalismo inspirador de la *doctrina de los núcleos de referencia*. Había que paliar el impacto de unas aspiraciones teóricas que, al tiempo de sus aplicaciones y experiencias, arrojaban un saldo de *más de cuatro entorpecimientos* de verdadera enjundia.

Un *prudencialismo sensato* –aun abrumado por el carácter de estas demasías– aconseja que los temperamentos de equidad no recorten, desorbitadamente y más allá de lo que dicta la cordura, los estímulos de aprovechar las ventajas de la personalidad jurídica de las ss/cc. Lo mismo cabe decir del desgaste excesivo que origina la adopción de fórmulas tendentes a menguar los excesos del intervencionismo o de las *escapatorias planificadoras* a que –desoyendo el compromiso liberal de los sistemas supranacionales cuya *filosofía económica* comparten– se entregan, con fruición clandestina y mala conciencia, los poderes públicos.

5. Destilación gradual de los principios que, por motivaciones de equidad, permiten reducir o suspender la plenitud e integridad de los efectos de la personalidad jurídica de las sociedades de capitales

Los ordenamientos jurídicos continentales –englobados en la vasta familia romanogermánica– salvaguardan la separación entre la personalidad jurídica de las ss/cc y la de las personas físicas integrantes de la comunidad que representan. Posición consecuente, en un todo, con el cuerpo de doctrina aplicable a la existencia y actividades peculiares de esas formaciones sociales. Los sistemas jurídicos de corte anglosajón dulcifican la distinción –entendiendo que lo requiere la *fenomenología del mundo económico*– y no se arredran ante los reparos de forma que entumescen

la efectividad de las soluciones propugnadas por los pareceres del Derecho justo. La explicación de ambas posturas se debe a las tensiones entabladas entre la sacralización del viejo dogma de la personalidad jurídica –dictado por los ordenamientos jurídicos de los Estados soberanos y seguido por sus órganos jurisdiccionales– y la noticia diaria de los experimentos –cada vez más frecuentes y osados– que, impregnados por el *vaho inmunizante* de esa personalidad, saturan los campos de operaciones de la llamada, con terminología ofensiva para las nobles tareas de la inteligencia, ni más ni menos que *ingeniería financiera*. Las *ss/cc* pueden acometer maniobras episódicas o adjudicarse metas inconfesadas y exclusivas, conculcando los medios y los fines que la Política Legislativa sopesó cautamente para subordinar su válida constitución a la posesión de la personalidad jurídica. Una atribución que, como instrumento de control, las convierte en *núcleos de identidad y referencia* plenamente sujetos al Derecho objetivo, liberándolas de las tentaciones de clandestinidad o de los erráticos rumbos de las relaciones económicas.

Quando los legisladores continentales saben de estas dificultades e intentan remediarlas, acuden –sin rehuir lo académico de sus *excursiones especulativas*– a los oportunos principios generales –*normas de excepción* frente a los cánones del Derecho común– que aplican luego los jueces ordinarios dispensados de intervenir como *cuasilegisladores de ocasión*. La irrupción de tales novedades en el Derecho anglosajón –dividido en los espacios insular y continental transoceánico– no provoca la reacción consistente en sentar principios de esa naturaleza o apurar, hasta la extenuación, las dilucidaciones teóricas. Renunciando, con elogiabile sensatez, a anticipar soluciones de futuro, se entiende que el *achicamiento de la personalidad jurídica de las ss/cc* no puede gobernarse por reglas generales –cuyos inconvenientes de adaptación son apreciables– y sí por el *decisionismo de equidad* con que el juez, convertido en *legislador de caso único*, trata de superar las peripecias que salen a su encuentro.

El Derecho anglosajón insular procede así cuando –cautivo de su habitualidad casuística– asimila las *ss/cc* a las personas físicas que deben tributar, trata sus rentas como ingresos de los individuos que las han percibido o, eximiéndolas de la imposición correspondiente, traslada a los socios la obligación de pago del tributo. El legislador de estos sistemas se sirve de criterios afines al sancionar la responsabilidad personal de los socios por deudas de la sociedad, si el número de sus componentes disminuye hasta determinada cifra, o de quienes participan en fraudes comprobados al liquidarse las *ss/cc* que los han cometido. El título general del reproche radica en la *falta de honestidad efectiva* que, requerida y practicada en los medios económicos, produce una *condena moral* de sus vulneraciones. Las *situaciones de dominación* se combaten desvelando las realidades subyacentes que, contra la recta razón y el buen sentido, llevan a rebajar ciertas utilidades o ventajas que las *ss/cc* mantienen gracias a la personalidad jurídica impuesta y adquirida. Ello acontece cuando las *ss/cc* –presumiblemente dominantes– controlan los movimientos de la voluntad colegiada de las *ss/cc* dominadas, determinan irreversiblemente la organización de sus cuadros y equipos directivos, o actúan como sujetos interpuestos que subyugan a terceros sujetos subsidiarios. Las apariencias de *subjetividad formal* de las *ss/cc*, que se conectan o interfieren, disimulan la *indivisibilidad material* –que sobrenada

y prevalece— del negocio gestionado por el *grupo de sociedades* jerarquizadas y/o coordinadas entre sí.

No es usual que las reacciones procedan de la *denuncia cualificada y vigorosa de la opinión pública* sorprendida por las anomalías —de hallazgo difícil— que los prestidigitadores de la *ingeniería financiera* maquillan esmeradamente. A falta de esta demanda social, la Política Legislativa tampoco acostumbra a operar con la solicitud que emplearía en casos cognoscibles e inmediatos, cuya notoriedad depende menos de las iniciativas o censuras de un legislador intelectualista, que del *feroz voluntarismo* con que los poderes de hecho de estirpe económica fomentan o frenan tales iniciativas. Los hábitos de dominación económica agresivos toleran indiferentemente —si el lema de la *insensibilidad moral* figura en su divisa— que naveguen a la deriva, hasta el punto de naufragar sin el socorro mínimo, las ss/cc dominadas, y se desentienden de la tutela de los intereses de sus socios. La seguridad jurídica y las intercomunicaciones injustas, desveladas entonces, justifican las soluciones de equidad que facilita el u/d.

6. Particularidades del uso divergente en la práctica judicial anglosajona

Mientras que el legislador insular anglosajón reacciona tibiamente ante estas situaciones, los jueces se han apresurado a ocupar y cubrir los frentes abiertos por sus anomalías. Han puesto manos a la obra al cerciorarse de que la aplicación del principio de subjetividad —defensor de las excelencias de la *personalidad jurídica irrestricta*— desencadena, amén de sus ventajas, otros efectos bien determinados y sustancialmente injustos. No todas las certidumbres de estas realidades rebajan las consecuencias anejas a la adquisición de personalidad jurídica por las ss/cc. La jurisdicción ha acopiado un haz de interrogantes aptos para concluir si las *sociedades dominables* actúan con autonomía —ejerciendo la soberanía que, conforme a Derecho, les incumbe— o en dependencia de la voluntad de las ss/cc dominantes. He aquí sus *formulaciones capitales*. ¿Se aplica a los beneficios económicos de las ss/cc secundarias el mismo trato que a los obtenidos por las ss/cc principales? ¿Designan las ss/cc principales a las personas físicas que disciplinan las actividades de las ss/cc secundarias? ¿Inspiran y/o dirigen las ss/cc principales las actividades centrales de las ss/cc secundarias? ¿Preordenan, en general, las ss/cc principales el desarrollo de las vicisitudes comerciales o industriales de las ss/cc secundarias? ¿Resuelven, en particular, las ss/cc principales las incidencias notables registradas en el seno de las ss/cc secundarias? ¿Determinan las ss/cc principales la cuantía económica de los proyectos e inversiones de las ss/cc secundarias? ¿Exigen las ss/cc principales contraprestaciones económicas de las ss/cc secundarias para compensar su acción directiva y racionalizar las líneas de actuación de las primeras? ¿Consta fehacientemente que las ss/cc principales han controlado, efectiva y duraderamente, las actividades de las ss/cc secundarias? Semejante técnica de averiguación no pretende convencer exhaustivamente de la veracidad histórica de los hechos —insinuados por sus indicadores— y, más bien, se endereza a forzar y forjar una *ficción legal* que facilite la justicia sustancial de las soluciones inaccesibles

de otro modo. Un denso cuerpo de doctrina del u/d se puede edificar a partir del manejo sensible de esos interrogantes.

Ha lugar a excepciones de método, si, por ejemplo, la posesión mayoritaria de los títulos de pertenencia en poder de las ss/cc principales es exigua y faltan elementos bastantes para cerciorarse de que hay que accionar quirúrgicamente sobre la personalidad jurídica de las ss/cc afectadas. El *Derecho de emergencia de guerra* concilia el respeto a la personalidad jurídica de las ss/cc con el principio –que las circunstancias de excepción refrendan– de que el legislador ordinario no puede renunciar a comprobar la identidad de las personas físicas que controlan aquéllas. La adquisición y ejercicio de sus capacidades no dota a las ss/cc de una *garantía inmunitaria* que, como interdicción irrevocable, obligue a ese legislador a abstenerse de dar con los individuos que las integraron y a desistir de adentrarse en el *limbo jurídico* de sus excursiones económicas.

El Derecho del espacio continental de la familia anglosajona no sucumbe a los prejuicios teóricos cuando contempla las razones que aconsejan reducir o suspender la amplitud del concepto de la personalidad jurídica de las ss/cc. No desciende a formular principios de ámbito variable y sólo afronta las dudas concretas sobre los límites de esas restricciones. A diferencia del compartimento insular, desecha la tentación de introducir reglas generales y se contrae a la particular fisonomía de la pretensión puesta en tela de juicio. Cuida de no encajar las cuestiones en una norma jurídica existente y, en cada caso, se vale de los recursos técnicojurídicos que convienen a su cualidad de problemas hasta entonces inéditos. Impera inclusive la idea de que la consideración de entidades legales autónomas asiste a las ss/cc en virtud de una personalidad jurídica que, sin presunciones suspensivas o reductoras, produce sus efectos naturales, aun cuando las haya erigido un solo socio. Ahora bien, si esa atribución y reconocimiento contribuyen a defraudar la utilidad pública, atentar contra el interés social, ocultar la causación de un daño, favorecer la comisión de un fraude o fomentar acciones delictivas, el decisionismo político del legislador puede tratar las ss/cc como un *conglomerado de personas físicas* inexorablemente sometidas a las consecuencias de haber incurrido en conductas merecedoras de sanción.

El concepto de *fraude*, alegado como título de reprobación, es más elástico y extenso que el circulante en el Derecho insular de la familia anglosajona. Se echa mano de un *casuismo dogmático* que, sin entrañar una contradicción en los términos, escinde la diversidad típica o especial configuración de cada situación particular y, hecho esto, dirime los problemas que se van suscitando. A medida que se suceden los pareceres judiciales sobre una cuestión determinada, no se construyen intencionadamente principios dogmáticos, pero, a la larga, se abstraen las directrices y las tesis emanadas inductivamente de los antecedentes similares y de las decisiones recaídas al respecto. La minoración –por suspensión o reducción del ámbito otorgado a la personalidad jurídica de las ss/cc en la parcela continental del Derecho anglosajón– es un testimonio de u/d que, a impulsos de la justicia sustancial, corrige las especies reprochables que van apareciendo. La *noción de fraude* comprende los casos de fraude de ley, fraude contractual, transmisión fraudulenta del patrimonio de personas jurídicas en daño de terceros, ocultación de relaciones entre las ss/cc matrices y una o varias ss/cc filiales, y, como compendio protector,

salvaguarda del *principio general de buena fe*. Ello, sin perjuicio de una distinción –más delicada– entre reducciones directas o inmediatas, dependientes de la agresión del socio o socios a favor de los acreedores sociales, reducciones mediatas o invertidas, si las ss/cc sufren la agresión de los acreedores particulares de los socios, reducciones inmediatas y limitadas, y reducciones taxativamente anunciadas en la legislación.

La puesta en orden de esas anomalías permite atisbar categorías cuyo empleo, a través del u/d, está fuera de duda. Son ellas, la primacía de la utilidad pública sobre el alcance de una personalidad jurídica que, a pesar de su impecabilidad, se supedita a la primera, la contradicción voluntaria de los efectos de la personalidad jurídica con las pautas indisponibles de los poderes públicos, la violación del principio de limitación de la responsabilidad patrimonial, la generación de consecuencias imprevistas e injustas, la sofocación interior de las minorías por la voluntad de las mayorías, el riesgo de que se afirme o se decline la competencia del órgano jurisdiccional que enjuicia la contienda, y el inconveniente de que, contra lo que dictamina la equidad, prospere la excepción de cosa juzgada. Sin merma del mérito de estas averiguaciones sistemáticas, la abundante aplicación judicial del u/d divergente en el Derecho continental anglosajón revela un *talante pragmático* que, a diferencia del Derecho insular, no convierte la acción legislativa en un útil de primera necesidad o imprescindible para el bien de los intereses generales.

El Derecho insular anglosajón sólo acude al u/d –minorando o dejando en suspenso el alcance de la personalidad jurídica de las ss/cc– cuando igual resultado se puede lograr sin detrimento de esa integridad. De ahí, el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados de *control*, *fraude*, *conducta impropia* o *exhumación de la realidad jurídica escondida*. El Derecho continental anglosajón aplica innominadamente el u/d para neutralizar los formalismos procesales que se oponen a las pretensiones de actualización y exigencia de las responsabilidades de los socios-personas físicas o del grupo que controla las ss/cc. El pensamiento doctrinal no interviene para fundar la decisión judicial de restringir o suspender los efectos de la personalidad jurídica, sino para esbozar los perfiles técnicojurídicos de los hechos concretos que obligan a la intermediación del u/d. Se trata de referencias históricamente adecuadas a cada supuesto, no de razones genéricamente justificativas de los actos de justicia sustancial que prevalecen. Aunque la distinción parezca inaprehensible, el raciocinio de los casos da fe de la sutileza y el escrúpulo que acompañan a sus *disecciones problemáticas*.

El Derecho continental anglosajón adopta soluciones conexas con sus predilecciones axiológicas. A saber, la cooperación de la equidad a encauzar y satisfacer las demandas de la justicia sustancial, la rapidez con que –ante un supuesto ayuno de regulación positiva– los jueces despliegan sus *acciones cuasilegislativas*, la atención y la curiosidad depositadas en las posiciones dominantes de los socios de las ss/cc, el esmero en traer a la superficie las coaliciones encubiertas que engendran las responsabilidades de los grupos, y la utilización omnicomprendensiva del concepto de *fraude*. Al u/d se apela también si se ha dado un *abuso del derecho a la personalidad jurídica* que, aun sin propósito de fraude, procura a los agentes de las ss/cc oportunidades o expectativas de ventajas a las que no tienen derecho.

7. Pensamiento de problemas y variedad de respuestas que ofrecen al respecto los ordenamientos jurídicos del sistema continental englobados en la familia romanogermánica

El sistema continental –comprensivo de los ordenamientos jurídicos insertos en la familia romanogermánica– ofrece las muestras del u/d que provienen de las acciones legislativas y de las decisiones judiciales. Ante ciertos problemas del sector tributario del ordenamiento jurídico, los legisladores sancionan la regla de que la atribución de personalidad jurídica a las ss/cc constituye una *condición inseparable de su naturaleza* y manifiesta un privilegio que no puede distorsionarse ni volverse contra la sustancia de lo que, conforme a Derecho, es y significa. Puesta a explotar este convencimiento, la ciencia de la legislación considera que las normas tributarias han de entenderse conforme al objeto y sentido económico de sus proposiciones, a las relaciones cuya ordenación les corresponde y a la concepción política del momento, atendiendo –fundamentalmente y de acuerdo con las realidades sociales– a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Elementos interpretativos que habilitan la invocación del u/d para paralizar o mitigar, en nombre de la justicia sustancial, las repercusiones indeseables de la personalidad jurídica. La Política Legislativa reitera la idea de que las obligaciones tributarias no pueden soslayarse abusando de las formas o empleando los esquemas del Derecho Privado que originariamente se asocian a la noción químicamente pura de la personalidad jurídica en cuestión. La exaltación del orden público o tejido de normas de Derecho necesario basta para que los legisladores tipifiquen –con carácter general y frente al fraude de ley que se combate– las operaciones de minoración o suspensión de una parte de la eficacia de dicha personalidad. Se evita que la personalidad jurídica de las ss/cc permita impunemente la erosión y/o la elusión de los objetivos del Derecho Tributario amparados por los principios y preceptos constitucionales. Las legislaciones continentales adoptan, si ello cabe, soluciones que –incorporando el u/d al compacto bloque de las *normas jurídicas de reacción* que preservan los valores deprimidos o atacados– sustituyen por criterios de justicia sustancial los resultados que, a primera vista, parecen consecuentes con la personalidad jurídica que se analiza, cuando, en sana equidad, distan de serlo.

La invasión del u/d en los pagos del Derecho Mercantil canoniza –gracias a un postulado de Derecho de Gentes– conclusiones como la consistente en que, declarada la quiebra de las ss/cc, sus efectos se propagan a las persona físicas que, en nombre de ellas, realizaron actos de comercio en interés propio o dispusieron de los bienes sociales como si fueran suyos. Análogamente a lo que ocurre si los únicos titulares de las ss/cc en estado de insolvencia responden del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el ente social durante el tiempo en que subsistió su condición de propietarios exclusivos. También es atinado anular los contratos que –afectando al núcleo invulnerable de la libertad de comercio o industria– celebran las ss/cc

coiligadas para acceder a objetivos comunes que alteran o detienen el normal desarrollo de la misma.

Viniendo al campo del Derecho Social, este sector del ordenamiento jurídico ha suspendido el privilegio de la personalidad jurídica de las ss/cc cuando –valiéndose del al mecanismo del u/d– los trabajadores de las ss/cc dominadas asumen la titularidad y el ejercicio del sufragio activo para designar a los representantes del personal de las ss/cc dominantes. La formación del órgano de representación unitaria –reflejo del traslado del conflicto industrial a las unidades productivas y centros de trabajo– se adultera si la visibilidad formal de la personalidad jurídica de las ss/cc concurrentes o conexas quiere disimular la realidad social y económica del grupo indivisible que habita en el mercado de libre competencia.

La reducción, sustitución o suspensión de los efectos naturales de la personalidad jurídica de las ss/cc evita que, bajo las agobiantes apariencias del imperio económico erigido y de las inmunidades robustecidas con el tiempo, se consume la preponderancia de los poderes de hecho sobre lo que procede en buen Derecho. Su *economicismo despiadado* –del que los aspectos negativos de la globalización constituyen un episodio más– tiende a despojar a los poderes públicos –delegatarios de la soberanía en el Estado social y democrático de Derecho– de las prerrogativas que, gradual y solapadamente, se les hurtan. Lo hacen cuando la conciencia social reivindica más afanosamente el servicio a la causa de los intereses generales –anejos a los principios informadores del ordenamiento jurídico– que la ofensiva de las ss/cc, tercamente aferradas al privilegio de la personalidad jurídica, pone a punto de evaporación o de quebranto.

Más específica, puesto que acusa la injerencia de un vicio de la voluntad, es la denuncia de la *simulación absoluta* existente cuando las ss/cc, presumiblemente dominantes, erigen ss/cc dominadas que, pese a la adquisición y el despliegue de sendas personalidades jurídicas, sobreviven fundidas en la interioridad de las primeras. La simulación absoluta se sanciona declarando que la personalidad jurídica y el patrimonio de las ss/cc así constituidas se reabsorben en la personalidad jurídica y el patrimonio de las empresas creadoras, pues –como, en repetidas ocasiones, se viene afirmando– configuran una *unidad de dirección y de riesgo* cuya realidad monolítica quiere enmascararse tras ese artificio.

La doctrina de la *interposición de personas* se ha aplicado cuando las ss/cc filiales o dominadas transmiten a las ss/cc dominantes la situación de insolvencia en que se encuentran, alegando una confusión de patrimonios que repugna al concepto y los efectos naturales de la personalidad jurídica que hay que preservar. También se ha manejado la doctrina de la *aparición jurídica* para justificar un u/d obstante a que esa visibilidad facilite la restricción o la exención de responsabilidades exigibles a terceras personas.

Sugestiva es la diferencia entablada entre ss/cc de *Derecho real* y ss/cc de *Derecho formal*. Cuando dos o más ss/cc comparten un interés común, la formación independiente de sendas *personas jurídicas* no está en tela de juicio, pero se cuida expresamente de advertir que a esa comprobación subyace la existencia de una sola *persona moral*. Reconociendo la separación subjetiva de las ss/cc, se les identifica

con el *verdadero sujeto de Derecho* que, aunque se exterioriza fraccionadamente a su través, no se desintegra ni desglosa.

La idea del *empresario oculto* defiende que la reducción de los efectos de la personalidad jurídica de las *ss/cc* se debe a la comprobación incontestable del dominio efectivo de un sujeto sobre determinada empresa. Hay un título bastante para que –aunque los terceros ignoren ese pormenor– las *ss/cc* dominantes atraigan las consecuencias de todos los actos concluidos por las *ss/cc* dominadas. Esa postura de soberanía explica la responsabilidad del socio o socios que la ostentan y se extiende a las obligaciones sociales contraídas durante todo el tiempo en que el estado de sometimiento ha perdurado.

Otra idea –que se dice más omnicompreensiva– conecta la reducción de los efectos inmunitarios de las *ss/cc* con los *casos de abuso* que derivan de violar las normas imperativas o prohibitivas, de incumplir las obligaciones contractuales o de consumir acciones fraudulentas en daño de terceros. Como, pese a su finalidad exhaustiva, estas especificaciones no lo abarcan todo, se ha ensanchado el *concepto de abuso*. El amparo de la justicia sustancial se ha extendido a las adopciones que, silenciando las actividades de fondo, hacen las *ss/cc* de los objetivos propios y exclusivos de las personas físicas, y a la utilización de la personalidad jurídica para fingir la autonomía de una *comunidad material de personas* escudadas tras ese artificio con el fin de aparentar las actuaciones individualizadas y/o dispersas que ensombrecen la realidad oculta.

No es fácil enunciar la regla general que –agrupando tan autorizadas construcciones dogmáticas– recalque la exigencia de que *la adquisición y posesión de la personalidad jurídica de las ss/cc no inmuniza ni blinda frente a las conductas que, a su tiempo, el ordenamiento jurídico habría vedado en el caso de facilitar lo la omniprevisión y la omniprovidencia razonables del legislador ordinario de origen*. Acaso quepa estar a la pauta que, importada de las reglas de interpretación, dice así en más o en menos: *Cualesquiera que sean los términos de la inmunidad en que se concibe, delimita y adquiere la personalidad jurídica de las ss/cc, no se entienden comprendidos en ellos casos distintos ni cosas diferentes de los que –rayando en el carisma profético– habría desautorizado, a la sazón, un legislador lúcido y celosamente previsor de futuras eventualidades*. Nadie ignora el costoso trabajo de reconstituir y resituar esa voluntad hipotética.

8. Uso divergente del Derecho de sociedades ante el carácter alternativo de los modelos económicos

La movilidad de las *ss/cc* en el mercado de libre competencia depende de las oportunidades que la posesión de personalidad jurídica confiere en virtud del modelo económico a cuyas dimensiones debe acomodarse. La fuerza expansiva y la autonomía de esa personalidad revisten caracteres asociados a las interpretaciones que, sobre la libertad de empresa y sus reflejos, admite el Derecho constituido de la comunidad estatal o supraestatal en que sus episodios se suceden.

Si la libertad de empresa –arreglada a la creatividad y a las dosis de riesgo que sus ensayos aparejan– representa la exclusiva opción que aquel modelo admite, serán escasos los ejercicios del u/d que incidan en la plenitud de sus efectos. La esencia del modelo en cuestión avala el ejercicio de la voluntad expansiva de las ss/cc y, como principio intangible, difunde la consigna –que el legislador ordinario ha de acatar– de que estas manifestaciones no se deformen ni se obstaculicen. Si la libertad de empresa sólo es una de dos o más opciones accesibles al desarrollo dúctil de las normas constitucionales, los testimonios del u/d resultarán de adecuar su ejercicio a las oportunidades del modelo económico elegido. Ello sucede cuando el decisionismo político del legislador prefiere uno de los marcos económicos que la amplitud del aparato constitucional no ha prohibido. Un ejemplo paradigmático, de curiosidad analítica, vendría dado –pues la hipótesis no es frecuente– por las dos lecturas del art. 38 CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1.978), antes de que el principio de primacía del Derecho Comunitario cancelase la *hipótesis cuasi-planificadora* que, a raíz del hecho constitucional y antes de la adhesión al universo europeo, convivía con la *absolutamente liberal*.

Si la norma constitucional se interpreta en *clave liberalizadora*, la eficacia plena de la personalidad jurídica de las ss/cc no se expone, por definición, a la congelación o parálisis de una parte de su natural eficacia. La mención de la *economía de mercado* informa del ámbito exclusivo de sus actividades, porque el contenido esencial de la libertad de empresa –que las ss/cc ejercitan– recaba esa autorregulación, sopeando las expectativas del espíritu de lucro, los obstáculos que hay que salvar para conseguir un beneficio económico y los mercados en que se compite. La injerencia del u/d sólo es entonces admisible para enmendar alguna que otra circunstancia constitutiva del círculo de riesgos que la empresa soporta y conjuga con los correspondientes paliativos. La *tutela de la productividad* –a cargo de los poderes públicos del modelo económico liberal– preserva las condiciones en que, asumiendo cargas razonables y proporcionadas, la libertad de empresa cumple sus funciones sociales y acredita su capacidad –económica y jurídica– de operar en el mercado libre, sin más restricciones que las que, afectándole periféricamente, respetan su núcleo invulnerable. La personalidad jurídica de las ss/cc se atiene a la indivisibilidad de su regulación y engendra los resultados consiguientes. Es improbable que su funcionamiento obligue a sustituir una parte de sus normas rectoras por soluciones de equidad –expresivas del u/d– y a corregir unos efectos presumiblemente adecuados a los términos de su constitución. Sujetarse a los requerimientos de la *economía general* es compartir la certidumbre de que las manifestaciones de la personalidad jurídica de las ss/cc no crean, por sistema, situaciones incómodas o críticas, ni abren espacios de *economía excepcional* que, violentando aquella generalidad, quiebran las previsiones inherentes a la espontaneidad del mercado libre. La proyección cabal de los efectos de la personalidad jurídica –guiados por el *espíritu de la autorregulación*– se basta a sí misma y excluye el acompañamiento de elementos de mediatización, reordenación o injerencia. *El u/d no está llamado a intervenir, porque no hay anomalías que se intuyan de lejos o que, de cerca, requieran su preparación y entrada en juego*. Las garantías de la libertad de empresa suprimen los impedimentos que entorpecen la naturalidad de esas consecuencias, desechándose así la invocación de un u/d extemporáneo e injustificado. La *productividad* defendida

en tales circunstancias –sin invocar el u/d– es coherente con el ingreso en el ámbito de libre competencia. Opera en condiciones cuyos riesgos –ordinarios y, habida cuenta del *síndrome de la crisis*, extraordinarios en ciertas ocasiones– gravitan sobre la economía de los oferentes de los bienes y servicios dados al mercado. La cita de la *planificación* en clave liberal significa que –sin dar entrada a un componente autoritario y dirigista– los poderes públicos pueden fijar temporalmente las pautas de orden público económico –medidas, ellas, de Derecho necesario– convenientes a la coyuntura surgida, estableciendo las medidas excepcionales de un u/d que, en general, no está llamado a intervenir.

La *lectura autocrática* o intervencionista de la regla que reconoce el ejercicio de la libertad de empresa en el seno de un modelo económico distinto, promueve otra interpretación. Prejuzga que el cauce de la economía de mercado no es el único por el que discurren las actividades económicas y que, como alternativa, se admite que una economía de signo diferente atribuya a la libertad de empresa un papel o reconocimiento restringido. Los poderes públicos no pueden protegerla en términos distintos de los del diseño que ese modelo establece, aunque sus manifestaciones han de garantizarse, con mayor escrúpulo si cabe, en el modesto espacio de su movilidad. Ello amplía las oportunidades del u/d frente al *dirigismo de la economía* que se entromete en la sustancia liberal y en las varias manifestaciones de la personalidad jurídica de las ss/cc. El depósito de la justicia sustancial y la equidad requiere apelar al u/d cuantas veces el estatismo económico pregona el propósito de recortar o interrumpir la eficacia de dicha personalidad. Según un raciocinio paralelo, la *economía general* –erigida en un concepto jurídico indeterminado– coincide con la magnitud y dimensiones que los poderes públicos atribuyen a las relaciones cuyo tratamiento les compete. Estas exigencias pueden reducir el blindaje que otorga la personalidad jurídica de las ss/cc o integrarla, más o menos artificiosamente, en el aparato estatal o supraestatal al que pertenece el modelo económico. La sujeción a la *planificación* que, para el sistema neoliberal, representaba el reequilibrio igualatorio de las oportunidades efectivas de la personalidad jurídica de las ss/cc, domina el modelo económico de la perspectiva antagonista. Las directrices de una planificación autoritaria constituyen –según lo que sus agentes entienden por justicia material o acción equitativa– un formidable instrumento de u/d para mediatizar las relaciones de producción y consumo en un marco alternativo al de la economía de mercado.

Ahora bien, tras el ingreso en la Europa comunitaria, el *principio de primacía del Derecho comunitario* ha expulsado del Derecho estatal la opción por un *modelo económico planificador*. Es clara su incompatibilidad con la pulcritud democrática que informa el reconocimiento y contenido variable del *derecho fundamental europeo* a las libertades de iniciativa económica y circulación de capitales.

9. Reflexiones finales

Hubo un *uso político del Derecho* que, al proyectarse la *invención de la Magistratura contemporánea* por los primeros devotos del progreso, se reprochaba a las turbas de

juristas partidarios de aplicar el Derecho objetivo según su arbitrariedad y desvarío. Una de sus versiones posteriores achicó el papel del Derecho como instrumento pacificador de los conflictos y exaltó su función de anular –de raíz y a través de *revoluciones exteriores*– la injusticia burguesa de la vida social. El *uso alternativo* de corte occidental surgió, más tarde, como un arbitrio totalizador que, según la madurez histórica del momento, sancionaba la infidelidad del legislador ordinario a las nuevas consignas constitucionales o devenía un *uso evolutivo* –más tenue y moderado– que el Derecho constituido debía frecuentar mediante *revoluciones interiores* emprendidas por los poderes públicos desde el seno del ordenamiento jurídico.

El *uso divergente del Derecho* –sobre una de cuyas posibilidades se ha reflexionado– contiene un remedio más modesto. Facilita que –invocando la recta razón, el buen sentido, la equidad y, en definitiva los postulados del depósito del orden natural– quede abolida, en la medida necesaria, parte de una regulación cuya total supervivencia dañaría la integridad del valor superior del ordenamiento jurídico que, como síntesis de la igualdad y de la libertad, representa la justicia en la versión de *moralidad legalizada* que han refrendado los arts. 1.1 y 9.2 CE.

EMPRESAS SOCIALES: IDENTIDAD Y EXPERIENCIAS EN EL PAÍS VASCO

AITZIBER MUGARRA ELORRIAGA

Profesora titular de Economía Aplicada

MARTA ENCISO SANTOCILDES

Profesora encargada de Economía Aplicada

**Facultad de Derecho
Universidad de Deusto**

Si tomamos como referencia las estadísticas económicas de nuestro entorno más cercano, y concretamente las del País Vasco, calificaríamos nuestra comunidad sin ningún tipo de dudas como desarrollada, avanzada y con un alto nivel de vida. Los indicadores-tipo que reflejan el grado de bienestar de una sociedad, tales como renta per cápita, empleo, tasas de escolarización y educación en general, número de camas hospitalarias o médicos o la esperanza de vida, por citar sólo algunos, avalan esta aseveración¹. Paradójicamente, también en esta sociedad desarrollada se producen situaciones de pobreza y exclusión, que tampoco pueden ser olvidadas.

Europa, y también nuestra Comunidad Autónoma, en este momento se encuentra inmersa en un profundo cambio social y económico. Los datos sobre calidad en el empleo, pobreza, exclusión y envejecimiento de la sociedad están produciendo unas necesidades importantes de prestación de servicios asistenciales e inclusión en la sociedad.

Así por ejemplo, en el País Vasco, si bien según el último informe de la Caixa, es la segunda Comunidad de España más rica, se calcula que unas 47.000 familias se encuentran en algunas de las clasificaciones de pobreza². Los datos de empleo nos sitúan en el pleno empleo técnico, si bien los bajos salarios (el fenómeno del *milieu-rismo*, por ejemplo), la inestabilidad y la rotación en los puestos, provocan situaciones de incertidumbre. Se producen problemas relativos a vivienda y equipamiento, incapacidad para hacer frente a los gastos corrientes de alimentación o vestido o situaciones de exclusión social. Existen personas que se encuentran en una zona de grave riesgo dentro de colectivos de mujeres, jóvenes, ancianos, familias monoparentales, parados de larga duración, inmigrantes, seropositivos, minusválidos, minorías étnicas, y un larguísimo etcétera. Y, según el último informe de Cáritas, la

1. El Servicio Vasco de Estadística EUSTAT ha determinado para la Comunidad Autónoma del País Vasco la valoración de su Índice de Desarrollo Humano para el año 2006, según la metodología general que Naciones Unidas aplica a Estados. El resultado sería de 0,959, que la situaría en tercer lugar a nivel mundial detrás de Noruega (0,965) e Islandia (0,960). Referencias tomadas de ORKESTRA (Eds) *Informe de Competitividad del País Vasco: hacia la propuesta única de valor*, San Sebastián, 2007, p.12.

2. Datos tomados de la *Encuesta de Pobreza*, año 2000 en www.eustat.es.

pobreza tiene rostro femenino, con hijos, cabeza de familia en hogar monoparental y en paro³.

En algunos casos se trata de colectivos cuya inclusión en el mercado laboral resulta especialmente difícil y en otros casos son sujetos necesitados de la recepción de servicios asistenciales: sanitarios, educativos, culturales... Y en algunos casos ambas necesidades coinciden.

Ante estas situaciones nos debemos preguntar cómo subsanar esos desequilibrios. Se presentan diferentes teorías e ideologías de base, diferentes sistemas legales, iniciativas y experiencias diversas, y se nos plantea el papel que cada uno de los agentes sociales debe desarrollar para paliar estas situaciones: el Estado, la iglesia, la ciudadanía, el voluntariado, las empresas en general... La cuestión relativa al coste y la financiación subyace también en la base del problema.

En nuestro entorno, la decisión en cuanto al modo de cubrir dichas necesidades, es decir, por parte del Estado directamente o a través de otros agentes, y en qué medida, resulta de primer orden. Debido a las crisis económicas y los cambios ideológicos, cada vez de manera más extendida se entiende que la intervención pública y la protección estatal deben por lo menos reconsiderarse. Ello no sólo implica una posible reducción de la protección social, sino una disminución de los recursos dedicados, una revisión de los criterios de asignación y un mayor protagonismo de la sociedad y entes privados.

Una de las opciones que se han desarrollado como solución a los problemas antes descritos es la llamada *inserción por el trabajo* tanto de los llamados discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales como los denominados «discapacitados sociales». Y para ello en nuestro entorno se han desarrollado iniciativas para la inserción de colectivos desfavorecidos bajo fórmulas societarias muy diversas: Asociaciones, Fundaciones, Cooperativas de Trabajo Asociado, Sociedades Laborales e incluso sociedades de capital.

Por otro lado, encontramos una serie de necesidades sociales de tipo sanitario, cultural, asistencial en general, para ciertos colectivos como ancianos, jóvenes, drogadictos, familias monoparentales... Estos servicios se encuentran cada vez en menor medida prestados por el Estado de forma directa, efectuándose dicha prestación a través de una gestión privada. Se trata, por tanto, de entidades que persiguen fines de interés general gestionando servicios sociales, educativos o socio-asistenciales.

Dado el mayor protagonismo que está cobrando el sector privado, cabe también preguntarse el tipo de empresas o entidades que pueden ser más adecuadas para desarrollar estas actividades. Encontramos diferentes denominaciones tales como empresas solidarias, sociales, alternativas, de inserción, de inserción social o de inserción socio-laboral. En el caso de las cooperativas, se habla de cooperativas de ini-

3. Dato tomado de *El Correo*, 9 de Junio de 2007, p.7.

ciativa o de integración social. La doctrina más clásica las entiende como agrupadas dentro del concepto de Economía Social⁴ o Tercer Sector⁵, en un primer momento entendidas como sinónimas. Estas denominaciones agrupaban diferentes tipos jurídicos, si bien comparten una serie de valores y además han demostrado ser eficaces a los efectos que nos ocupan.

Podríamos tomar a las cooperativas como paradigma, si bien algunas de las características o efectos que mencionaremos son aplicables a algunos de los otros tipos jurídicos. Se trata de un tipo de empresa, la cooperativa, centrada en la persona, basada en una serie de valores y principios de funcionamiento, como gestión democrática, preocupación por el medio ambiente y el entorno, o intercooperación⁶. Ello da lugar a un tipo de empresa con una serie de efectos positivos a nivel social y económico que han sido comprobados y contrastados empíricamente.

En primer lugar, se trata de entidades que han demostrado una mayor resistencia ante las crisis que una empresa tradicional, pues buscan el interés de los socios trabajadores y se identifican en mayor medida con su entorno. Asimismo se ha comprobado su carácter contracíclico, de forma que crea empleo o destruye menos empleo en época de crisis que la empresa tradicional. En materia de empleo son empresas que crean y mantienen más empleo que otros tipos empresariales, y en general, generan mayor riqueza y distribuida de manera más equitativa en el área geográfica en que están asentadas.

Otros aspectos positivos del cooperativismo y la Economía Social se refieren a la generación de un desarrollo que tiende a ser más armónico y equilibrado, pues se trata de empresas que se anclan en un entorno social y geográfico determinado, con la idea de servir al individuo a largo plazo. También en el orden económico son catalizadoras de la reactivación económica en ámbitos diversos como el rural o zonas desindustrializadas o en declive industrial.

4. En cuanto a la expresión Economía Social, fue usada por primera vez por los economistas clásicos de principios del siglo xx, si bien en otro contexto. La expresión fue recuperada en la década de los 80 en Francia extendiéndose a otros países europeos y agrupa entidades diversas tales como fundaciones, asociaciones, cooperativas, cajas de ahorro populares, mutualidades y otras figuras propias de cada país como las sociedades laborales en España o las Scoop francesas por citar sólo algunos ejemplos.

5. En cuanto al propio nombre, Tercer Sector, hace referencia a una primera gran delimitación, poco exacta por otro lado, como un sector a medio camino entre el sector privado y el sector público, dejando siempre aparte el denominado sector familias o las economías domésticas. Esta clasificación procede del Sistema de Contabilidad Nacional de Naciones Unidas, donde el gobierno o sector público, basado en el interés general, se considera el sector primario, siendo el sector secundario aquel sector privado basado en el ánimo de lucro, y reservándose la denominación de cuarto sector a las familias.

6. Una referencia completa a la *Declaración de Identidad Cooperativa*, aprobada en 1995, que contiene: definición, valores y principios de funcionamiento puede verse en la página oficial de la Alianza Cooperativa Internacional www.coop.org.

En el terreno del desarrollo local y regional o de la inclusión en el mercado de colectivos menos favorecidos como jóvenes, mujeres, desempleados de larga duración, su eficacia ha sido también demostrada. En muchas ocasiones cubren una demanda no cubierta o cubierta de forma incorrecta por el mercado, como puede ser el caso de los servicios sociales ante la retracción de la protección del Estado de bienestar o el incremento de situaciones de pobreza y exclusión social. Y por último, sin ánimo de exhaustividad, se puede resaltar que son empresas respetuosas con el medio ambiente y, en general, con su entorno.

Pero este tipo de entidades también presenta una serie de efectos sociales, pues las cooperativas se encuentran más en sintonía con una sociedad más participativa y democrática, liderada por los ciudadanos, sustentada en unos principios éticos. En esa sociedad los ciudadanos pueden ser protagonistas de su propio desarrollo, con correcciones introducidas por la acción de fomento y apoyo del Estado.

En cuanto a la cuestión terminológica, como resumen, podemos decir que encontramos dos modelos: el europeo continental de origen francés, trasvasado a Canadá y América Latina (con sus matizaciones), en el que se utiliza la expresión Economía Social y Tercer Sector como sinónimos e incluye a las cooperativas, mutualidades y las asociaciones⁷, por un lado, y por otro, el modelo *NPO* (non-profit sector o non-profit organizations), de origen anglosajón de fuerte implantación en Estados Unidos, donde se encuadran organizaciones que cumplen ciertos requisitos (según el modelo establecido por la Universidad Johns Hopkins y su prestigioso estudio al respecto):

- Privadas, es decir, separadas por tanto del sector público, de manera que no pertenezcan a una estructura pública, ni que desde lo público se interfiera en su gestión.
- Formalmente organizadas, con un cierto grado de institucionalización, no admitiéndose como parte de este concepto el denominado *sector informal*.
- Con capacidad de autogobierno, es decir, sin injerencias de ningún tipo de entidades externas.
- De carácter altruista, tanto en la movilización de recursos económicos como de trabajo.
- Sin ánimo de lucro, y en las que no se pueden distribuir beneficios entre las personas que las controlan sino destinarse éstos al cumplimiento de sus fines o a la ayuda de personas que no ejerzan ningún tipo de control sobre la organización.

7. Tan es así esta equiparación, sobre todo en la década de los 80-90, que pej. en un libro de J. Defourny y J.L. Monzón se presenta con dos títulos, uno en francés y otros en inglés y que pretenden ser equiparables: *Economie Sociale entre économie capitaliste et économie publique, The third sector, co-operative, mutual and non-profit organizations*, recogiendo las tradiciones francesas-continetales y las anglosajonas, entendiendo los autores que es la mejor manera de traducir el término Economía Social al inglés. En la versión española del libro se optó por traducir evidentemente la visión francesa, a la que de algún modo se acoge España.

Pero no sólo se debe establecer la delimitación conceptual del Tercer Sector respecto de la Economía Social, sino de otros términos que en ocasiones se han usado como sinónimos o similares. Efectivamente, se habla también de sector voluntario, sector asociativo, sin ánimo de lucro, sector independiente, sector informal, sector dedicado a obras de caridad o sector caritativo, sector libre de impuestos o sociedad civil, sector de las organizaciones no gubernamentales, sector intermedio, sector de entidades no lucrativas, sector de actividades filantrópicas. Muchos de estos términos hacen referencia a alguna de las características que se atribuyen al Tercer Sector, sin que ninguna de ellas sea suficiente para definirlo.

Pero también encontramos particularidades si el estudio se realiza por países o grandes regiones. Así por ejemplo, en América Latina es frecuente usar indistintamente Tercer Sector y Economía Social, Solidaria o Popular; en el Reino Unido encontramos las *voluntary organizations* o las *non-statutory organizations*; en Alemania, se aplica el término *Gemeinwirtschaft* (economía de interés general o de la comunidad), o las organizaciones *Ideell* en Suecia. A nivel de la Unión europea, cuando en su momento se creó un comité consultivo que incluyera todas estas organizaciones se evitó decantarse por una terminología concreta y se optó por una denominación descriptiva: Comité Consultivo de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CMAF).

La equiparación entre Economía Social y Tercer Sector provoca que se incluyan organizaciones y realidades de muy diverso carácter, a pesar de contar con caracteres comunes (no primacía del beneficio, sino de las personas, el trabajo y el servicio a la colectividad, gestión democrática, autonomía en la gestión...). Es por ello que se comienza a hacer referencia al Tercer Sector como uno de los elementos fundamentales conformadores de la Economía Social, al que se le atribuyen unos caracteres diferenciadores:

- La oferta de servicios se dirige a sus miembros o una colectividad más amplia y normalmente presentan un carácter no comercial.
- Los miembros pueden ser personas físicas y jurídicas.
- Su gestión es de tipo democrático y está basada en el principio de una persona, un voto.
- Se financia a través de cuotas o donaciones no reintegrables, así como de subvenciones públicas.
- No presenta ánimo de lucro ya que el beneficio jamás es distribuido entre sus miembros directamente sino reinvertido en la consecución del propio objeto social.
- En cuanto al grado de formalismo exigido en España no se aplicarían de una manera tan estricta las exigencias del modelo estadounidense.

Tan es así, que desde la Unión Europea se sufrió una evolución al respecto, de manera que si bien primeramente se creó una sección de Economía Social dentro de la Dirección General XXIII, en la reforma del año 2000 se procedió a dividirla, atendiendo a las evidentes diferencias y necesidades de las diferentes figuras.

Por su parte, desde CIRIEC España, se refiere a economía social de mercado y de no mercado, esto último con una cierta equivalencia con el concepto más moderno de Tercer Sector, que se evita usar. Esta diferenciación se basa en la metodología del Sistema Europeo de Contabilidad Nacional (SEC). Así, se distingue entre subsector de mercado: empresas con organización democrática y con distribución de beneficios no vinculados al capital aportado y subsector de no mercado, formado por instituciones privadas sin fines lucrativos al servicio de los hogares (ISFLSH). Estas últimas serían entidades dotadas de personalidad jurídica que desarrollan una actividad productiva, no distribuyen beneficios, obteniendo sus recursos principales de contribuciones voluntarias, de pago de las administraciones públicas no vinculadas al volumen o valor de la producción y rentas de la propiedad. Asimismo, habría que matizar que no todas las instituciones sin ánimo de lucro, según la Contabilidad Nacional, se incluyen en este apartado, lo que dificulta todavía aún más su definición y su medición.

Otros autores equiparan Tercer Sector y Sociedad Civil, formada por aquellas entidades de articulación de intereses que no necesariamente implican una actividad económica de producción de bienes o servicios, sino que persiguen otros intereses de diverso tipo como ocio, socialización, gestión de un interés colectivo... asimilables al desarrollo de la ciudadanía. Una parte de la doctrina elimina este factor del concepto de economía social y del tercer sector, al igual que la doctrina norteamericana, que exige una actividad económica.

Además de estas definiciones, se toma en consideración la forma jurídica para calificar o no a una entidad como perteneciente a estos grupos a los que hemos hecho referencia: Fundaciones, Asociaciones, Cooperativas, Sociedades Laborales, Sociedades Agrarias de Transformación...

Quizá el tipo jurídico más claro para estas situaciones de exclusión sea el de las Cooperativas Sociales, o de Inserción Social como se denominan en el País Vasco, reguladas en lo específico con fecha cuatro de Abril de 2000⁸, tras un intenso trabajo previo⁹. Esta regulación establece unas características para este tipo de cooperativas, definidas por la ausencia de ánimo de lucro y un objeto social delimitado. La ausencia de ánimo de lucro implica la no distribución directa ni indirecta de los beneficios o excedentes: Directa a los socios, pero también indirecta limitando más que el régimen general el interés al capital, la retribución a los socios o el carácter

8. El texto íntegro de «Decreto 61/2000 de 4 Abr» por el que se regulan estas Cooperativas puede verse, además de en el *Boletín Oficial del País Vasco*, de una manera rápida y muy accesible en el apartado de legislación de la página web de la Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi www.euskoop.es (actualmente www.eukide.coop).

9. Dentro de la Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado se formó en 1997 una plataforma con el fin de constituir una especie de *lobby* que actuara como interlocutor a nivel externo y formara un grupo de trabajo. Su objetivo era el establecimiento de una legislación propia, tomando a Italia y su regulación como modelo, pero también la definición de su identidad y la empresarialización de sus *experiencias*.

gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector. Por otro lado, el objeto social está delimitado a:

- la prestación de servicios de asistencia mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales o cualquiera otra de naturaleza social.
- la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social.
- Y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado.

Todo este esfuerzo desde un punto de vista científico y de legislación ha sido importante, si bien en nuestra opinión no ha cerrado la cuestión. Ambas cuestiones, la terminológica y la legal, siguen abiertas. Hoy día se puede hablar ya de una evolución en el concepto clásico de Economía Social, de hace muy poco años, que recoge nuevas experiencias, nuevas sensibilidades y son respuesta a las necesidades y a los cambios sociales y económicos, a las aspiraciones propias de finales del siglo xx y que nos llegan hasta hoy. En esto comparten origen y causa con las experiencias del cooperativismo o de las sociedades laborales. Recoge en muchos casos movimientos, experiencias, sensibilidades, que se crean, crecen, evolucionan, y todo ello a un ritmo vertiginoso, a igual ritmo que se crean, crecen y evolucionan las necesidades sociales y económicas.

Es un momento en que la acción, la praxis es imparable, pero que también, sin lugar a dudas, debe haber tiempos, espacios para la reflexión, para positivizar, para generar conocimientos y transmitirlos, hacer balance, evaluar resultados. Todo ello no como algo estático, definitivo, como si hubiéramos alcanzado un estado de estabilidad conceptual y experiencial. Así lo creyeron los clásicos y la realidad lo ha desmentido.

Hoy encontramos otras expresiones, diferentes entre sí, y que algunas no encajan exactamente con la delimitación más clásica. Así, se habla de Economía Solidaria o de la Solidaridad, Economía de la participación, Economía Alternativa, Economía de Donaciones, Economía autogestionaria, Economía Popular o Popular Solidaria, o Economía del trabajo¹⁰.

Experiencias como el trueque, el comercio justo o el Movimiento brasileño de los Sin Tierra difiere de otras situaciones como una Caja de Ahorros o una cooperativa de trabajo asociado. Tienen puntos en común, pero también grandes diferencias. Por otro lado, la cuestión jurídica distorsiona la discusión, ya que se puede ser una entidad mercantil-tipo y pertenecer a la economía social, e incluso se habla de los autónomos como parte de la misma.

En todo este contexto se utiliza muy a menudo la expresión «Empresas Sociales». En este momento se trata de una expresión en construcción pues el propio sector,

10. Una breve explicación de cada una de ellas puede verse en Etxeberria, Xabier (coord.) *La Economía Solidaria y su inserción en la formación universitaria*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

en el País Vasco vinculado especialmente a REAS (Red de Economía Alternativa y Solidaria)¹¹ se encuentra intentando delimitar cuáles deben ser sus características definitorias y dotarlas de contenido, si bien es un término que ya se comenzó a usar a finales de los años 80¹². Una primera aproximación consensuada a este tipo de empresas lo encontramos en la primera mitad de los años 90, en base a cuatro grandes ejes vertebradores: Inserción, Ausencia de lucro, Participación y Ecología.

Cuadro 1

Características de la Empresa Social Solidaria

INSERCIÓN: Se trata de *empresas de inserción*, pudiendo ser tanto finalistas como de transición, que busquen principalmente la calidad de vida de los trabajadores acogiendo y reinsertando a través de un *apoyo pedagógico*, a personas con dificultades de inserción; el porcentaje mínimo de personas de inserción es del 25% de los trabajadores.

EMPRESA NO LUCRATIVA: Las ESS no tienen carácter lucrativo, aunque deben ser rentables económicamente. Los beneficios se destinarán a la autofinanciación del crecimiento y a la financiación de otras actuaciones solidarias.

El capital aportado en caso de salida de la empresa o los préstamos solidarios obtenidos se retribuirán como máximo al IPC, y los salarios no podrán exceder del triple del salario mínimo interprofesional, ni una escala de 1 a 2 entre los extremos de una misma empresa.

PARTICIPACIÓN: Uno de los retos de las ESS es crear métodos y procesos formativos para que todos los integrantes de la empresa entiendan todas las decisiones de filosofía, gestión, balances... haciendo posible el que todas las personas que se impliquen en la empresa tengan derecho de decisión. Se opta por una transparencia económica y un tipo de información que llegue a tod@s l@s trabajador@s; y a nivel de comunicación externa se exige a las ESS una transparencia informativa.

11. Véase el portal de economía solidaria en www.economiasolidaria.org o www.reasnet.com.

12. «Los antecedentes históricos de la denominación se remontan a finales de la década de los ochenta, más concretamente a 1989, año en el que Traperos de Emaús realiza unas Jornadas en Pamplona en las que introducen por primera vez los términos de Empresa Social Marginal y minusvalía social, buscando un paralelismo con las minusvalías físicas y psíquicas, reconocidas legalmente. Posteriormente, en 1994 tienen lugar en la localidad navarra de Beire unas segundas jornadas organizadas por Aurkilán y Gaztelan, donde la denominación de Empresa Social Marginal, automarginante en su propia denominación, se sustituye por el término de Empresa Social Solidaria (ESS) (...). Este concepto pronto empieza a gozar de cierto éxito entre las entidades del sector (...), y un número cada vez más importante de entidades empiezan a calificarse a sí mismas como empresas sociales solidarias». Posiblemente la primera sistematización en la literatura investigadora la realicen las hermanas Vilanova en su libro *Las otras Empresas*, editado en 1996 (Talasa Ediciones, Madrid). Etxeberria, Xabier, op. cit. p. 31.

ECOLOGÍA: las ESS deben asumir de forma clara una opción ecológica, que asuma los siguientes aspectos como punto de referencia: 1. Procesos de trabajo limpios; 2. Minimización del consumo de energía a través de la realización de ecobalances energéticos; 3. Se llevarán a cabo actividades económicas que minimicen la contaminación; 4. Se difundirá un tipo de filosofía del reciclaje (3 Rs) 5. Se propondrá un tipo de relaciones comerciales equitativa; 6. Se favorecerá el consumo consecuente.

Fuente: Etxeberria, Xabier (coord.) *La Economía Solidaria y su inserción en la formación universitaria*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p.32, basado en un artículo resumen publicado en el Boletín informativo de Aurkilan & Asociados de las *Jornadas de Empresa Social Solidaria*, celebradas en Beire en 1994.

Pero sin duda el referente actual, mayoritariamente aceptado, de todas estas organizaciones se sitúa en la denominada *Carta Empezar por un Mundo Solidario*¹³, cuyos principios se recogen en el cuadro 2.

Cuadro 2

Principios de la Carta Empezar por un Mundo Solidario

Igualdad: Satisfacer de manera equilibrada los intereses respectivos de todos los protagonistas interesados por las actividades de la empresa o de la organización.

Empleo: El objetivo es crear empleos estables y favorecer el acceso a personas desfavorecidas o poco cualificadas. Asegurar a cada miembro del personal condiciones de trabajo y una remuneración digna, estimulando su desarrollo personal y su toma de responsabilidades.

Medioambiente: Favorecer acciones, productos y métodos de producción no perjudiciales para el medioambiente a corto y a largo plazo.

Cooperación: Favorecer la cooperación en lugar de la competencia dentro y fuera de la organización.

13. La *Carta Empezar por un Mundo Solidario* nace en el marco de la iniciativa europea Horizon, dentro del marco de una de las transnacionalidades compuesta por: tres centros españoles (Ataretaco, Trinijove y Fundación Deixalles), tres centros belgas (Hefboom, SAW y Tremplin 2000) y dos centros de Francia (GIEPP y Agora). Estos centros, partiendo de su trabajo y de sus coincidencias deciden, en palabras de Toni PONS –principal artífice de la Carta en el Estado español– «elaborar la carta como un instrumento de trabajo para asentar sus criterios de actuación de la economía solidaria y sobre todo por tener unos principios de referencia que ayudarán a la continua reflexión sobre nuestras prácticas económicas tanto internamente como externamente.»

Sin ánimo de lucro: Las iniciativas solidarias no tendrán por fin la obtención de beneficios, sino la promoción humana y social, lo cual no obsta para que sea imprescindible el equilibrar la cuenta de ingresos y gastos, e incluso, si es posible, la obtención de beneficios.

Ahora bien, los posibles beneficios no se repartirán para beneficio particular, sino que se revertirán a la sociedad mediante el apoyo a proyectos sociales, a nuevas iniciativas solidarias o a programas de cooperación al desarrollo, entre otros.

Compromiso con el entorno: Las iniciativas solidarias estarán plenamente incardinadas en el entorno social en el que se desarrollan, lo cual exige la cooperación con otras organizaciones que afrontan diversos problemas del territorio y la implicación en redes, como único camino para que experiencias solidarias concretas puedan generar un modelo socio-económico alternativo.

Fuente: www.reasnet.com

Estos seis principios¹⁴ orientan en la actualidad a las empresas sociales integradas en REAS-Euskadi en su modelo de auditoría social¹⁵, como reflejo de un proceso de delimitación y dotación de contenido de dichas características definitorias. Este modelo de auditoría social bebe de muy variadas fuentes: por un lado, avanza en el camino abierto ya en el propio espacio REAS desde el año 2000 en la búsqueda de un instrumento que permita evaluar la práctica de esos principios definitorios en la actividad de las organizaciones de la economía social y solidaria¹⁶.

Por otro lado, es consistente con las tendencias actuales que subrayan la responsabilidad social de las organizaciones empresariales y su compromiso con los agentes

14. Junto con estos principios fundamentales, se propusieron otros criterios de solidaridad, que no se incluyeron en los principios básicos de la Carta *Emprender por un Mundo Solidario* por falta de consenso sobre la necesidad de que fueran asumidos por la totalidad de las entidades de Economía Solidaria. Pero se acordó considerarlos como criterios complementarios, valorando positivamente su asunción por las entidades como criterios de buenas prácticas de las organizaciones que los incorporan a su gestión. Y estos criterios complementarios, por su carácter más específico, tienden a concretar los principios generales, con lo que orientan en la búsqueda de indicadores concretos para construir una auditoría social. Para más detalles sobre dichos criterios complementarios, véase Etxeberria, Xabier (coord.) *La Economía Solidaria y su inserción en la formación universitaria*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p.36., o bien www.economiasolidaria.org.

15. Definida como aquel proceso que «permite a una organización evaluar su 'eficacia social' y su comportamiento ético en relación a sus objetivos, de manera que pueda mejorar sus resultados sociales o solidarios y dar cuenta de ellos a todas las personas comprometidas por su actividad». (www.economiasolidaria.org)

16. Estos trabajos han sido publicados en forma de libro en el año 2004: BALLESTEROS, C. y DEL RIO, E. *La Auditoría Social y la Economía Solidaria*. Fundación Deixalles, Palma de Mallorca, y en la propuesta concreta resultante esos seis principios de la Carta son el eje de referencia en base al que se presenta la información.

sociales en lo que se está convirtiendo en una tendencia de moda¹⁷. Pero no es tan novedoso para las empresas sociales. De hecho, en el año 2000 el entonces recientemente constituido Grupo de Cooperativas de Iniciativa Social de Euskadi ya puso en marcha un proceso¹⁸ para desarrollar un modelo que, además de permitirles evaluarse como cooperativas, también dejara espacio para incorporar las especificidades de este tipo de cooperativas, con una primera propuesta experimental disponible desde enero de 2001, en la que los principios cooperativos son el eje organizador de los diversos indicadores propuestos¹⁹, como puede verse en el cuadro 3:

Cuadro 3

Principios y dimensiones de la propuesta de balance social para las cooperativas de iniciativa social de Euskadi

Principio 1: Adhesión voluntaria y abierta

D1. Apertura cooperativa

D2. Salida voluntaria de la cooperativa

17. Este es un tema de gran actualidad, cuyos límites y consecuencias están todavía en discusión. Sin ánimo de profundizar en la cuestión, pues no es el objeto de este artículo, nos remitiremos a la definición propuesta recientemente por el Foro de Expertos convocado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales español (véase: <http://empleo.mtas.es/empleo/economia-soc/RespoSocEmpresas/indiceRespo.htm>), que señala que «la Responsabilidad Social de la Empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el dialogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones». Esta definición está obteniendo un importante respaldo y es más explícita que la hasta ahora utilizada mayoritariamente, proveniente del Libro Verde europeo sobre RSC, titulado *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* y presentado en julio de 2001 (Véase: http://europa.eu.int/comm/employment_social/social/csr/greenpaper_es.pdf)

18. El grupo solicitó al Instituto de Estudios Cooperativos de la Universidad de Deusto la creación de un equipo de trabajo, en el que debemos destacar la labor realizada por D^a Elena Blanco Meruelo, socióloga y diplomada en cooperativismo, así como la participación directa de los miembros de esas cooperativas en las distintas fases del proceso.

19. Los detalles de tal propuesta pueden consultarse en MUGARRA, A. «Balance Social para las Cooperativas de Iniciativa Social Vascas», en GEZKI: *Temas de Economía Social*, Marcial Pons, 2001, pp.61-87.

Principio 1: Adhesión voluntaria y abierta

- D3. Discriminación positiva
- D4. Inserción laboral de personas excluidas

Principio 2: Gestión democrática por parte de los socios

- D1. Participación en asambleas
- D2. Accesibilidad a cargos sociales
- D3. Multiparticipación
- D4. Flexibilidad
- D5. Transparencia

Principio 3: Participación económica de los socios

- D1. Capital como propiedad común
- D2. Compensación limitada al capital
- D3. Destino de excedentes
- D4. Distribución del Valor Agregado Cooperativo
- D5. Esfuerzo económico y social exigido a asociados

Principio 4: Autonomía e independencia

- D1. Independencia financiera
- D2. Hipotética cesión de derechos políticos a otros inversores
- D3. Relaciones informales con entidades públicas
- D4. Relaciones formales con entidades públicas

Principio 5: Educación, formación e información

- D1. Tipo de educación
- D2. Destinatarios del Fondo de Educación
- D3. Incidencia de las acciones educativas promovidas directamente
- D4. No discriminación
- D5. Calidad de acción formativa

Principio 6: Cooperación entre cooperativas

- D1. Marco del Decreto de Cooperativas de Iniciativa Social
- D2. Marco del proceso de cooperativización del sector
- D3. Marco de la presencia confederativa en los foros institucionales

Principio 7: Interés por la comunidad

- D1. Influencia en la comunidad cercana
- D2. Grado de satisfacción de la comunidad

Fuente: MUGARRA, A. «Balance Social para las Cooperativas de Iniciativa Social Vascas», en GEZKI: *Temas de Economía Social*, Marcial Pons, 2001, pp.86-87.

Estas han sido las fuentes de influencia fundamentales a la hora de desarrollar la propuesta de auditoría social específica para REAS-Euskadi, adaptada a las características propias de sus organizaciones, y que ellos mismos definen como herramienta de gestión del objeto social de las organizaciones de Economía Social Solidaria. Actualmente, REAS-Euskadi agrupa a 34 entidades, de las cuales 25 son empresas sociales²⁰ y específicamente de ellas 18 son empresas de inserción. Son entidades dedicadas a la inserción sociolaboral, la formación profesional, ocupacional y/o prelaboral, la promoción de empresas de inserción y sociales y otras actividades de comercio y consumo alternativo, todo ello a través del desarrollo de servicios y actividades productivas en todo tipo de campos, desde servicios a la infancia y a la tercera edad y la intermediación sociolaboral, pasando por la gestión de residuos, la reutilización, el reciclaje y la ecomensajería, hasta limpieza, mantenimiento, construcción, accesibilidad y hostelería, sin olvidar la animación sociocultural, la formación y asesoría, las nuevas tecnologías, el comercio, etc. Geográficamente, la mayoría de ellas se sitúan en Vizcaya y en su conjunto movieron una facturación superior a los 40 millones de euros en 2005, con más de 1.000 empleos directos en su seno.

Dicho modelo específico fue presentado oficialmente al público el 30 de noviembre de 2006 y se espera la presentación de los primeros resultados para finales de este año 2007. El modelo se estructura alrededor de los 6 principios mencionados, que se concretan en varios subprincipios (o dimensiones), asignándose a cada uno una serie de indicadores, tanto cuantitativos como cualitativos. En relación al último principio relacionado con el compromiso con el entorno, como la actividad de las organizaciones es tan variada, se han visto obligados a definir indicadores diferentes según cuál sea la actividad principal de la organización. En total, suman 125 indicadores cuantitativos, calculados a través de un programa informático en base a aproximadamente 100 datos, de los cuales se estima que el 40% ya está disponible en los sistemas informativos de la mayoría de las entidades de REAS-Euskadi. Para ello, cada organización miembro nombra una persona encargada del volcado de la información al sistema unificado, que permite el tratamiento posterior de la información y las comparaciones entre organizaciones. A todo ello hay que añadir la información de los 50 indicadores cualitativos adicionales, confeccionados a través de una encuesta a los miembros de la organización, y cuyo objetivo fundamental es servir de contraste entre el diagnóstico obtenido gracias a los indicadores cuantitativos y la opinión al respecto de los integrantes.

En el caso de los indicadores cuantitativos, algunos ya son valorativos en sí, pero en otros muchos casos nos encontramos todavía en una mera descripción, pero es sin duda un buen punto de partida para consolidar la identidad de la red, haciendo más visible sus objetivos, valores y misión, mejorando la comunicación y la transparencia, tanto interna como externa, y completando así el diagnóstico de cada organización y de la red en su conjunto en un proceso de mejora e innovación continuo. Es precisamente ese trabajo en red y la búsqueda de datos comparativos para la mejora uno de los principales atractivos de esta auditoría social, ya puesta en marcha y cuyos primeros resultados veremos próximamente.

20. Creada en 1997, el resto de sus organizaciones integrantes son asociaciones y fundaciones, y su sede social se ubica en Bilbao: Cuevas de Ekain 3, 1º, siendo su e-mail de contacto: reaseuskadi@reaseuskadi.net.

Cuadro 4

Principios e indicadores de la propuesta de auditoría social para REAS Euskadi

Principios y subprincipios	Indicadores cuantitativos	Indicadores cualitativos
Principio 1: Equidad	24	11
Subprincipio 1. Igualdad de oportunidades	7	3
Subprincipio 2. Transparencia informativa	8	3
Subprincipio 3. Participación e implicación	9	5
Principio 2: Empleo	20	8
Subprincipio 1. Condiciones laborales	15	6
Subprincipio 2. Desarrollo personal	5	2
Principio 3: Medioambiente	10	3
Subprincipio 1. Impacto de la actividad	8	2
Subprincipio 2. Actuación en gestión medioambiental	2	1
Principio 4: Cooperación	15	8
Subprincipio 1. Comunicación	6	3
Subprincipio 2. Cooperación en el ámbito externo	9	5
Principio 5: Sin carácter lucrativo	20	8
Subprincipio 1. Independencia económica	10	3
Subprincipio 2. Destino de resultados	10	5
Principio 6: Compromiso con el entorno	34	28
Subprincipio 1. Calidad de la acción social	34	28
A: Promoción de empresas de economía social y solidaria	5	4
B: Inserción sociolaboral de colectivos desfavorecidos con carácter transitorio	8	5
C: Inserción sociolaboral de colectivos desfavorecidos con carácter finalista	7	4
D: Promoción de iniciativas formativas ocupacionales	8	9
E: Promoción de iniciativas de formación sociopersonales	6	6

Fuente: REAS EUSKADI, Herramienta de Auditoría Social. 2006.

DISTINTOS ASPECTOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

JULIO AÑOVEROS TRÍAS DE BES
Profesor titular de Derecho Internacional y comunitario
Titular de Cátedra "Jean Monnet"
Facultad de Derecho - ESADE
Universidad Ramon Llull

SUMARIO

1. Las modernas normas comunitarias sobre la SAE.....	113
2. El reglamento (CE) nº 2157 del consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea.....	118
3. Comunicación de la comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (Com 2003/284 final). Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE.....	122
4. Últimos informes de iniciativa por parte de la comisión de asuntos jurídicos y mercado interior del Parlamento Europeo.....	126

1. Las modernas normas comunitarias sobre la SAE

1.1. La Directiva 2001/86/ CE del Consejo de 8 de octubre del 2001

La directiva 2001/86/CE, completa el Estatuto de la SAE en lo que se refiere a la implicación de los trabajadores. Dicha cuestión complicó y retrasó considerablemente la realidad del viejo proyecto europeo de la creación de una Sociedad Europea. Por lo tanto, para fomentar los objetivos sociales de la Unión Europea, deben fijarse disposiciones especiales, sobre todo en el ámbito de la implicación de los trabajadores, encaminadas a que el establecimiento de la SAE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SAE. Ese objetivo debe perseguirse mediante el establecimiento de una serie de normas aplicables en este ámbito que completan las disposiciones del Reglamento 2157/2000. Debe tenerse en cuenta que, en la medida en que se trate de establecer una normativa sobre la implicación de los trabajadores en la SAE y que tal objetivo no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y por lo tanto puede lograrse mejor a nivel comunitario, la UE debe adoptar medidas, de conformidad con los principios de subsidiariedad, y de proporcionalidad.

La gran diversidad de normas y prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas no aconseja que se establezca un modelo europeo único de la implicación; sin embargo la adopción de un sistema de implicación de los trabajadores en la nueva SAE es obligatoria para que pueda constituirse la nueva SAE, y es anterior o previa a esa constitución. De cualquier manera la Directiva es «minimalista y pragmática» se aleja del funcionamiento que proporcionaba al viejo principio ideológico de la democratización de las relaciones industriales y se limita a poner en práctica la llamada dimensión social de la UE, pero garantiza una cierta intervención de los trabajadores en las nuevas sociedades de dimensión europea, sin dejarla absolutamente a la libertad estatutaria, ni a la decisión de los Estados miembros, cuya ausencia hace inviable su constitución.

La elección de dos instrumentos normativos de diferente naturaleza, un reglamento y una directiva, para proceder a regular el Estatuto de la sociedad anónima europea se dirigió a sortear los obstáculos surgidos en el largo proceso que condujo a su aprobación. La forma de directiva, más flexible que la de reglamento, se acomoda mejor a la salvaguarda de las especificidades nacionales de las cuestiones sociales. De hecho el reglamento, por sus caracteres de norma obligatoria en todos elementos y directamente aplicable en los Estados miembros ha sido excluido sistemáticamente en materia social. Una singularidad muy característica de esta Directiva radica en su vinculación al Reglamento, encargándose este último de establecer entre ambos importantes lazos de unión. La Directiva, como el Reglamento tiene su base jurídica en el artículo 308 del TCE. Al alcanzarse la unanimidad para su aprobación, el Consejo decidió recurrir a este precepto que atribuye competencias al Consejo para aprobar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las disposiciones pertinentes cuando una acción comunitaria resulte necesaria para alcanzar, en el funcionamiento del mercado interior, los objetivos de la Unión Europea, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios. Ciertamente el fundamento jurídico de la Directiva podía haberse encontrado en el precepto propuesto por el Parlamento Europeo, es decir del artículo 137 TCE que hubiese permitido otorgar un fundamento jurídico común a la regulación comunitaria de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos empresariales de dimensión comunitaria y nacionales, sin conexiones erráticas a preceptos del TCE únicamente explicables por razones de oportunidad. Por lo que hace a la participación de los trabajadores existen distintos modelos, en primer lugar el modelo según el cual los trabajadores están representados en el órgano de vigilancia o en el de administración, en segundo lugar, el modelo que establece un órgano diferenciado que representa a los trabajadores de la sociedad europea, y por último aquellos modelos que podrán fijarse mediante un acuerdo de los órganos de dirección o de administración de las sociedades fundadoras y los trabajadores de la sociedad, respetando el nivel de información y de consulta previsto para el modelo que establece un órgano diferenciado. Ninguna sociedad, repetimos podrá, constituirse en tanto no se haya optado por uno de los modelos de participación descrito en la Directiva.

Deberán ponerse a disposición de los representantes tanto locales como otros medios materiales y financieros para permitirles el ejercicio de sus funciones. Sino se encuentra un acuerdo satisfactorio entre las dos partes un juego de principios básicos enunciados en un anexo de la Directiva deberán ser aplicados. En el caso de que una SAE resulte de una fusión los principios sobre participación de los trabajadores se aplicarán si al menos el 25 % de los asalariados gozaban del derecho de participación en las decisiones antes de la fusión. En este punto un acuerdo político resultó imposible hasta el Consejo de Niza. El compromiso de los Jefes de Estado y de Gobierno permite a un Estado miembro no aplicar la Directiva a la SAE constituidas en el marco de una fusión, en cuyo caso la sociedad solo podrá ser inscrita en el Estado miembro considerando si se llega a un acuerdo entre la dirección y los trabajadores o bien si ningún trabajador gozaba de derechos de participación antes de la creación de la SAE.

1.2. La Directiva 2003/72/CE del Consejo de 22 de Julio de 2003

Esta directiva sirve para completar al Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Al igual que en la Directiva anterior la gran diversidad de normas y prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores participan en las decisiones de las cooperativas no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a las Sociedades Cooperativas Europeas. Cuando en una o más entidades participantes en una SCE existan derechos de participación, dichos derechos deben preservarse, en principio mediante su transferencia a la SCE, una vez creada ésta salvo que las partes se digan lo contrario. Los Estados miembros deberían asegurarse, mediante las disposiciones oportunas de que, en caso de cambios estructurales consecutivos a la creación de una SCE puedan volver a negociarse, si procede, los acuerdos relativos a la implicación de los trabajadores.

1.3. Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades económicas y cooperativas europeas

Sociedad anónima europea cuando existiera participación previa en las sociedades participantes en su constitución, tal y como sucede en países como Alemania, Austria y los países nórdicos. Además, en el caso de falta de acuerdo, prevé disposiciones subsidiarias de aplicación obligatoria en lo relativo a los derechos de información y consulta y, en determinadas circunstancias tasadas, también a los derechos de participación. Prosiguiendo y ahondando en la senda ya abierta por la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2001/86/CE ha hecho suyas con una notable ejemplaridad las diversas manifestaciones a través de las cuales toma cuerpo el principio de subsidiariedad propio del derecho comunitario en el ámbito de las competencias en materia laboral, con la salvaguarda de la diversidad y variedad de los sistemas nacionales.

Así, la Directiva 2001/86/CE es manifestación del principio de subsidiariedad en su forma más habitual, la vertical, porque, en el plano interno, no resulta de aplicación a todas las empresas españolas, sino tan sólo a las sociedades anónimas europeas que tengan o vayan a tener su domicilio en España, así como a los centros de trabajo situados en España de las sociedades anónimas europeas que tengan su domicilio en otro Estado miembro.

La Directiva permite, igualmente, la aplicación del principio de subsidiariedad en su dimensión horizontal. En este sentido, respeta de manera absoluta el juego de la voluntad de las partes, de la autonomía colectiva; destaca en este sentido la importancia del acuerdo entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora integrada por representantes de los trabajadores, como forma prioritaria de determinar las normas que han de regir la información, la consulta y la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea. En este

sentido, la Directiva 2001/86/CE y esta Ley que la incorpora al ordenamiento jurídico español están en consonancia con la configuración constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, que eleva a las organizaciones empresariales y a los sindicatos a la categoría de bases institucionales del sistema (artículo 7 de la Constitución Española), y reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 37 de la Constitución Española).

Debe señalarse, en fin, que la Directiva 2001/86/CE constituye un texto de aplicación compleja, dado que la consecución del objetivo de establecer la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea, con trascendencia transnacional, obliga a la actuación conjunta y coordinada de tantas normas nacionales de transposición como Estados miembros de la Unión Europea y, como consecuencia de la Decisión n.º 89/2002 del Comité Mixto del Espacio Económico Europeo, de 25 de junio de 2002, también de las de los países del Espacio Económico Europeo a los que se extiende su aplicación (Noruega, Islandia y Liechtenstein).

Así mismo, debe resaltarse que la regulación de la Directiva 2001/86/CE, por su contenido normativo y la necesaria coordinación de las disposiciones adoptadas para la transposición a sus ordenamientos internos, se asemeja en sus efectos a los propios de un reglamento comunitario y, por otra parte, la regulación del Reglamento (CE) n.º 2157/2001, dado el amplio margen de complementación que abre a las legislaciones de los Estados miembros y las múltiples remisiones concretas de su articulado, se aleja de los caracteres propios de este tipo de norma para acercarse a los de las directivas.

En suma, el contenido de la Directiva conduce al establecimiento de los instrumentos de implicación de los trabajadores en las SE, con la finalidad de potenciar el diálogo social dentro de ellas en el contexto de una situación de constante transformación de las empresas en el seno de la Unión Europea y como fórmula adecuada para favorecer el éxito de tales cambios. Esta ley procede a la transposición de la Directiva 2001/86/CE al ordenamiento jurídico español.

Dos años después de la adopción de la Directiva 2001/86/CE, el Consejo de Ministros de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) n.º 1435/2003, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), y la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. La Directiva 2003/72/CE responde en su estructura y contenido a los de la Directiva 2001/86/CE, salvo en sus artículos 8 y 9 que contemplan peculiaridades de la sociedad cooperativa europea. Por ello, atendiendo a razones de economía legislativa, se ha incluido en esta Ley una disposición adicional, mediante la que se establece la regulación particular de la SCE, abordándose así conjuntamente la transposición de ambas directivas.

Así como la Ley 19/2005, de 10 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, de la que esta es complemento imprescindible, viene a garantizar la efectividad de las normas mercantiles de aplicación directa contenidas en el Reglamento (CE) n.º 2157/2001, esta Ley persigue, como es habitual en cualquier transposición de una directiva comunitaria, la consecución de los objetivos preten-

dados con su aprobación, a la vez que su integración correcta en el sistema español de relaciones laborales. Para ello, se unen en su articulado la transposición literal de determinados aspectos de la Directiva, junto a la aparición de instituciones propias del derecho laboral español.

La Ley se estructura en un título preliminar y tres títulos, de los que el título I se divide, a su vez, en capítulos. Consta, además, de dos disposiciones adicionales y de cinco disposiciones finales. El título preliminar fija el objeto de la norma y las definiciones a los efectos del resto del articulado, lo que le dota de carácter horizontal. A estos efectos, la expresión «Estados miembros» incluye, según la definición recogida en la Ley, tanto a los Estados miembros de la Unión Europea como a los signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que no sean miembros de la Unión Europea y a cualquier otro Estado en el que resulten de aplicación el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE.

El título I, «Disposiciones aplicables a las sociedades europeas con domicilio en España», consta de tres capítulos. El capítulo I regula el procedimiento de negociación que llevará a hacer efectivos los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, y desarrolla todo lo relativo a la constitución y funcionamiento de la comisión negociadora; desarrollo y duración de las negociaciones; contenido del acuerdo y normas supletorias, en defecto de pacto, y sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo. El capítulo II incluye las disposiciones subsidiarias en materia de implicación de los trabajadores en las SE y el capítulo III regula otras materias comunes a los otros capítulos tales como la forma de cálculo del número de trabajadores, la confidencialidad de la información o la protección de los representantes de los trabajadores.

El título II está dedicado a la regulación de las disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades anónimas europeas con domicilio en cualquier otro Estado miembro, y destaca lo referido a la identificación, designación, protección de los representantes nacionales de los trabajadores, de una parte, y la determinación de la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros, de otra.

El título III regula los procedimientos judiciales aplicables, la potestad jurisdiccional, la competencia, la legitimación de las partes y otros aspectos procesales, y reconoce, además, el derecho de las partes a acudir a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos.

Dentro de las disposiciones de la parte final, merece destacarse la que establece la relación entre la Ley y otras disposiciones, en particular la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, o las legislaciones de los restantes Estados miembros por las que se da aplicación a lo dispuesto en la Directiva 94/45/CE, cuando una sociedad europea sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria.

Igualmente, se abordan las modificaciones del Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo

5/2000, de 4 de agosto, necesarias para incluir como sujetos responsables de las infracciones a las sociedades anónimas europeas registradas en España y para tipificar y sancionar las infracciones en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades europeas.

Debe recordarse, por último, que la Ley constituye legislación laboral dictada al amparo del artículo 149.1.7.^a de la Constitución, salvo lo dispuesto en el título III, que constituye legislación procesal dictada al amparo del artículo 149.1.6.^a

De conformidad con la Declaración para el diálogo social 2004 «Competitividad, empleo estable y cohesión social» suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa, la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras, el contenido de esta norma de transposición de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, ha sido sometido a la consideración de las citadas organizaciones.

2. El reglamento (CE) nº 2157 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea

Los viejos interrogantes que desde hace años vienen planteándose los cultivadores del Derecho Mercantil interesados en los procesos de integración económica europea, no han perdido actualidad, no interés. Por un lado verificar si a estas alturas cuando han transcurrido cincuenta años de la aprobación del Tratado fundacional de la CEE, cabe establecer algún tipo de conexión funcional entre la normativa comunitaria y el proceso institucional de la integración económica europea y, en caso de ser así, si el arsenal de medidas concretas aprobadas durante estos cinco decenios por la UE en el ámbito jurídico-societario responde a un diseño político-jurídico bien definido, o, por el contrario no pasa de ser una mera aproximación empírica, sin contar con una confección global del aparato y de los fines y funciones que la creación de una rama jurídica requiere. Por otro lado establecer si la SAE, como tipo organizativo constituye la única respuesta jurídica o en todo caso la fórmula más adecuada a las exigencias del mercado único. En este marco de europeización de la ciencia jurídica se inscribe justamente el vigente Estatuto de la SAE. Queda por ver, si la puesta en práctica de este ambicioso proyecto va a contribuir a la reconstrucción de un pensamiento común en el ámbito de la cultura empresarial europea.

2.1. Síntesis

2.1.1. Contexto

La Sociedad Anónima Europea (designada con arreglo a su nombre en latín: Societas Europaea o SE) se convierte en realidad 30 años después de haber sido propuesta.

2.1.2. Constitución

Se prevén cuatro formas de constitución de una sociedad anónima europea (SE): por fusión, por creación de una sociedad de cartera, por creación de una filial común o por la transformación de una sociedad anónima de Derecho nacional. La fusión está reservada a las sociedades anónimas de distintos Estados miembros. La creación de una sociedad europea de cartera está abierta a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada con implantación en la Comunidad, ya sea porque sus domicilios sociales están situados en Estados miembros diferentes, o bien porque cuentan con filiales o sucursales en países distintos de aquel donde se encuentra su domicilio social. La constitución de una sociedad europea en forma de filial común está abierta a cualquier entidad de Derecho público o privado, con arreglo a los mismos criterios anteriormente mencionados.

2.1.3. Capital mínimo

La SE tendrá un capital mínimo de 120.000 euros. Cuando en algún Estado miembro el capital mínimo exigido a las sociedades de determinados sectores sea más elevado, el mismo mínimo se aplicará también a las SE de dicho Estado.

2.1.4. Domicilio social

El domicilio social de la SE, que será fijado por los estatutos, deberá corresponder al lugar donde se encuentre su administración central, es decir, a su sede real. Podrá cambiarse dicho domicilio dentro de la Comunidad, sin deber (como ocurre ahora) disolver la empresa en un Estado miembro para crear una nueva en otro.

2.1.5. Normas aplicables

Clarificación de la jerarquía de las normas aplicables a la SE.

2.1.6. Inscripción y liquidación

La inscripción y el cierre de la liquidación de una sociedad europea se publicarán, a título informativo, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Toda sociedad europea será inscrita, en el Estado donde tenga su domicilio social, en un registro designado por la legislación de ese Estado.

2.1.7. Estatutos

Los estatutos de la sociedad europea establecen como órganos la junta general de accionistas y, o bien un órgano de dirección y un órgano de vigilancia (sistema dualista), o bien un órgano de administración (sistema monista). Con arreglo al sistema dualista, el órgano de dirección asumirá la gestión de la sociedad europea. El miembro o

miembros del órgano de dirección tendrán poder para obligar a la sociedad europea ante terceros y para representarla ante los tribunales. Dicho miembro o miembros serán, además, nombrados y revocados por el órgano de vigilancia. No podrán ejercerse simultáneamente en la misma sociedad las funciones de miembro del órgano de dirección y miembro del órgano de vigilancia. No obstante, el órgano de vigilancia podrá, en caso de vacante, designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección. Durante este período las funciones del interesado en calidad de miembro del órgano de vigilancia quedarán en suspenso. Con arreglo al sistema monista, el órgano de administración asumirá la gestión de la sociedad europea. El miembro o miembros del órgano de administración tendrán poder para obligar a la sociedad europea ante terceros y para representarla ante los tribunales. El órgano de administración únicamente podrá delegar en uno o varios de sus miembros la gestión de la sociedad.

Las siguientes operaciones requerirán la autorización del órgano de vigilancia o una deliberación del órgano de administración:

- todo proyecto de inversión de volumen superior al porcentaje del capital suscrito,
- la creación, adquisición, enajenación o liquidación de empresas, establecimientos o partes de establecimientos, cuando su precio de compra o el producto de su venta sea superior al porcentaje del capital suscrito,
- la solicitud o concesión de créditos, la emisión de obligaciones y la asunción o garantía de compromisos de terceros, cuando la operación en su totalidad sea superior al porcentaje del capital suscrito.
- la contratación de suministros y de servicios cuyo valor total previsto sea superior al porcentaje del volumen de negocios del último ejercicio comercial,
- el porcentaje al que se refieren los anteriores guiones se fijará en los estatutos. No podrá ser inferior al 5 % ni superior al 25 %.

2.1.8. Cuentas Anuales

La sociedad europea mantendrá las cuentas anuales que incluirán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el anexo y un informe de gestión en el que se analizarán el desarrollo de las actividades y la situación de la sociedad; también formulará, en su caso, cuentas consolidadas.

2.1.9. Fiscalidad

En el aspecto fiscal la SE es tratada como cualquier otra multinacional, es decir, que está sometida al régimen fiscal de la legislación nacional aplicable tanto a la SE como a sus sucursales. Las SE siguen sujetas a los impuestos y tasas de todos los Estados miembros donde están situados sus establecimientos estables. En este sentido su estatuto fiscal no es perfecto al no existir una armonización europea suficiente en la materia.

2.1.10. Disolución

La disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos estarán sujetas, en gran medida, a la legislación nacional aplicable. El traslado del domicilio social fuera del territorio comunitario supondrá la disolución de la SE a petición de cualquier interesado o de una autoridad competente.

2.2. Ley de Sociedades Anónimas

Apartado relevante del Proyecto de Ley de Sociedad Anónima Europea domiciliada en España es el nuevo capítulo añadido al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que se estructura en tres secciones.

El primer apartado contiene las llamadas «disposiciones generales». En él se hace uso de la habilitación del Reglamento Comunitario 2157/2001, y se establecen cuatro cautelas, que se incluirán en el futuro artículo correspondiente, al traslado de domicilio de una Sociedad Europea:

1. Que los accionistas que voten en contra del acuerdo de cambio de domicilio puedan separarse de la sociedad.
2. Que los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de traslado del domicilio social puedan oponerse.
3. La exigencia de un certificado que ha de expedir el Registrador Mercantil acredite el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado.
4. La citada posibilidad de oposición del Gobierno.

La sección Segunda se refiere íntegramente a la constitución de la Sociedad Europea y en ella destacan la citada oposición del Gobierno a que una sociedad española participe en la constitución mediante la fusión de una Sociedad Europea en otro Estado miembro, y el derecho de separación de los accionistas de las sociedades españolas que voten en contra del acuerdo de constitución de una Sociedad Europea.

Por último, la sección tercera regula los órganos sociales de la Sociedad Europea, a las que se permite que adopten el «sistema monista» de administración, que es el tradicional de las sociedades anónimas españolas, o bien, el «sistema dual», lo que constituye una importante novedad en el Derecho español, que se caracteriza por la existencia de un órgano de control o consejo de vigilancia y un órgano de dirección. Esta segunda opción no se generaliza a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar las preferencias de las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España, así como los principales problemas operativos de este nuevo modelo.

La Sociedad Anónima Europea se convirtió en realidad el pasado 8 de octubre de 2004 después de 30 años de ser propuesta por primera vez. Se crea de este modo una sociedad mercantil nueva que permite llevar a cabo una actividad empresarial en el ámbito comunitario, con su propio marco jurídico, con el fin de permitir a

las sociedades constituidas en diferentes Estados miembros fusionarse, formar una sociedad holding o una filial común, evitando las obligaciones jurídicas y prácticas que se derivan de los diferentes ordenamientos jurídicos internos. En cuanto a su fiscalidad es tratada como cualquier multinacional, se somete al régimen fiscal de la legislación nacional tanto a la SE como a sus sucursales. El derecho nacional tendrá carácter supletorio en aquellas materias no reguladas por la SE. Se regirá por Junta General de Accionistas, órgano de Administración y podrá contar con un órgano de vigilancia, con la facultad de nombrar a sus administradores y controlar su gestión.

(Luis Fernández de la Pandora. El Reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho Comunitario de sociedades: Consideraciones de política y técnica jurídica).

3. Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo (Com 2003/284 final) Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE

Esta comunicación constituye la respuesta de la Comisión al informe final de 4 de noviembre de 2002 del Grupo de Alto nivel de expertos en Derecho de Sociedades dirigido por el Comisario Bolkestein y titulado «*Un marco normativo moderna para el derecho de sociedades en Europa*». La comunicación define los objetivos principales que deberían regir cualquier posible iniciativa de la UE en materia de modernización del Derecho de sociedades europeo y de fortalecimiento de la gobernanza empresarial. En este contexto la Comisión propone un plan de acción en el que se integran las prioridades, a corto, medio y largo plazo. En el indica que tipo de instrumento pretende utilizar para cada una de ellas y el calendario que prevé para desarrollar su acción. Dicho plan de acción aspira a la realización de dos objetivos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos de los accionistas y la protección de terceros y, por otra, impulsar la eficacia y la competitividad de las empresas. Por lo que respecta al primer objetivo, la Comisión considera que para que las empresas puedan reunir capitales al menor coste resulta esencial un sistema efectivo para la protección de los accionistas y de sus derechos, protegiendo el ahorro y las pensiones de millones de personas y reforzando de manera duradera los fundamentos de los mercados de capitales a largo plazo en un contexto de diversificación del accionariado en la UE. Dicha protección de socios y terceros se justifican especialmente por la creciente movilidad de las empresas.

Por lo que se refiere al segundo objetivo, la promoción de la eficacia y la competitividad de las empresas, depende de muchos factores, uno de los cuales es la existencia de un marco sólido de Derecho de sociedades y de un equilibrio entre las medidas en el ámbito de la UE y las medidas en el ámbito nacional. El plan de acción se articula entorno a siete ejes prioritarios: la gobernanza empresarial, el mantenimiento y modificación del capital, los grupos y pirámides, la reestructuración y movilidad de las empresas, la sociedad privada europea, la cooperativa europea y otras formas jurídicas de empresas en la UE, y el aumento de la transparencia de las formas jurídicas nacionales de las empresas.

Por lo que se refiere a la gobernanza empresarial, la Comisión propone que no se adopte un código europeo sino que se siga un enfoque común con algunas normas esenciales y se garantice una condición adecuada de los códigos de gobernanza empresarial. Se incluyen entre estas normas:

Una mejor información sobre las prácticas de gobernanza empresarial. Por lo que se refiere a este punto, la Comisión propone que las empresas con cotización oficial hagan en su informe de gestión una deducción anual en materia de gobernanza empresarial, además, prevé que se proporcione información sobre el papel desempeñado por los inversores institucionales.

Refuerzo de los derechos de los accionistas. El plan de acción establece, entre otros aspectos, que los accionistas de las empresas con cotización oficial deberán disponer de medios electrónicos que les permitan acceder a la información pertinente antes de que se celebren las juntas generales.

Las reformas del consejo de administración de las sociedades con cotización oficial. También propone el plan que cuando exista un riesgo de conflicto de intereses para los administradores de las sociedades con cotización oficial, las decisiones deberán ser tomadas por los administradores no ejecutivos mayoritariamente independientes. Además, sería conveniente impulsar la creación de comités de nombramiento, remuneración y auditoría. En cuanto a la remuneración de los directivos de las sociedades con cotización oficial, el objetivo de la UE consiste en promover un régimen adecuado por cuatro elementos esenciales: información sobre la política de remuneración en las cuentas anuales, aprobación previa por la Junta General de los sistemas que prevean la concesión de acciones o de opciones sobre acciones en los que participen los administradores, y reconocimiento oportuno de los costes de estos sistemas de incentivos en las cuentas anuales.

La responsabilidad de los administradores. El objetivo es, entre otros, establecer la responsabilidad colectiva del consejo de administración en lo relativo a los principales documentos no financieros.

Coordinación de las empresas de los Estados miembros para mejorar la gobernanza empresarial. El objetivo es crear un Foro Europeo sobre la gobernanza empresarial con el fin de fomentar la convergencia de los códigos nacionales.

El segundo eje prioritario de la Comunicación se refiere al *mantenimiento y modificación del capital*. El objetivo es, entre otros, simplificar la Segunda Directiva sobre este asunto con el fin de promover la competitividad de las empresas sin reducir por ello la protección ofrecida a los accionistas y a los acreedores.

El tercer eje prioritario hace referencia a los *grupos y pirámides*. La Comisión no tiene intención de reactivar la propuesta de Directiva sobre los grupos empresariales sino que pretende aprobar algunas disposiciones particulares con respecto a determinados asuntos, como la posible prohibición de admitir a cotización a las empresas pertenecientes a pirámides abusivas.

El cuarto eje prioritario se refiere a la *reestructuración y movilidad de las empresas*. La Comisión prevé aprobar a corto plazo las propuestas de directiva relativas a las fusiones transfronterizas y a la transferencia transfronteriza de la sede de un Estado miembro a otro.

El quinto eje prioritario se refiere a la *sociedad privada europea*. Mediante esta forma opcional de sociedad privada se pretendería responder a las necesidades de las PYMES activas en más de un Estado miembro.

El sexto eje prioritario se refiere a la *Sociedad cooperativa europea y otras formas jurídicas de empresas en la UE (por ejemplo: Fundaciones y mutuas)*. La comisión tiene la intención de apoyar activamente el proceso legislativo iniciado en estos ámbitos y prestar una atención significativa al desarrollo de nuevas formas jurídicas de empresas europeas.

Y el séptimo eje prioritario tiene por objeto *el aumento de la transparencia de las formas jurídicas nacionales de las empresas*. La Comisión considera que conviene aumentar a medio plazo las obligaciones de publicidad aplicables a todas las entidades jurídicas de responsabilidad limitada.

3.1. Informes del Parlamento Europeo sobre la estudiada Comunicación: Comisión Jurídica (7 de abril de 2004). Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (24 de febrero de 2006). Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía (18 de febrero de 2004). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (26 de enero de 2004)

3.1.1. Comisión de Asuntos Jurídicos (Ponente: Fiorella Ghilardotti)

Las razones esenciales de esta iniciativa pueden establecerse como sigue:

- Determinar un cuadro más homogéneo de referencia en materia de derecho societario para facilitar el ejercicio del establecimiento y de las reestructuraciones transfronterizas, aun teniendo en cuenta que la entrada de diez nuevos miembros en la Unión Europea, aumentará la diversidad entre las diversas legislaciones nacionales.
- Establecer las condiciones para evitar que se repitan los escándalos societarios cuyas consecuencias han repercutido de manera importante, en los beneficios, las pensiones, los puestos de trabajo y las inversiones de millones de personas.
- Aprovechar al máximo las ventajas del mercado interior.

Partiendo de estas premisas es útil focalizar reflexión sobre algunos temas clave:

- Transparencia de derechos de los accionistas.
- Inversiones institucionales.
- Administradores independientes.
- Pirámides societarias.
- Trabajadores.
- Revisión de cuentas.

3.1.2. Comisión de asuntos económicos y societarios (Ponente: Pervenche Berès)

La Comisión Parlamentaria, no está de acuerdo con la posición de la Comisión Europea según la cual los accionistas son los propietarios de las empresas, por lo que deben tener derecho de veto absoluto en las decisiones de mayor importancia. Prefiere el punto de vista continental europeo en el sentido de que los accionistas son propietarios de acciones; señala que con frecuencia se concentran únicamente en sus propios intereses financieros en la bolsa, mientras que la gestión unitaria o dual de las empresas, tiene una misión más amplia, que no se limita simplemente a obtener beneficios para los accionistas, instando a que se realice un debate más fundamental sobre la relación entre la propiedad y control, y sobre las tradiciones europeas en materia de Derecho de sociedades, así como un análisis más profundo sobre el impacto de las principales diferencias en la financiación de las empresas en Europa, en particular las que se presentan entre la tradición anglosajona, en la que domina un accionariado disperso a través de los mercados financieros, y la tradición continental, que se caracterizó por una función más importante de los bancos y de los accionistas mayoritarios.

3.1.3. Comisión de empleo y Asuntos sociales (Ponente: Joannis Koukiadis)

Esta Comisión coincide con la anterior en considerar poco equilibrada la posición de la Comisión Europea de que «las empresas pertenecen a sus accionistas» y, de que, por lo tanto, estos deben tener derechos absolutos de veto de las decisiones importantes, y prefiere el planteamiento de la Europa Continental en que los accionistas poseen acciones para facilitar la inversión de las empresas, pero que las empresas y sus estructuras de dirección tienen una misión que no se limita a la obtención de beneficios.

3.1.4. Comisión de Industria, Comercio exterior, investigación y energía (Ponente: Per. Arne Arvidsson)

Esta Comisión parlamentaria se declara crítica ante la idea de un Foro Europeo de Gobernanza empresarial, ya que la creación de órganos burocráticos no suele ser

la solución más efectiva a los problemas, sino, por el contrario, se corre el riesgo de obstaculizar la innovación y el desarrollo de diversos códigos de gobernanza empresarial. El plan de acción tiene demasiadas normas innecesarias que, a largo plazo, puede llevar a una normativa excesiva e inútil, finalmente las propuestas de la Comisión Europea no deben implicar costes suplementarios para las empresas.

4. Últimos informes de iniciativa por parte de la comisión de asuntos jurídicos y mercado interior del parlamento europeo

4.1. Informe del Sr. Klaus-Heiener Lehne, relativo a las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (2006/2013 INI) de 29 de noviembre de 2006

Es Estatuto de la Sociedad Privada Europea, debería renunciar en la medida de lo posible, a las referencias al derecho nacional con objeto de crear una forma jurídica europea uniforme. Ello supondría un recorte automático de los costes en materia de asesoramiento, dado que, en las actividades transfronterizas, no se aplicaría ya el derecho de los diversos Estados miembros sino un Estatuto uniforme. No obstante se deberán conservar ciertas referencias sobre todo en los ámbitos jurídicos armonizadores (registro, normas contables). La necesidad de uniformidad se debe a que las PYME operan, en multitud de ocasiones, a escala transfronteriza, a través de sociedades de distribución o de servicios (filiales). Para facilitar la labor de las empresas, sería ideal que las filiales se crearan y se administraran en todos los Estados miembros con arreglo a las mismas normas. Para que los operadores económicos procedentes de tradiciones jurídicas distintas gocen de un acceso sencillo a una nueva forma jurídica es necesario, además, poner a su disposición distintas formas, en tanto ello sea posible. Entre ellas cabe citar la posibilidad de organizar el derecho de elección de las empresas de modo monista o dualista. Para que una sociedad privada conserve su flexibilidad en cuanto a las transacciones económicas deben ponerse a su disposición diversas posibilidades de transformación. Entre estas se incluyen la fusión, el traslado de domicilio o la salida a bolsa (transformación en SE). Al respecto se debería remitir, lo más ampliamente posible, al Derecho comunitario armonizado. En este sentido se evidencia, por otra parte, la urgencia de adoptar una Directiva sobre el traslado transfronterizo del domicilio social.

No obstante un Estatuto deber servir para algo más que simplificar las labores de creación y organización. Debe crear, por una parte, un equilibrio adecuado entre los órganos de una empresa; por otra parte, debe contribuir a garantizar las transacciones comerciales y a proteger a los acreedores de la empresa. Ello se podía lograr, por ejemplo a través de más normas de responsabilidad equilibradas.

En las normas sobre el capital social se alude, además, a la relación entre la protección de los acuerdos y una definición flexible de la creación de las empresas. Se recomienda ceñirse al principio del capital mínimo y renunciar, por el contrario a la obligación de pago en efectivo. Otro aspecto de la protección de los acreedores lo constituyen los bloques de la distribución de beneficios con objeto de conservar para aquellos el capital mínimo de la empresa, y el acceso al patrimonio desviado de manera ilícita a los socios.

4.2. Informe del Dr. Andrzej Jan Szejna, sobre la evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades (2006/2051 INI) de 26 de junio de 2006

Según el informante de la comisión debería prestar la debida atención a la diversidad de los regímenes nacionales y, en particular a las diferencias existentes entre los países que cuentan con sistema de órganos monista y dual.

La Comisión no debería seguir dudando en presentar la Decimocuarta Directiva en materia de sociedades relativa al traslado transfronterizo de sedes sociales de las empresas. No obstante el traslado de la sede social no se debe emplear para restringir los derechos de los trabajadores, sobre todo la participación de los mismos.

El debate sobre «la democracia de los accionistas» debería encuadrarse en un objetivo más amplio, entendido como la creación de un entorno legislativo que aúne los intereses económicos de los accionistas con el interés a largo plazo de la empresa y las principales instancias que la componen, tales como los trabajadores.

El Parlamento Europeo debería participar de manera continua en el debate sobre las futuras prioridades en materia de Derecho de sociedades y gobernanza empresarial. Esto supone que debe ser informado regularmente de los resultados de los debates mantenidos en grupos de expertos y de las decisiones adoptadas por la Comisión sobre la base de la labor de todos los grupos.

EL ESTATUTO DE SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA (SCE)

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURREKOA
Catedrático de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

DR. ENRIQUE GADEA SOLER
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Introducción	131
2. Aspectos más significativos de su régimen jurídico	132

1. Introducción

Ya desde el momento constituyente, los «padres de la Unión Europea» pensaron en el reconocimiento de las cooperativas entre las personas jurídicas del ámbito económico, como prueba el artículo 48 del tratado de Roma, que se refiere a ello al concluir que ese reconocimiento debe incluir «... a las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persiguen un fin lucrativo».

Las propias asociaciones de cooperativas europeas estuvieron presentes desde los inicios en la representación comunitaria (caso de «Eurocoop», domiciliada en Bruselas desde 1957), llegando a aliarse mediante un Comité de Unión, centralizado en la Asociación Europea de la Banca Cooperativa, con sede también en Bruselas.

El movimiento cooperativo europeo siempre ha reclamado su sitio específico en la «casa común», con una normativa propia para su forma económica.

Por ello, cuando en 1966 la Comisión de juristas, nombrada al efecto, facilitó su borrador de Estatuto de Sociedad Europea (SE) a las autoridades comunitarias, expresamente recogió en él la fórmula fundacional que permitía (citándolas textualmente) la participación constitutiva de la SE por parte de las cooperativas. Pero la SE es, por su naturaleza jurídica, una sociedad por acciones (sociedad anónima), por lo que el cooperativismo europeo reclamó su forma específica.

Cuando en 1985 (Reglamento del 27 de julio) se promulgó el Estatuto Europeo de Agrupaciones de Interés Económico (que dio lugar en España a la derogación de las Sociedades de Empresas, regidas por la Ley de 26 de mayo de 1982, aunque se mantuvieron las UTES, y a la Ley española de Agrupaciones de Interés Económico del 29 de abril de 1991), se volvió a citar a las cooperativas como posibles constituyentes, en una fórmula jurídica más cercana a la cooperación, como posible alternativa a la SE.

Pero nuevamente el movimiento cooperativo europeo volvió a reclamar su normativa específica, bien respaldado por varias resoluciones en el mismo sentido del Parlamento Europeo, así como de varios gobiernos sensibles ante la llamada Economía Social, como impulso europeísta de la participación económica.

Así finalmente, cuando en 1991 se formuló la propuesta definitiva de un Estatuto de Sociedad Europea (que dio lugar al Reglamento de SE de la Unión, del 8 de Octubre de 2001), se formuló al poco (1992, con propuestas complementarias en 1993 y 1995) otro alternativo de Sociedad Cooperativa Europea (que dieron lugar al Reglamento de SCE del 22 de julio de 2003)¹.

Siguiendo la filosofía de la participación laboral en las sociedades europeas ya previsto en el borrador original de 1966 (siguiendo el modelo alemán), ambos Estatutos tienen como norma de acompañamiento (del mismo día de su publicación en el Diario Oficial) sendas Directivas sobre participación de los trabajadores (que han dado lugar en España a la Ley sobre Implicación de los Trabajadores en las Sociedades Europeas, del 18 de octubre de 2006), como estableció la vieja Directiva 5ª para el Derecho de Sociedades (del 9 de octubre de 1972, «rebajada» por las del 19 de agosto de 1983 y de 8 de enero de 1991).

Con todo ello, puede decirse que el Derecho Societario Europeo (aunque esté reconocida la libre intervención de todos los sujetos económicos en el Mercado Único) apuesta por dos modelos: las sociedades por acciones (para las inversiones generales) y las cooperativas (para facilitar el sistema participativo y democrático en la economía, «el modelo europeo»)².

Como dice la Exposición de Motivos del Estatuto de la SCE, el de SE «con arreglo a los principios generales de la sociedad anónima no se adapta a las características específicas de las cooperativas», al igual que reconoce que la Agrupación Europea de Interés Económico tampoco «... satisface las necesidades específicas de las cooperativas». Por ello, concluye el expositivo 6º, que «la Comunidad, en su afán de respetar la igualdad de condiciones de la competencia y de contribuir a su desarrollo económico, debe dotar a las cooperativas, entidades comúnmente reconocidas en todos los Estados miembros, de instrumentos jurídicos adecuados que permitan facilitar el desarrollo de sus actividades transfronterizas. Las Naciones Unidas han instado a todos los Estados a asegurar un entorno propicio en que las cooperativas puedan participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresa».

2. Aspectos más significativos de su régimen jurídico

Los aspectos del régimen jurídico de la SCE objeto de una regulación uniforme han sido pocos. En el RSCE se disciplinan los distintos modos de constitución de la SCE,

1. Sobre los antecedentes y el proceso de gestación, puede verse Dabormida R., «El Estatuto de la sociedad cooperativa europea: evolución, actualidad y perspectivas», CIRIEC-España, nº 17, diciembre de 1994, pp. 121-141 y Pastor Sempere, C., «La sociedad cooperativa europea», Revesco, Revista de Estudios Cooperativos, nº 74, 2001, pp. 181-200.

2. Sobre el papel de la fórmula cooperativa en la sociedad actual, ampliamente Divar J., Globalización y Democracia, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 45 y ss.

el traslado de su domicilio social de un Estado miembro a otro, algunas cuestiones relativas al estatuto jurídico del socio y a los órganos sociales; mientras que mediante el DSCE se lleva a cabo la reglamentación del sistema de participación e implicación de los trabajadores en la SCE³. Y es que como ha señalado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, del 2 de mayo de 2006, explicativa de la intencionalidad jurídica del RSCE, «no tiene por finalidad armonizar las legislaciones nacionales en materia de sociedades cooperativas», sino mejorar el funcionamiento del mercado interior como sociedades «paneuropeas».

2.1. Constitución de la SCE

En primer lugar debe tenerse en cuenta que, salvo lo dispuesto en el Reglamento, la constitución de una SCE se registrará por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado en que se fije su domicilio social (artículo 17.1 RSCE).

2.1.1. Vías de acceso a la SCE

El RSCE prevé la creación ab initio o ex novo por, al menos, cinco personas físicas y la constitución derivada, admitiendo ésta distintas variantes, a saber: constitución por, al menos, cinco personas físicas y una jurídica; constitución por cualquier tipo de persona jurídica, debiendo concurrir al menos dos; constitución mediante fusión de dos cooperativas existentes, en cuyo caso la constitución puede hacerse por absorción (con conversión de la absorbente en SCE) o por constitución de una nueva sociedad en la forma de SCE; y, por último, constitución por transformación de una sociedad nacional con establecimiento o filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años en SCE.

Sobre el particular, el RSCE –en el artículo 2.1– señala que la SCE podrá constituirse:

- a. Por un mínimo de cinco personas físicas que residan en la menos dos Estados miembros.
- b. Por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades en la acepción de segundo párrafo del artículo 48 del Tratado (entidades que persiguen un «fin lucrativo», expresión que se traduce por la participación o intervención de la persona jurídica en la vida económica), así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un estado miembro, reguladas por el ordenamiento de al menos dos Estados miembros.
- c. Por sociedades con arreglo al segundo párrafo del artículo 48 del Tratado y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con

3. En ese sentido, Martínez Segovia, F., «Primera aproximación al Estatutos de la SCE», *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, Núm. 80, 2003, p. 63

arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros.

- d. Por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros⁴.
- e. Por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.

Igualmente, los Estados miembros podrán disponer que una entidad jurídica que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SCE, siempre y cuando tal entidad jurídica esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un estado miembro.

2.1.2. Elaboración de los Estatutos

Los Estatutos serán elaborados por los fundadores, siguiendo la legislación cooperativa del Estado miembro del domicilio de la SCE (artículo 5.2 RSCE).

En los Estatutos, que deberán redactarse por escrito y llevar la firma de los fundadores, se consignarán por lo menos las menciones recogidas en el apartado 4º del artículo 5:

- a. La denominación social, precedida o seguida de las siglas «SCE», y, cuando proceda, la mención «limitada».
- b. El objeto social.
- c. El nombre de las personas físicas y la denominación social de las entidades que sean socios fundadores de la SCE, con indicación en este último caso del objeto y del domicilio social.
- d. El domicilio social de la SCE.
- e. Las condiciones y procedimientos de admisión, exclusión y renuncia de los socios.
- f. Los derechos y obligaciones de los socios y, en su caso, sus diferentes categorías, así como los derechos y obligaciones de cada categoría.

4. Un estudio sobre esta cuestión en el ámbito de las sociedades de capital, puede verse en Sequeira Martín, A., «La constitución mediante fusión de la sociedad anónima europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, nº 678, julio-agosto 2003, pp. 2185-2200.

- g. El valor nominal de las participaciones suscritas, el importe del capital suscrito, en su caso, y la indicación de que el capital es variable.
- h. Las normas específicas relativas a los excedentes que deban destinarse, en su caso, a la reserva legal.
- i. Los poderes y competencias de los miembros de cada órgano de gobierno.
- j. Las condiciones de designación y revocación de los miembros de los órganos de gobierno.
- k. Las reglas de mayoría y quórum.
- l. La duración de la sociedad, si se trata de una sociedad de duración limitada.

De las cuestiones referidas en el listado anterior, merecen particular consideración lo relativo al domicilio y al régimen del capital:

Respecto al domicilio de la SCE, el artículo 6 del RSCE establece su necesaria ubicación en el Estado miembro donde se halle la administración central de la SCE. Ello explica las cautelas contenidas en el artículo 7 (apartados 2 a 16) para el caso de transferencia de domicilio a otro Estado miembro, operación que no dará lugar a la disolución de la SCE ni a la creación de una nueva persona jurídica.

En cuanto al régimen del capital, merecen ser destacados los aspectos siguientes:

- a. El capital suscrito estará representado por las participaciones de los socios expresadas en moneda nacional, si bien una SCE cuyo domicilio se encuentre fuera de la zona del euro también podrá expresar su participación en esta moneda (artículo 4.1 RSCE).
- b. El capital suscrito no podrá ser inferior a 30.000 euros (120.000 en la SE), sin perjuicio de que cuando la legislación de un Estado miembro fije un capital suscrito superior para entidades jurídicas que ejerzan determinados tipos de actividad, dicha legislación se aplicará a las SCE que tengan su domicilio social en dicho Estado miembro (artículo 3, apartados 1º y 2º y 3º RSCE). El capital se dividirá en participaciones nominativas, valoradas conforme a aportaciones necesariamente patrimoniales, desembolsadas en al menos el 25% de su valor nominal suscrito y cuyo restante desembolso (de dividendo pasivos) se realizará en el máximo de cinco años, o plazo menor conforme a la legislación del Estado del domicilio. Si la aportación es «in natura» se designarán expertos para su valoración conforme a la legislación de sociedades anónimas del Estado del domicilio.
- c. El aumento (bien con cargo a reservas o bien con cargo a nuevas aportaciones) o disminución del capital no requiere ni modificación de los Estatutos ni publicidad (artículo 3, apartados 4º y 5º), siempre que se respete el importe mínimo y que se cumpla con la prescripción legal que exige la publicidad anual del importe del capital. Una vez al año, la Asamblea General debe tomar acta, mediante una resolución, del importe del capital al cierre del ejercicio y de su variación en relación con el ejercicio precedente (artículo 4.8).

2.1.3. Inscripción en el Registro y contenido de la publicidad

La inscripción, con la que la SCE adquiere personalidad jurídica (artículo 18.1 RSCE), deberá practicarse en el Estado miembro de su domicilio social, «en el Registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas» (artículo 11.1 RSCE); por tanto, en España en el Registro Mercantil.

Los documentos y los datos de una SCE a los que deba darse publicidad en virtud del RSCE se harán públicos del modo que estipule la legislación en materia de sociedades anónimas del Estado miembro en el que la SCE tiene su domicilio social (artículo 12.1 RSCE); en el caso español, a través del BORM. Además, la inscripción y la baja de una SCE se publicará a título informativo en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 13 RSCE).

2.2. Estatuto jurídico del socio

En relación con esta cuestión, el RSCE incide en las clases o tipos de socios, en la adquisición y pérdida de la condición de socio y en las consecuencias económicas de la renuncia y de la expulsión.

2.2.1. Los posibles tipos de socios en la SCE: el socio usuario y el socio inversor

No es necesario incidir en que el socio usuario es el elemento central y la razón de ser de la sociedad y en que la presencia del socio inversor obedece a razones financieras. Pues bien, en la SCE la presencia del socio inversor se supedita a que la legislación del Estado miembro del domicilio social lo permita y a que los Estatutos contemplen esa posibilidad (artículo 14.1 II RSCE).

2.2.2. Adquisición de la condición de socio

Salvo que los Estatutos dispongan lo contrario, la condición de socio de una SCE puede ser adquirida por personas físicas o por personas jurídicas. Se considerará que los socios que sean entidades jurídicas tienen la condición de usuarios por representar a sus propios socios, siempre que aquellos de sus socios que sean personas físicas sean usuarios. La adquisición de la condición de socio puede ser originaria (por participación en la fundación) o derivativa, en cuyo caso estará sujeta a la aprobación del órgano de administración o dirección, si se trata de socio usuario, o de la asamblea o del órgano al que la propia asamblea o los Estatutos hayan delegado este cometido, si se trata de socio inversor (artículo 14.1 RSCE).

2.2.3. Pérdida de la condición de socio

Sobre esta cuestión, el artículo 15.1 RSCE recoge supuestos de pérdida de la condición de socio específicos. Junto a ellos, también se refiere a la aplicabilidad de los

demás supuestos previstos en los Estatutos y en la legislación sobre cooperativas del Estado miembro del domicilio social de la SCE.

Los supuestos previstos en el RSCE puede ser agrupados en voluntarios y forzosos:

a. Supuestos de pérdida voluntaria

La renuncia o baja del socio.

La cesión de todas las participaciones a un socio o a una persona física o entidad jurídica que adquiere la condición de socio, cuando así lo autoricen los Estatutos.

b. Supuestos de pérdida forzosa

Expulsión, cuando el socio haya incumplido gravemente sus obligaciones o haya incurrido en actos contrarios a los intereses de la SCE.

Disolución en el caso de un socio que no sea persona física.

Concurso.

Fallecimiento.

Sobre los derechos pecuniarios de los socios en caso de renuncia o expulsión, el artículo 16 del RSCE dispone que, salvo en el caso de cesión de participaciones, la pérdida de la condición de socio dará derecho al reembolso de la parte del capital suscrito, deducida, en su caso, la parte proporcional de las pérdidas imputables al capital social.

Para el supuesto de la expulsión, prevé que los Estatutos establecerán las modalidades y condiciones del ejercicio del derecho de renuncia y fijarán el plazo, para efectuar el reembolso, que no podrá ser en ningún caso de más de tres años, si bien la SCE no tendrá obligación de efectuar el desembolso antes de los seis meses siguientes a la aprobación del balance posterior a la pérdida de la condición de socio.

Asimismo, contempla el derecho de reembolso parcial de las participaciones, figura ajena al Derecho español, y que no comporta la pérdida de la condición de socio.

2.3. Estructura orgánica de la SCE

La SCE constará de una asamblea general y bien de un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), o bien de un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los Estatutos (artículo 36 RSCE)⁵.

5. El sistema dualista no aparece regulado en el Derecho español, en el únicamente se introducen notas de ese modelo en la Ley de Cooperativas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Sobre la cuestión, Gadea, E., Derecho de las Cooperativas, 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, pp. 162 y ss.

2.3.1. Referencia a los sistemas de administración

2.3.1.1. Sistema dual

En el sistema dual se deslindan las funciones de gestión y control, mediante su atribución a dos órganos distintos: el órgano de dirección y el órgano de control.

El órgano de dirección será responsable de la gestión de la SCE y la representará frente a terceros y frente a los tribunales (artículo 37.1 RSCE). El nombramiento de sus miembros será realizado por el órgano de control, salvo que el Estado miembro haya establecido o permitido que los Estatutos dispongan que corresponde a la asamblea general (artículo 37.2 RSCE).

El Reglamento prohíbe expresamente ejercer simultáneamente la de miembro del órgano de dirección y del órgano de control de la misma SCE. No obstante, el órgano de vigilancia, en caso de vacante, puede designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección; en tal caso, durante ese período, quedarán en suspenso las funciones del interesado en calidad de miembro del órgano de vigilancia (artículo 37.3 RSCE).

Los Estatutos de la SCE deberán fijar el número de miembros del órgano de dirección o, en su defecto, las normas para su determinación, aunque los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos (artículo 37.4 RSCE).

Al órgano de control le compete controlar la gestión encomendada al órgano de dirección, concediéndosele para ello un derecho de información muy amplio (artículo 40 RSCE), no pudiendo ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SCE (artículo 39.1 RSCE). Sus miembros serán elegidos por la asamblea general, ello sin perjuicio del nombramiento estatutario de los miembros del primer órgano de control y de las modalidades de participación de los trabajadores específicamente reguladas (artículo 39.2 RSCE).

2.3.1.2. Sistema monista

En el sistema monista existe un único órgano –el órgano de administración– que asume las competencias de gestión y de representación frente a terceros y ante los tribunales de la SCE (artículo 42.1 RSCE).

Los Estatutos de la SCE deberán fijar el número de miembros del órgano de administración o, en su defecto, las normas para su determinación, aunque los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos (artículo 42.2 RSCE).

Sus miembros serán elegidos por la asamblea general, ello sin perjuicio del nombramiento estatutario de los miembros del primer órgano de control y de las modalidades de participación de los trabajadores específicamente reguladas (artículo 42.3 RSCE).

2.3.2. La asamblea general

La asamblea general decidirá sobre los asuntos sobre los que le confieran competencia: el propio Reglamento, las disposiciones legales nacionales de adaptación de la Directiva de implicación de los trabajadores y las disposiciones legales o estatutarias que sean de aplicación a las asambleas generales de una cooperativa en virtud de la normativa del Estado miembro donde la SCE fije su domicilio (artículo 52 RSCE).

La organización y desarrollo de la asamblea general se regirá por la legislación aplicable a las cooperativas del Estado miembro del domicilio de la SCE (artículo 53 RSCE). Se convocará, como regla general, al menos una vez al año, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio (artículo 54.1 RSCE) y, en ella, cada socio dispondrá de un voto, independientemente del número de participaciones que posea (artículo 59.1 RSCE). A cada socio se concede también el derecho de información (que debe facilitar el órgano de dirección o de administración) sobre las actividades de la SCE que se relacionen con los asuntos respecto de los cuales la asamblea general pueda adoptar un acuerdo (artículo 60.1 RSCE).

2.4. Aspectos financieros

2.4.1. Emisión de títulos con privilegios específicos

El RSCE –en el artículo 64– admite que los Estatutos puedan prever la creación de títulos distintos de las participaciones o de las obligaciones cuyos tenedores podrán gozar de privilegios específicos, si bien no tendrán derecho de voto. Dichos títulos pueden ser suscritos por socios o por cualquier persona ajena, no confiriendo su adquisición la condición de socio. Los tenedores de estos títulos tendrán derecho de asistencia a la asamblea general, pudiendo prever los Estatutos la reunión en asamblea especial de los tenedores de estos títulos. La asamblea especial podrá emitir un dictamen previo a cualquier decisión de la asamblea general, en relación con los derechos e intereses de sus tenedores.

2.4.2 Aplicación de resultados

En este apartado, cabe destacar, por una parte, la previsión relativa a la reserva legal, a la que hasta que no alcance un importe igual a 30.000 Euros, se destinará a su constitución como mínimo el 15% de los excedentes del balance de fin de ejercicio, una vez deducidas las pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores (artículo 65 RSCE). Y, por otra, la disposición dedicada a la distribución de excedentes disponibles. En ella se hace hincapié en el concepto de excedentes distribuibles y en las facultades de la asamblea:

- El concepto de excedente distribuible toma como punto de partida el saldo de excedente disponible después de dotar la reserva legal, en su caso disminuido por los retornos (satisfechos en atención a la actividad cooperativizada) e incrementado

con los remanentes de ejercicios anteriores y con las deducciones sobre las reservas, o reducido con los traslados de pérdidas de ejercicios anteriores (artículo 67.1 RSCE).

- La asamblea general está facultada para distribuir los excedentes en el orden y proporción que fijen los Estatutos y, en particular, para: constituir un nuevo remanente, dotar las reservas legales o estatutarias y remunerar los capitales desembolsados y los capitales asimilados, bien en metálico o por atribución de participaciones (artículo 67.2 RSCE).

2.4.3. Control y publicidad de las cuentas anuales

En esta materia, la SCE está sujeta a la legislación del Estado de su domicilio social en lo que se refiere a la formulación, control y publicidad de las cuentas anuales y las cuentas consolidadas, en aplicación de las disposiciones comunitarias existentes (artículos 68 y ss. RSCE).

2.5. Disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos

La SCE quedará disuelta por decisión de la asamblea o por declaración judicial o de autoridad administrativa competente, en los casos de infracción de disposiciones y, en especial, en los supuestos de reducción del número de socios o del capital por debajo del mínimo legal y cuando el domicilio social de la entidad haya sido trasladado fuera del territorio comunitario (artículo 73 RSCE).

Cuando la SCE se vea afectada por un procedimiento de liquidación, insolvencia, suspensión de pagos o procedimiento análogo, quedará sometida a la disposiciones de Derecho nacional del estado de su domicilio social (artículo 72 RSCE).

La adjudicación del activo neto resultante de la liquidación se realizará con arreglo al principio adjudicación desinteresada o, si lo permitiese la legislación nacional del domicilio de la SCE, por un sistema alternativo estipulado en los Estatutos de la SCE (artículo 75 RSCE).

Por último, destacar que la posibilidad prevista en el Reglamento de transformación de una SCE en una cooperativa sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de su domicilio social, se supedita a que hayan transcurrido dos años desde la inscripción en el registro y a que hayan sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales (artículo 76 RSCE).

LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN COMO MEDIO DE CONTROL DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS. COMENTARIOS SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE OPAS

MIKEL ARRIETA
Profesor asociado de Secretaría General de Empresas
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Planteamiento	143
2. La OPA como elemento esencial del mercado de control	145
3. La contribución del nuevo sistema de OPAS al control empresarial	150
4. Conclusiones.....	159

1. Planteamiento

El 13 de abril de 2007 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley del Mercado de Valores. Esta reforma tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español dos directivas comunitarias, a saber, (i) la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición (las «opas»), y (ii) la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado regulado.

Estamos pues ante una reforma de la Ley del Mercado de Valores que afecta a la sociedad anónima cotizada en dos planos o aspectos inseparables. El primero de estos aspectos –al que se dedica la presente exposición– contempla dicha sociedad como *objeto* de las tomas de control que se instrumentan a través de las opas. El segundo –no menos importante– se refiere a la sociedad cotizada como *suje*to obligado a publicar la información necesaria para que sus acciones puedan ser valoradas por el público inversor en todas y cada una de las operaciones que tienen lugar en los mercados de valores y, por supuesto, también en las opas y otras posibles tomas de control.

Esta modificación de la Ley del Mercado de Valores se enmarca en el proceso de reforma del Derecho de Sociedades que el legislador inició a comienzos de esta década en materia de gobierno corporativo, a fin de reforzar el régimen aplicable a los órganos sociales en cuanto responsables y garantes del buen gobierno de las sociedades cotizadas¹. Sin embargo, la nueva Ley no se ocupa de *cómo* se gobier-

1. Dicho proceso de reforma ha dotado de un régimen legal específico a la sociedad cotizada previsto en la Ley 44/2002, de 22 de Noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE 23 noviembre 2002, núm. 281; rect. BOE 7 febrero 2003, núm. 33) y en la Ley 26/2003, de 17 de Julio, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE 18 julio 2003, núm. 171), a las que ahora se añade la Ley 6/2007, de 12 de abril (BOE 14 abril 2007, núm. 89).

nan las sociedades cotizadas, sino de *quién* las gobierna, al trasladar su atención a las operaciones de toma de control. Esta última reforma entrará en vigor el 13 de agosto de 2007 y será objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto sobre el régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores, actualmente en proyecto².

En efecto, las opas permiten apelar directamente al conjunto de los accionistas para adquirir una participación de control en el mercado de valores, sin mediar decisión alguna por parte de los órganos sociales de la sociedad afectada. La oferta *pública* de adquisición –esto es, dirigida a todos y cada uno de los accionistas– surge así como procedimiento para poner en relación al adquirente con un colectivo indeterminado de accionistas y, como tal, debe ser objeto de regulación en el campo del mercado de valores.

Cada sistema de opas ordena un conjunto de intereses que, cuando menos, abarca los del adquirente, los accionistas y el grupo de control de la sociedad afectada. En este sentido, es habitual diferenciar dos sistemas de opas en función de la obligatoriedad de la oferta pública de adquisición: (i) el sistema de *opa voluntaria* –consagrado en la legislación federal de Estados Unidos de América mediante la Williams Act de 1968– que regula pero en ningún caso exige la utilización de esta alternativa para la toma de control de una sociedad cotizada; y (ii) el sistema de *opa obligatoria* –previsto en la Directiva de opas y vigente en Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido, entre otros países– que exige su utilización en los supuestos de toma de control tipificados por la normativa aplicable.

A su vez, el sistema de opa obligatoria presenta dos variantes fundamentales, según la toma de control esté supeditada a la previa formulación de una opa (modelo de opa *a priori*) o la opa deba formularse con posterioridad a una toma de control efectiva (modelo de opa *a posteriori*). Finalmente, cada ordenamiento singulariza su sistema regulando el procedimiento aplicable para la formulación de la oferta, la presentación de ofertas concurrentes y su autorización, aceptación y liquidación³.

El grupo de trabajo que asesoró a la Comisión Europea en la elaboración de la Directiva de opas reconoció la ausencia de un «campo de juego homogéneo» en esta materia a nivel comunitario, al constatar que las posibilidades de éxito de la oferta y, en consecuencia, la de que los accionistas liquiden su inversión, no son coincidentes en los sistemas de opas vigentes en la Unión Europea⁴.

2. El 28 de julio de 2007 se publicó el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición (BOE 28 julio 2007, núm. 180), cuyas principales novedades frente al proyecto comentado a lo largo de estas líneas podrán consultarse a pie de página.

3. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., «El difícil camino de la opa en el cambio de control societario», en Revista de Derecho Bancario y Bursátil núm. 99 (2005), p. 81 y ss.

4. AA.VV. *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids in the European Union*, p. 18 y ss.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, la experiencia ha puesto de manifiesto la extraordinaria dificultad de consumir una adquisición bajo el sistema de opas vigente o, cuando menos, bajo la aplicación que viene haciéndose del mismo⁵. A estas alturas, dicha regulación está muy lejos de aportar la seguridad jurídica necesaria para confiar en que el éxito o fracaso de una opa se determinará en el ámbito del mercado de valores y en consideración a criterios puramente económicos. En este sentido, el sistema de opas que ahora llega a su fin se ha visto desvirtuado principalmente por los siguientes factores:

- a. por un factor interno derivado de la incertidumbre sobre la duración del procedimiento, con el consiguiente desajuste entre la oferta presentada inicialmente y el valor de mercado al tiempo de su aceptación; y
- b. por un factor externo consistente en la intervención de la administración pública y sus entidades instrumentales al amparo de la regulación sectorial y de defensa de la competencia⁶.

El presente trabajo tiene por objeto constatar la influencia del sistema de opas en el gobierno de las sociedades cotizadas y analizar la contribución de la actual reforma, teniendo en cuenta la posición del oferente, los accionistas y el grupo de control de la sociedad afectada.

2. La OPA como elemento esencial del mercado de control

2.1. El funcionamiento del mercado de control empresarial

Las sociedades cotizadas valen lo que el mercado paga por sus acciones como consecuencia de la información disponible. En particular, los resultados econó-

5. El sistema de opas objeto de reforma se regulaba en el antiguo artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, que fue desarrollado mediante el Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, cuya modificación más reciente data de la aprobación del Real Decreto 432/2003, de 11 de abril.

6. Intervención administrativa que no se ha limitado a la aplicación de la normativa vigente, sino que incluso ha llegado a modificarla con motivo de recientes operaciones. Nos referimos a la aprobación, durante la opa de E.ON Zwölfte Verwaktungs GMBH AG sobre Endesa, S.A., del Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía, en cuya virtud este organismo regulador pasó a ser competente para autorizar cualquier operación que implique la compra de más de un diez por ciento del capital de una compañía con actividades reguladas o cualquier otro porcentaje que conceda influencia significativa. Esta iniciativa legislativa del Gobierno español fue denunciada por la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo el 24 de enero de 2007.

micos y el sistema de gobierno corporativo de la compañía son los factores de los que dependerán la rentabilidad y la seguridad de la inversión, respectivamente⁷.

El mercado será libre de reaccionar positiva o negativamente ante dicha información, en cuyo caso, un tercero que atribuya a la compañía un valor superior al precio de cotización podrá adquirir una participación de control ofreciendo un sobreprecio por las acciones. De esta forma, el mercado de valores se convierte en un instrumento de control externo sobre la gestión de las sociedades cotizadas, que ejerce su disciplina a través de las ofertas públicas de adquisición⁸.

El funcionamiento del mercado de control empresarial está sometido, en todo caso, al volumen de negociación propio del mercado, así como a la capitalización y estructura de propiedad de las sociedades cotizadas.

Ningún otro factor caracteriza a la sociedad cotizada tanto como su elevada capitalización, en la que a través del mercado de valores participa una comunidad inversora integrada por múltiples accionistas. En general, éstos no se interesan por el ejercicio de sus derechos políticos, sino únicamente por la rentabilidad y liquidez de su inversión en las acciones, consideradas como producto financiero. En este contexto, el consejo de administración podrá captar la representación de un elevado porcentaje del capital para sacar adelante sus propuestas en la junta general de accionistas⁹.

7. De ahí la obligación de publicar avances trimestrales de resultados y estados financieros semestrales impuesta a las sociedades cotizadas en virtud del artículo 35 de la Ley del Mercado de Valores. Asimismo, estas sociedades deben publicar un informe anual de gobierno corporativo y mantener constantemente actualizada la información sobre los órganos sociales y otras materias de gobierno corporativo en el apartado de «información para accionistas e inversores» de la web corporativa (arts. 116 y 117 *Ibidem*).

8. «Una de las premisas fundamentales sobre las que se basa el mercado para el control corporativo consiste en la existencia de una alta correlación entre la eficiencia de la gerencia y el precio de mercado de las acciones de la compañía. Cuando una empresa está mal dirigida –en el sentido de no obtener la rentabilidad que podría haberse conseguido con otro estilo directivo–, el precio de las acciones sufre una depreciación relativa respecto al de las acciones de otras compañías del mismo sector empresarial, o en relación al conjunto del mercado». MANNE, H., «El mercado de control corporativo», en PUTTERMAN, L. (coord.), *La naturaleza económica de la empresa*, p. 242.

9. Las sociedades cotizadas deben publicar el quórum de constitución de la junta general de accionistas en su informe anual de gobierno corporativo (apartado E.7) y en su página web (información para accionistas e inversores), especificando el porcentaje de acciones presentes y representadas. En cambio, no están obligadas a detallar el nivel de representación conferida al consejo para la junta general, que casi ninguna sociedad publica voluntariamente pese a tratarse de una señal inequívoca de confianza de los accionistas en los administradores.

Y en ausencia de un accionista mayoritario resultará determinante el apoyo de cualquier accionista relevante y estable. De ahí que el control de una sociedad cotizada no esté necesariamente vinculado a una participación mayoritaria¹⁰.

En este sentido, debemos diferenciar entre las sociedades cotizadas en las que existe una participación mayoritaria y las que carecen de ella, a fin de examinar el funcionamiento del mercado de control empresarial.

En un contexto de libre mercado, la adquisición de una *participación mayoritaria* preexistente siempre se realizará mediante la negociación de un acuerdo con el titular o titulares de dicha participación, a quienes corresponderá percibir en exclusiva la prima de control sobre el precio de cotización¹¹.

Por el contrario, en ausencia de una participación mayoritaria, la toma de control podrá realizarse, a elección del adquirente, bien a través de una negociación con el accionista o accionistas titulares de la actual *participación de control no mayoritaria*, o bien a través de una opa para la adquisición de una participación superior. Y ello sin perjuicio de que antes de lanzar la oferta, su promotor mantenga contactos con los principales accionistas de la sociedad afectada para que la operación llegue a buen fin¹².

En este contexto, la opa es la forma que tiene el adquirente de acceder a ese colectivo indeterminado de accionistas, que *posee el control pero no lo ejerce*. Así, es posible que el adquirente tome el control a través de una opa en contra de la voluntad del accionista o grupo de accionistas que ejercen el control¹³.

La necesidad práctica de recurrir a un instrumento como la opa se refuerza por el hecho de que ningún registro público incorpora la identidad y participación de

10. «En la gran sociedad anónima la masa la constituyen los accionistas/inversores, grupo invertido, consciente de que aisladamente no puede influir en la marcha de los asuntos sociales y cuya preocupación esencial es la cotización y el dividendo. A su lado encontramos el grupo de accionistas de control, con presencia en los órganos de administración, que no son necesariamente, ni mucho menos, titulares de la mayoría del capital, pero que detentan el poder de decisión». SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F., *El gobierno de la sociedad cotizada y su control*, p. 104.

11. «Para el adquirente el escenario más favorable es aquél en el que puede negociar exclusivamente con uno o varios accionistas y adquirir directamente el paquete de control, incluso pagando una prima sobre el precio bursátil». FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., «Las opas y el mercado de control empresarial: un balance de diez años de experiencia», en *Revista de Derecho Mercantil* núm. 227 (1998), p. 44.

12. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.*, p. 64 y ss.

13. «Desde que la opa hostil deviene en un evento posible, se convierte en uno de los elementos que condicionan el ejercicio del poder en la gran empresa capitalista. El directivo que ha accedido al poder a través de mecanismos internos, generados en la propia dinámica organizativa empresarial, ve cómo esta posición puede serle arrebatada desde una instancia externa.» TRIAS SAGNIER, M. «Inversores institucionales, OPAs y 'Corporate Governance'», en *Dossier: 'Corporate Governance', procesos de control y adquisición*, p. 14.

cada uno de ellos, información que la legislación solo exige mantener actualizada respecto de los administradores de las sociedades cotizadas. Por tanto, el adquirente no podría acceder a la información necesaria para dirigir una oferta *ad personam* a los titulares de un determinado porcentaje del capital, salvo que éstos se identifiquen voluntariamente¹⁴.

La normativa no puede ser indiferente ante la magnitud económica de la opa, que hace necesario un procedimiento que regule la formulación, aceptación y liquidación de la oferta en el mercado de valores. El funcionamiento del mercado de control justifica, por tanto, la regulación formal de la opa para la toma de control de las sociedades cotizadas, como alternativa a la negociación con el titular o titulares de la participación de control.

2.2. Límites al sistema de OPA obligatoria

Pero el hecho de que la opa pueda resultar, en determinadas circunstancias, un instrumento transaccional idóneo para adquirir una participación de control no justifica su obligatoriedad, que no deja de ser una severa limitación a la libertad de mercado.

Las acciones de la sociedad anónima son *esencialmente transmisibles* y cualquier limitación a la libre negociación de las mismas se admite con carácter restrictivo por la Ley de Sociedades Anónimas (cfr. art. 63.2 LSA). Nuestro ordenamiento jurídico simplemente establece el procedimiento que debe seguirse en una compraventa de acciones para que su transmisión resulte eficaz frente a la sociedad emisora, el cual presenta diferencias según las acciones estén representadas mediante títulos –nominativos o al portador– (art. 56 LSA) o mediante anotaciones en cuenta (arts. 60.1 LSA y 9 LMV). Es precisamente esta última forma de representación la que deben adoptar las acciones de una sociedad anónima cotizada (Disposición Adicional

14. La nueva redacción del artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores, reformado también por la Ley 6/2007, mantiene la obligación de los administradores de comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores su participación inicial y todas las operaciones que realicen sobre las acciones de la sociedad, de manera que la información sobre su participación en el capital deberá estar siempre actualizada. Sin embargo, dicha reforma no ha extendido la obligación de informar sobre cada operación a los titulares de participaciones significativas, que solo deben comunicar a la CNMV su participación cuando ésta alcance, supere o se reduzca por debajo de ciertos umbrales fijados reglamentariamente a partir del 3% de los derechos de voto. No obstante, en el supuesto –ciertamente probable– de que el accionista significativo hubiera propuesto la designación de alguno de sus directivos como consejero de la sociedad cotizada, deberá comunicar cada una de sus operaciones en su condición de persona con vínculo estrecho al consejero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3.d) del Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, que desarrolla la Ley del Mercado de Valores en materia de abuso de mercado (BOE 23 noviembre 2005, núm. 280).

1ª.5 LSA), porque su desmaterialización facilita una transmisibilidad rápida y masiva de las mismas en el mercado de valores.

Sin embargo, la libertad de contratación de acciones y cualesquiera otros valores admitidos a negociación en un mercado organizado está sometida a los requisitos formales impuestos por la Ley del Mercado de Valores, cuyo artículo 36 exige, según el caso, la intervención en la operación de un miembro del mercado o la notificación de la misma a los organismos rectores.

Dichas limitaciones a la libertad de contratación alcanzan su mayor expresión en el sistema de opa obligatoria, que de acuerdo con la nueva redacción del artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, deberá dirigir a todos los accionistas «quien alcance el control de una sociedad cotizada», lo que ciertamente no parece justificado desde el punto de vista del funcionamiento del mercado de control¹⁵. A continuación veremos otras posibles motivaciones.

A tenor de lo dispuesto en el preámbulo de la Ley de reforma, la finalidad del régimen de opas es, por un lado, fomentar un mercado de control empresarial eficiente y, por otro, *proteger los derechos de los accionistas minoritarios* de las sociedades cotizadas. En definitiva, su propósito es conciliar esos dos objetivos previstos en la normativa comunitaria.

En efecto, la opa permite distribuir equitativamente, entre el conjunto de los accionistas que acepten la oferta, el sobreprecio pagado por el adquirente respecto del valor de mercado de las acciones. Y esta distribución, que solo será plena en la medida en que la opa tenga por objeto la adquisición de la totalidad de las acciones, queda únicamente asegurada en el sistema de opa obligatoria.

Con todo, el sistema de opa obligatoria no parece justificado en la toma de control de sociedades cotizadas con una *participación mayoritaria* formalmente constituida. En tal caso, la opa no tiene sentido alguno desde el punto de vista del mercado de control, pues su éxito o fracaso dependerá de la sola voluntad del titular o titulares de la mayoría del capital, que no estarán dispuestos a compartir con los accionistas minoritarios la prima de control. Por tanto, el adquirente se vería obligado a sobrevalorar la contraprestación por encima de la prima de control, lo que supondría acometer una operación claramente antieconómica desde el punto de vista del mercado y dudosamente justificable desde la perspectiva de la protección del accionista minoritario¹⁶.

15. «Por su propia naturaleza, un sistema de OPA obligatoria desincentiva y entorpece el mercado de control empresarial». FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., *Op. cit.*, p. 38.

16. Según datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores al cierre del ejercicio 2006, «En 10 sociedades del IBEX (9 en 2005) existe alguna persona física o jurídica que posee la mayoría de los derechos de voto o que ejerce o puede ejercer el control. En otras 10 sociedades (7 en 2005), la suma de participaciones significativas declaradas, incluyendo los paquetes accionariales en poder del Consejo, supera el 50% del capital social, sin que exista ningún accionista que individualmente ejerza el control». *Informe Anual de Gobierno Corporativo de las compañías del IBEX-35 del ejercicio 2006*, p. 12 (disponible en www.cnmv.es).

De hecho, todo sistema que no permita transmitir una participación mayoritaria al margen del sistema de opas estará usurpando la prima de control a su legítimo titular, el accionista mayoritario. En su caso, éste habrá adquirido el control a cambio de una contraprestación superior al precio de mercado de las acciones. Sin embargo, el sistema le niega la posibilidad de recuperar su inversión al pretender que la prima de control se distribuya entre todos los accionistas, en proporción a sus respectivas participaciones.

Por estos motivos, parece que el sistema de opa obligatoria comporta una valoración negativa de la presencia de accionistas mayoritarios en las sociedades cotizadas. En última instancia, cuando se exige formular una opa por la totalidad del capital para adquirir una participación mayoritaria, se favorece que los accionistas minoritarios se retiren de la sociedad ante una toma de control. Y esta finalidad supone desvirtuar el control empresarial en consideración a otros intereses que deberían ser tutelados al margen del sistema de opas. Si lo que en realidad se pretende es reforzar la posición de los accionistas minoritarios en la sociedades cotizadas, el legislador no debería regular el funcionamiento del mercado de valores, sino de los órganos sociales.

Así las cosas, en ocasiones se evita la aplicación de la normativa de opas mediante negocios jurídicos tales como la fusión o el aumento de capital, en la medida en que permiten tomar el control de una sociedad cotizada sin incurrir en la obligación de formular una oferta pública de adquisición¹⁷.

3. La contribución del nuevo sistema de OPAS al control empresarial

La obligación de formular una oferta pública de adquisición corresponde, según el nuevo artículo 60.1 de la Ley del Mercado de Valores, a «quien alcance el control de una sociedad cotizada», que en tal caso deberá formularse por la totalidad de las acciones u otros valores que, directa o indirectamente, puedan dar derecho a su suscripción o adquisición, así como dirigirse a todos sus titulares por un precio equitativo.

El nuevo sistema de opas circunscribe, por tanto, la oferta obligatoria a los supuestos de adquisición del control y la configura como opa total y *a posteriori*.

Se abandona así el sistema de opa parcial, que no permite a todos los accionistas desprenderse íntegramente de su participación, lo que a su vez propicia la aceptación de primas de control tendencialmente escasas por el temor a una previsible depreciación de la acción tras la liquidación de la oferta¹⁸.

Asimismo, la introducción del modelo de opa *a posteriori* supone un indudable aumento de seguridad en la toma de control, que solo una vez producida habrá de

17. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Op. cit.* pp. 71 y 72.

18. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., *Op. cit.* p. 45.

completarse mediante la oferta para dar a todos los accionistas la oportunidad de participar en la prima de control. De esta forma, la opa no frena la toma de control negociada a título privado con uno o varios accionistas, lo que sin duda favorece el funcionamiento del mercado de control empresarial¹⁹.

Por otro lado, el hecho de que la oferta sea posterior a la toma de control podría duplicar los periodos de información privilegiada durante el proceso de adquisición. En el modelo de opa *a priori* únicamente había información privilegiada durante la preparación de la opa que precedía a la adquisición. Por el contrario, el modelo de opa *a posteriori* contempla la toma de control y la oferta como dos operaciones separadas, cada una de las cuales producirá información privilegiada antes de su formalización. A fin de evitar el uso indebido de esta información, parece imprescindible (i) que al producirse la toma de control se anticipe al mercado la máxima información posible sobre la oferta y, como garantía adicional, (ii) que entre la toma de control y la formulación de la oferta transcurra el menor tiempo posible.

Así, el artículo 16.2 del proyecto de Real Decreto de régimen jurídico de ofertas públicas de adquisición de valores prevé que quien se encuentre en un supuesto de toma de control deberá hacerlo público y difundirlo en los términos establecidos en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores, esto es, mediante comunicación de hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Por tanto, no será suficiente que el adquirente comunique la adquisición de una participación significativa en los términos del artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores. Adicionalmente, deberá realizar una comunicación de hecho relevante –en los términos que se establecerán mediante Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores– que debería servir para publicar la contraprestación de la oferta en ese preciso momento, a fin de evitar movimientos especulativos hasta su presentación. Por su parte, el artículo 17.2 del citado proyecto concede al adquirente un plazo de tres meses para la formulación de la oferta desde la publicación del hecho relevante²⁰.

Finalmente, la oferta deberá formularse por un «precio equitativo», que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley del Mercado de Valores será, como mínimo, igual al precio más elevado que el obligado a formular la oferta o las personas que actúen en concierto con él hubieran pagado por los mismos valores. A estos efectos, el artículo 9.1 del proyecto de Real Decreto señala como periodo de referencia los doce meses previos a la presentación de la oferta. En defecto de adquisicio-

19. Sin perjuicio de que el oferente pueda formular voluntariamente una opa *a priori* para adquirir la participación de control, en cuyo caso la oferta –que también deberá tener por objeto la totalidad de las acciones– ya no estará sometida a la regla del precio equitativo (art. 13 del proyecto de Real Decreto de opas).

20. El Real Decreto aprobado finalmente por el Consejo de Ministros ha reducido a un mes el plazo del que dispondrá el adquirente para presentar la oferta desde la toma de control. En todo caso, se trata de un plazo no preclusivo, toda vez que desde su vencimiento se prevé el devengo de intereses como mecanismo de corrección de la contraprestación (art. 9.5 *Ibidem*).

nes en ese plazo, se establece como criterio legal la cotización media ponderada de los valores durante el trimestre anterior al anuncio de la oferta (art. 9.3 *Ibidem*).

Sin embargo, la ley atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la facultad de modificar el precio tras la presentación de la oferta, remitiéndose al desarrollo reglamentario para determinar las circunstancias y criterios aplicables. En particular, el artículo 9.4 del proyecto de Real Decreto tipifica diversos supuestos, algunos de carácter objetivo y con entidad suficiente para justificar una corrección del precio, como por ejemplo (i) la apertura de un expediente sancionador en cuya virtud se determine que la cotización estaba manipulada en el periodo de referencia, (ii) el hecho de que el precio sea inferior al rango de cotización de los valores en el día de la adquisición determinante del precio y (iii) la existencia de adquisiciones realizadas por un importe superior durante el periodo de referencia.

Pero también se permite ejercer esta facultad al regulador en supuestos tales como «el pago de un dividendo, una operación societaria o algún acontecimiento extraordinario que permita realizar una corrección objetiva del precio equitativo», siempre y cuando estas circunstancias influyan en la cotización de los valores de la sociedad afectada en el periodo de referencia.

En definitiva, se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores una facultad discrecional que arrojará un importante elemento de incertidumbre sobre la contraprestación cuando concurren circunstancias de esta naturaleza. Evidentemente, cualquier acontecimiento anterior a la adquisición ya debió considerarse por el adquirente al consumir la toma de control, por lo que esta medida más bien parece concebida para sucesos posteriores a la adquisición, que podrían originarse tanto en el entorno regulatorio o económico del sector (p.ej. cambios regulatorios que afecten a la cuenta de resultados de la compañía) como en la propia sociedad afectada (p.ej. los acuerdos sociales expresamente mencionados en el proyecto). Podrá servir, por tanto, como salvaguarda del adquirente frente a las eventuales medidas de defensa que, al amparo de la nueva normativa, podrá promover el grupo de control, a las que nos referiremos más adelante.

3.1. La toma de control efectiva como supuesto de hecho

El hecho generador de la obligación de lanzar la opa es la toma de control de una sociedad cotizada. Por el contrario, la regulación anterior exigía la opa para la adquisición de lo que se denominaba una «participación significativa», operación que ahora quedará sometida únicamente a los requisitos de publicidad previstos en el artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores.

Incluso se prevé el mecanismo de la compraventa forzosa de acciones a fin de que el adquirente pueda consolidar su control para el supuesto de que el nivel de aceptación de la oferta alcance el 90% del capital con derecho de voto, en cuyo caso el oferente y cada uno de los titulares de los restantes valores podrán compelerse recíprocamente a su transmisión dentro de los tres meses siguientes a la liquidación de la oferta (artículos 60.4^{ter}.1 de la Ley del Mercado de Valores y 48.1 del proyecto de Real Decreto).

Asistimos, por tanto, a una modificación conceptual del sistema de opas, que se reservan así para las transmisiones que tengan por objeto no ya la influencia en la administración o gestión, sino el control de la sociedad, tal y como este control se define en la nueva regulación.

A estos efectos, el nuevo artículo 60.2 de la Ley del Mercado de Valores considera que tiene el control aquel individuo o grupo concertado que, directa o indirectamente, alcance (i) «un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por ciento», o bien (ii) «una participación inferior y designe, en los términos que se establezcan reglamentariamente, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad».

3.1.1. El umbral del 30% del capital con derecho de voto

Lo verdaderamente novedoso es que, por primera vez, el legislador cifra el control en un porcentaje no mayoritario del capital social con derecho de voto.

Ahora bien, el artículo 60.2 de la Ley del Mercado de Valores prevé que el referido porcentaje del 30% del capital con derecho de voto se aplicará exclusivamente «a los efectos del presente Capítulo», esto es, del capítulo referido a las ofertas públicas de adquisición. Por tanto, dicho porcentaje no afectará a la definición de grupo de sociedades del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, que se remite al criterio de mayoría de los derechos de voto previsto en el artículo 42.1 del Código de Comercio para todas las sociedades mercantiles.

Pero podría darse la paradoja de que el adquirente de una participación de control –en los términos del artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores– que estuviera por debajo de la mayoría del capital con derecho de voto, no fuera considerado accionista de control a efectos del artículo 4 de la misma Ley²¹.

La remisión al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores es una constante en el sector mercantil del ordenamiento jurídico y, en particular en la normativa de Derecho de Sociedades. Así, en la información pública sobre la estructura de propiedad de la sociedad afectada, el titular de un 30% no deberá identificarse como *socio de control*

21. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 d) *in initio* del Código de Comercio, la sociedad no se consideraría controlada por dicho adquirente hasta el transcurso de dos años desde que la mayoría de los administradores de aquélla hubieran sido designados *exclusivamente con los votos del adquirente*. Y esta circunstancia sencillamente no puede producirse en la junta general de accionistas de una sociedad cotizada, cuya práctica habitual –consagrada en numerosos estatutos y reglamentos internos– es utilizar el sistema de deducción negativa en el procedimiento de votación de las propuestas de acuerdo. En aplicación de este sistema, se considera que todas las acciones presentes y representadas –salvo aquellas que expresamente hayan hecho constar su voto en contra o abstención– votan a favor de las propuestas sobre asuntos comprendidos en el orden del día.

pese a haber *tomado el control* de la sociedad en los términos del artículo 60.1 de la Ley del Mercado de Valores.

Incluso el artículo 5.1.a) del proyecto de Real Decreto que desarrolla el régimen de opas, al regular el cómputo de los derechos de voto del adquirente, prevé que se atribuirán a una persona los porcentajes de voto que correspondan a las entidades del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

En definitiva, el legislador ha optado por romper la unidad conceptual del control societario, al establecer un umbral a los efectos del régimen de las ofertas públicas de adquisición distinto del previsto en la definición de grupo de sociedades de la misma Ley. Y se trata de una ruptura innecesaria, porque el nuevo artículo 60.2 podría haber integrado en el mismo supuesto de hecho tanto las tomas de control propiamente dichas en los términos del artículo 4 como la adquisición de un porcentaje igual o superior al 30% de los derechos de voto.

Aunque la diferencia con el anterior umbral del 25% sea muy escasa, sus consecuencias son radicalmente distintas, toda vez que la oferta ahora siempre deberá tener por objeto la totalidad de las acciones²².

3.1.2. La designación de la mayoría de consejeros

También se considera control la adquisición de una participación inferior al 30%, siempre y cuando el adquirente hubiera designado «más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad», supuesto que ya estaba presente en el anterior sistema de opas.

A estos efectos, dichos administradores deberán calificarse como dominicales, salvo que desarrollen funciones de alta dirección o sean empleados de cualquier compañía del grupo de la sociedad afectada, en cuyo caso les corresponderá la calificación de ejecutivos, de acuerdo con las definiciones vinculantes previstas en el Código Unificado de Buen Gobierno²³.

En este contexto, resulta especialmente sorprendente lo dispuesto en el artículo 6.c) del proyecto de Real Decreto, en cuya virtud se considerará que la designación de consejeros se realiza por el adquirente cuando el acuerdo de nombramiento se adopte con sus votos a favor²⁴.

22. El artículo 1.5 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, cifraba en el 25% del capital social el umbral mínimo para la obligación de formular una opa parcial por el 10% del capital. La opa total solo se requería para la adquisición del 50% del capital o de un porcentaje inferior que diera lugar a la designación de la mayoría de consejeros de la sociedad afectada (art. 1.6 *Ibidem*).

23. *Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, p. 38.

24. En su versión definitiva, el Real Decreto da un giro a la redacción de este artículo para limitar la presunción únicamente al caso de que *el acuerdo de nombramiento no se hubiese podido*

En línea con las recomendaciones de buen gobierno, no sería de extrañar que el adquirente estuviera interesado en promover la designación de consejeros independientes, en cuyo caso debemos diferenciar el nombramiento realizado *a propuesta del adquirente* del acordado con sus *votos a favor*. Y en este sentido, dicha presunción *iuris tantum* debería quedar enervada si dichos consejeros independientes fueran designados a propuesta y previo informe del comité de nombramientos.

3.2. La posición del núcleo de control de la sociedad afectada

El mercado de valores está llamado a ejercer su disciplina sobre la actuación de los accionistas significativos representados en el Consejo, administradores y directivos, que en su conjunto controlan la toma de decisiones de la sociedad afectada.

La reacción del grupo de control a favor o en contra de la oferta, que se materializa en el informe que debe presentar el consejo de administración de la sociedad afectada, ha dado lugar a la clasificación de las opas en amistosas y hostiles. Esta calificación dependerá, por supuesto, de la contraprestación de la oferta y también estará condicionada por el posible desarrollo de negociaciones durante la fase preparatoria de la toma de control.

A este respecto, el artículo 24.1 del proyecto de Real Decreto de opas prevé que deberá hacerse constar en dicho informe si algún miembro del consejo estuviera incurso en un conflicto de interés. En realidad, es indiscutible que cualquier administrador en tal situación estará incurso en conflicto, toda vez que su continuidad dependerá del resultado de la oferta. De ahí la importancia de extremar las cautelas sobre la actuación del administrador, sin perjuicio de respetar la gestión ordinaria dentro de los cauces trazados en el plan estratégico de la compañía.

La normativa de opas venía sometiendo a los administradores a la denominada regla de pasividad para evitar medidas de defensa específicas frente a una determinada oferta. No obstante, el grupo de control ha podido soslayar esta limitación mediante la utilización de medidas de defensa aplicables, con carácter general, frente a cualquier toma de control, amparadas por el Derecho de Sociedades y la normativa interna de la compañía.

A continuación veremos las posibilidades de actuación reconocidas al grupo de control en el nuevo sistema de opas, en lo relativo a las medidas de defensa específicas y generales frente a las opas.

3.2.1. La admisibilidad de medidas de defensa específicas contra la OPA

El artículo 14.1 del Real Decreto 1197/1991 establecía una limitación a la capacidad de actuación del Consejo de Administración de la sociedad afectada que se flexibiliza en la nueva normativa.

adoptar sin los votos a favor del adquirente. En la práctica, esta redacción tendrá los mismos efectos que la anterior para el adquirente que alcance una posición mayoritaria.

En su anterior formulación, esa «regla de pasividad» prohibía realizar o concertar operaciones que tuvieran por objeto principal perturbar el desarrollo de la oferta o que no fueran propias de la actividad ordinaria de la sociedad afectada. Estos conceptos jurídicos indeterminados debían interpretarse, en cada caso, a la vista del plan y las políticas estratégicas, así como de las operaciones habituales de la compañía.

Por el contrario, el nuevo artículo 60 bis.1 de la Ley del Mercado de Valores prevé la posibilidad de emprender cualquier actuación que pueda impedir el éxito de la oferta, siempre y cuando medie la previa autorización de la junta general de accionistas.

Con este fin, se reduce a quince días el plazo de un mes que deberá mediar entre la publicación del anuncio de convocatoria y la celebración de la junta general de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas. Además, se aclara que también será necesaria la habilitación de la junta general para completar la ejecución de decisiones previamente adoptadas que no se inscriban en el curso normal de actividades y cuya aplicación pueda frustrar el éxito de la oferta.

De estas disposiciones se desprende que no será suficiente la autorización genérica, sino que se requiere una autorización *ad hoc* por parte de la junta general para cada una de las operaciones susceptibles de obstaculizar la oferta. Nos lo confirma el proyecto de Real Decreto sobre el régimen aplicable a las ofertas públicas de adquisición, cuyo artículo 28.4 precisa (i) que la referida junta general «no podrá decidir sobre ningún otro asunto distinto a la autorización o confirmación de la actuación u operación», (ii) que su convocatoria deberá expresar claramente «las actuaciones para las que se solicita la autorización o confirmación», y (iii) que deberá ponerse a disposición de los accionistas un informe justificativo de los administradores sobre dichas actuaciones²⁵.

Con el apoyo expreso de los accionistas, la gestión de la sociedad no se verá afectada tras la presentación de la oferta y el consejo de administración podrá ejecutar operaciones enmarcadas en el plan estratégico tales como la emisión de nuevos valores, la venta de acciones propias o el reparto de cantidades a cuenta del dividendo, todo ello con la deseable seguridad jurídica.

Aunque el fin pretendido por el legislador sea favorecer que la sociedad continúe desarrollando normalmente sus actividades, en ningún caso podrá impedirse que el consejo de administración utilice también esta vía a su alcance para proponer a los accionistas otro tipo de operaciones, específicamente preparadas para defender la compañía frente a una oferta que se considere perjudicial para los accionistas. En tal caso, corresponderá a los administradores extremar el cumplimiento de su deber de lealtad a la hora de justificar su propuesta, que los accionistas serán libres de autorizar o rechazar.

25. El Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros ha flexibilizado las restricciones previstas en el proyecto, al permitir finalmente que la autorización de las medidas en cuestión pueda someterse a la junta general ordinaria, lo que sin duda está justificado por razones de economía.

Dada la trascendencia de estas operaciones para el futuro de la sociedad, la normativa prevé que la junta general de accionistas a la que se someta la autorización deberá cumplir los requisitos de constitución y, en su caso, de mayoría decisoria previstas en el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Asimismo, el nuevo sistema de opas admite expresamente la posibilidad de buscar ofertas alternativas sin necesidad de recabar la autorización de la junta general de accionistas, lo que constituye un mecanismo de defensa que, lejos de perjudicar el control empresarial, estimula la presentación de ofertas competidoras. Ahora bien, en este contexto resulta imprescindible que la normativa proteja adecuadamente al oferente inicial mediante la oportunidad de mejorar su oferta, tal y como prevé el artículo 45.6 del proyecto de Real Decreto.

3.2.2. La neutralización de medidas de defensa generales

A su vez, el nuevo artículo 60.ter de la Ley del Mercado de Valores se refiere a la posibilidad de dejar sin efecto dos medidas de defensa que, en su caso, pueden haberse adoptado con anterioridad a la oferta para su aplicación general en la sociedad afectada. Se trata de las restricciones a la libre transmisibilidad de valores que los accionistas pueden asumir en un pacto parasocial y de las restricciones al derecho de voto previstas en estatutos o en pactos parasociales.

La junta general de accionistas podrá adoptar, con arreglo a los requisitos anteriormente mencionados, el acuerdo de neutralizar dichas medidas en determinadas circunstancias específicamente previstas en la normativa, lo que en principio favorecerá el funcionamiento del mercado de control por reducir considerablemente la capacidad de bloqueo que correspondería al accionista de control no mayoritario.

Sin embargo, la sociedad se verá obligada a negociar con éste una compensación adecuada por la pérdida sufrida como consecuencia de las medidas de neutralización. Además, estas circunstancias no favorecerán necesariamente a los accionistas minoritarios, toda vez que la contraprestación de la oferta ya no incorporará estímulos para el titular o titulares de la participación de control. Así ocurrirá cuando se acuerde neutralizar la aplicación de dichas medidas en dos de las circunstancias previstas en la normativa, a saber, (i) durante la junta general a la que se sometan a autorización operaciones que puedan frustrar la oferta y (ii) durante el periodo de aceptación de la oferta.

En cambio, sí parece oportuno que las restricciones tanto a la transmisibilidad de las acciones como al derecho de voto se eliminen definitivamente tras la liquidación de la oferta, en la hipótesis –contemplada también entre las medidas de neutralización– de que el oferente alcance un porcentaje igual o superior al 75% del capital con derecho de voto.

A este respecto, llama la atención que el legislador no haya extendido esta posible neutralización a otros blindajes societarios, tales como el quórum reforzado de constitución y la mayoría cualificada de decisión de la junta general de accionistas,

así como la exigencia de antigüedad como accionista para acceder a la condición de consejero o de antigüedad como consejero para el cargo de presidente. Sin embargo, algunos de estos blindajes sí se contemplan en la Ley de reforma como información adicional que deberá incorporarse al informe de gestión, en virtud de lo dispuesto en el nuevo artículo 116.bis de la Ley del Mercado de Valores.

3.2.3. El principio de reciprocidad

Además de reconocer la posibilidad de autorizar determinadas operaciones capaces de frustrar la oferta, la nueva normativa llega a admitir la posibilidad de dispensar de limitación alguna a la actuación del consejo de administración, en aplicación del principio de reciprocidad para las ofertas transnacionales.

A estos efectos, el nuevo artículo 60 bis.2 de la Ley del Mercado de Valores prevé que la junta general de accionistas podrá conceder, con los requisitos del artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, una autorización genérica y dar así plena libertad de actuación al consejo de administración, con la condición de que la oferta pública de adquisición se formule por una sociedad que no tenga su domicilio en España y que no esté sometida a las mismas normas u otras equivalentes en la materia.

También al amparo del principio de reciprocidad, el nuevo artículo 60.ter.4 de la Ley del Mercado de Valores prevé la posibilidad de dejar sin efecto la neutralización de los blindajes societarios, mediante acuerdo de la junta general de accionistas, cuando la oferta se formule por una entidad o grupo que no hubiera adoptado medidas de neutralización semejantes.

La cuestión es si este principio de reciprocidad realmente pretende la creación de un campo de juego homogéneo entre los sistemas de opas o es más bien una medida proteccionista, es decir, una nueva medida de defensa promovida esta vez desde el propio sistema de opas, con la consiguiente pérdida de oportunidades para los accionistas²⁶.

Tales autorizaciones podrán otorgarse por la junta general de accionistas con anterioridad a la formulación de la oferta y, como máximo, dieciocho meses antes de su publicación, de acuerdo con los requisitos del artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas.

26. «Esta regla de reciprocidad es por tanto fruto del compromiso entre Estados para lograr la aprobación de la directiva y sólo puede entenderse desde la perspectiva de autoprotección de la economía y las empresas nacionales, puesto que, estrictamente hablando, el que la sociedad oferente no esté sujeta a la regla de pasividad o no aplique medidas de neutralización habría de resultar indiferente para la sociedad objetivo de la opa, en la medida en que no es ésta quien ha formulado la oferta». PAREDES GALEGO, C. «Reflexiones sobre la anunciada normativa de opas», en AA.VV. *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, p. 152.

4. Conclusiones

Entre las alternativas existentes para la toma de control de una sociedad, la oferta pública de adquisición –esto es, dirigida a todos y cada uno de los accionistas– es el único procedimiento que permite al adquirente acceder a un colectivo indeterminado de accionistas que posee el control pero no lo ejerce. Así, la opa hace posible adquirir una participación de control incluso contra la voluntad del grupo de control, cuando éste no está respaldado por una participación mayoritaria.

La dimensión económica de la opa hace imprescindible su regulación en el ámbito del mercado de valores, desde la perspectiva del adquirente y de los accionistas llamados a participar en la operación. Y, sin duda, el interés del socio minoritario logra una mayor protección a través del nuevo sistema de oferta obligatoria, total y *a posteriori*, consagrado en la normativa comunitaria e incorporado ahora al ordenamiento jurídico español mediante la reforma de la Ley del Mercado de Valores.

Sin embargo, en el supuesto de que exista un socio mayoritario –al que, por definición, correspondería percibir en exclusiva la prima de control– sería deseable que el legislador exceptuara la obligación de formular una opa, que en tal caso daría lugar a una operación claramente antieconómica desde el punto de vista del mercado y dudosamente justificable desde la perspectiva de la protección del accionista minoritario.

Por lo que se refiere al grupo de control, el conflicto en que este colectivo incurre con motivo de una opa no debe impedir el desarrollo de la gestión ordinaria, la supervisión e incluso la defensa activa del interés social ante una oferta perjudicial para la compañía. Se supera así la regla de pasividad en la conducta de los administradores de la sociedad afectada, cuya actuación siempre estará sometida a los deberes de diligencia y lealtad. En este sentido, las medidas anti-opa deberán adoptarse por la junta general de accionistas y sin la intervención de los administradores, de acuerdo con las reglas aplicables en todo conflicto de esta naturaleza, en virtud del artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores.

Ahora bien, la oposición activa del grupo de control podrá estimular el ejercicio de acciones judiciales por parte del oferente contra las medidas anti-opa, lo que supondría atribuir a los tribunales un protagonismo hasta ahora desconocido y de consecuencias impredecibles en las grandes operaciones corporativas de nuestro país.

Finalmente, esta reforma no está llamada a reducir las potestades de la administración pública en los sectores regulados, que en todo caso deberán ejercitarse bajo la tutela de un ordenamiento jurídico integrado tanto por el Derecho nacional como por el comunitario. Ningún sistema de opas podrá favorecer a los accionistas si no se suprimen definitivamente las restricciones al intercambio de acciones levantadas en defensa de un mal entendido interés nacional, contrarias no solo al principio de libre circulación de capitales en la Unión Europea sino también a la esencia misma del mercado de valores.

SOCIEDADES MERCANTILES EN LA ENCRUCIJADA DEL DERECHO PRIVADO Y DEL DERECHO PÚBLICO. ANÁLISIS DE DOS CASOS: INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS OPAS Y EMPRESAS PÚBLICAS CON FORMA DE SOCIEDAD MERCANTIL

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Profesor Encargado de Derecho Administrativo y de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Abogado del Estado y Notario

SUMARIO

1. Introducción	163
2. Los límites de la interferencia administrativa en un proceso de OPA	163
3. Reflexiones y comentarios sobre el régimen de la empresa pública en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas	191

1. Introducción

La filiación puede ser un *estado* monoparental, pero –al margen los avances de la biotecnología– no es un *suceso* monoparental. Ocurre lo mismo con algunas instituciones: no pueden ser aprehendidas con la visión de un único ojo, es decir, con la que proporciona una sola de las ramas en que convencionalmente se desagrega el Derecho. La «mirada a dos ojos» da profundidad a la visión y permite advertir las dimensiones todas del objeto. Cuando una pluralidad de focos se proyecta sobre «la cosa», ésta se revela en su integridad. Hay instituciones, en suma, que sólo pueden ser interpretadas si se las asedia desde todas las perspectivas jurídicas. Otras veces el ordenamiento lanza sus haces normativos desde diversos ángulos, y convergen sobre la misma realidad de forma tal que se producen incoherencias, contradicciones, etc., y se hace entonces preciso, u optar por la superioridad de uno de los subordinamientos (que desplazaría así al discrepante), o armonizarlos con el propósito de procurar la mayor eficacia en la aplicación de cada uno de ellos.

Algo de lo dicho acontece en los dos casos que se van a analizar en este trabajo: primero, la interferencia de la Administración en una OPA, aduciendo motivos de interés público (nacional, más exactamente); segundo, el régimen de las sociedades mercantiles de capital público, del que interesa destacar hasta qué punto se modula o excepciona el régimen jurídico-privado común regulador de tales sociedades cuando se hace presente en ellas (con participación típicamente cualificada) el sector público.

2. Los límites de la interferencia administrativa en un proceso de OPA

2.1. Posición de los accionistas de la sociedad objetivo en las OPAs

Se ha venido admitiendo que un principio inspirador de la regulación de las OPAs es atribuir al accionariado de la sociedad objetivo la soberanía de la decisión. Hay en

esta afirmación algo que recuerda a la mística de los procesos electorales regulados por las leyes políticas: «un minuto de soberanía para el pueblo», como un instante de decisión para el accionariado. El socio, en definitiva, opta en la OPA (hostil) por apoyar a los actuales administradores o por darles un voto de castigo. Además, toma una decisión de inversión pura y dura: deshace su cartera (cede sus acciones al «opante»), o se mantiene dentro de la compañía.

Un reflejo liberal (y aquí se utiliza el adjetivo en su dimensión más digna) impulsa a respetar y a defender la libertad de decisión de ese socio, acaso tentado por una suculenta oferta del opante. Una eventual intervención prohibitiva, o condicionante, de los poderes públicos, compromete esa libertad de decisión del socio.

De las OPAs lanzadas por GAS NATURAL, S.A. y por E.ON «sobre» ENDESA, mucho se ha escrito, a diversas escalas, incluso en el plano mediático (y, dentro de éste, con frecuencia ha prevalecido un cierto estilo morboso). En este trabajo nos hemos propuesto emprender un breve y elemental análisis crítico de la Resolución de 27 de julio de 2006 de la Comisión Nacional de Energía, porque nos parece un paradigma de la cuestión que nos interesa: sociedades, posición de los accionistas e intervención del poder público. Repárese en que no enfrentamos, propiamente, un asunto de libertad de empresa (lo que ha sido tratado exhaustivamente en diversas ocasiones por los estudiosos), sino de defensa del *status* del inversor y accionista, de su libertad de decidir, frente a las ingerencias administrativas.

El asunto ENDESA constituye un buen referente para nuestro propósito. Ni qué decir tiene que no nos interesa el caso por las anécdotas, más o menos explosivas, que ha ido desencadenando. Nos importa por la ocasión que ofrece para, remontando sus elementos más contingentes y abstrayéndonos de sus concretas circunstancias, tratar de construir un criterio valorativo que sirva, dejadas atrás las urgencias del momento, para formar un criterio sereno y fundado a fin de encarar nuevos episodios de signo semejante que sin duda van a presentarse en el futuro. Y quizás, dicho lo dicho, no sería preciso hacer la advertencia que a continuación se expresa: que trataremos de evitar, en la medida en que no resulte estrictamente necesario para nuestros fines, parar nuestra atención en lo más noticiable o efímero del caso ENDESA.

Una segunda prevención parece oportuno formular en esta fase introductoria y es ella (a nadie se le podía escapar) que, como muchas veces en la vida, emerge y se hace sólo visible la punta del iceberg. La realidad sumergida, la verdadera historia, sólo suele ser conocida, y con frecuencia ni siquiera de forma completa, por unos pocos introducidos. Hay, en el fondo, mucho de intriga y de conjura palaciega, de «maquiavelismo» florentino. Desde fuera puede barruntarse, puede intuirse el bulis del negocio, pero la intuición es, con frecuencia, la bancarrota de la ciencia. Sin embargo, sí hay algo de lo que se puede estar seguro: que en las OPAs pocas veces las cosas son como parecen, y casi nunca como las presentan los directamente implicados en ellas. O, al menos, las razones altruistas que comunican para recomendar posicionamientos (de los accionistas de la sociedad opada u objetivo), encubren intereses menos confesables. Cuando el órgano de administración de la sociedad objetivo trata de galvanizar a los accionistas moviéndolos a la defensa numantina es posible que lo que realmente esté pretendiendo es mantener su propia posición

de poder y privilegio (lo que no quita para que reflejamente consiga un trato más beneficioso, un precio más elevado para los socios); cuando el poder público interfiere aduciendo razones superiores, acaso esta invocación constituye una pantalla q oculta otros designios menos presentables. Del control de la realidad de estos intereses «tapados», cuando los alega la Administración para invitarse al proceso, va precisamente este trabajo.

2.2. Las OPAs de GAS NATURAL y de E.On sobre ENDESA

2.2.1. A modo de precedente próximo.

Un sector eléctrico en efervescencia

Algo venía moviéndose en el sector energético español. En marzo de 2003 el Servicio de Estudios del BBVA se refería a la OPA no solicitada (este eufemismo se repitió en la expresión escrita; la comunicación verbal fue más castiza y descriptiva) lanzada por GAS NATURAL sobre IBERDROLA. Después de realizar un análisis comparativo con las condiciones impuestas por el Gobierno español a la fallida fusión ENDESA-IBERDROLA, concluía el análisis que constituía una operación mejor planteada de lo que parecía: tenía poderoso sentido industrial. Pero añadía que era importante incorporar al proyecto al equipo gestor de ID, esto es, reconducir la OPA no solicitada hacia una OPA negociada.

2.2.2. El desencadenante inmediato

Nueve de la noche del 5 de septiembre de 2005. GAS NATURAL registra en la CNMV el folleto de su OPA de acciones por el 100 % de ENDESA. La prima es del 14 %. La compañía gasista ofrece 0,569 acciones nuevas de GAS NATURAL más 7,34 euros por cada acción de ENDESA (equivalente a 21,30 euros al precio de cierre al 2 de septiembre), condicionado a la aceptación del 75 % del capital de la eléctrica, lo que le supondría una inversión de 22.549 millones de euros, además de una liquidez adicional por la proyectada venta de activos de ENDESA a IBERDROLA.

2.2.3. Algunas vicisitudes posteriores

Lo que sigue es bien sabido: el Presidente de ENDESA blandiendo la Constitución ante las cámaras de TV; el Gobierno y la oposición a la gresca; otros guardando silencio; PEDRO J RAMÍREZ escribiendo el artículo «*Un murciélago en el café*» para afear al Ministro Montilla la manipulación del Decreto-Ley que modificó «in extremis» las funciones de la Comisión Nacional de Energía, ... Y, además de todo eso, el caballero blanco (?) que sale a escena para salvar a ENDESA: el gigante alemán E.On.

El 21 de febrero de 2006 el Consejo de Administración de ENDESA hacía público un comunicado en el que manifestaba que sí, que había mantenido conversaciones con otras empresas interesadas en el proceso de la OPA lanzada por GN; que entre ellas se encontraba E.On, aunque no se había llegado a formalizar compromiso alguno con

ella; que la oferta de E.ON presentaba la ventaja de que se formulaba en dinero, lo que permitía al accionista de ENDESA contar con un precio perfectamente determinado y preciso; que ese precio mejoraba claramente la contraprestación ofrecida por GN, pero que aún no era suficiente: no reflejaba adecuadamente el valor real de ENDESA; y que también era de valorar positivamente que la operación propuesta por E.On mantuviera en su integridad el proyecto industrial de ENDESA, sin venta de activos.

2.2.4. Importancia de la operación: su dimensión económica

Para dar una idea de la importancia de la operación promovida por GAS NATURAL cabe retener que ha sido, de las 30 fusiones y adquisiciones más importantes que se iniciaron en Europa en 2005, la que representaba una inversión mayor. Muy superior a la segunda más grande. En relación a ésta se hallaba en la proporción, por el precio total ofrecido, de más de 5 a 2.

Otra consideración del mismo orden: de prosperar la OPA lanzada por E.On se constituiría el primer grupo empresarial del mundo en el sector del gas y la electricidad.

2.2.5. Intervención de los poderes públicos

El 18 de marzo un diario español titulaba un artículo «España desoye el ultimátum de la CE para explicar las leyes anti E.On. El Gobierno mandará *«cuando pueda»* la información que pide Bruselas».

Sólo cuatro días después la Juez titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid ordenó suspender de forma cautelar la OPA, así como el acuerdo de venta de activos de GAS NATURAL a IBERDROLA. La medida estaba condicionada a que ENDESA depositara un aval de 1.000 millones de euros en 10 días, el más alto de la historia, para cubrir posibles perjuicios en caso de que fuera desestimada la demanda. Fundamento de la medida cautelar: el acuerdo que facilitaba a GN la financiación necesaria para la OPA presentaba indicios de ser concertado y, en este sentido, falseaba la competencia empresarial, esto es, contradecía el artículo 81 del Tratado de la UE.

Otro titular de prensa del mismo día decía: «la Comisión Europea observa con serios recelos los cambios legales aprobados por el Gobierno español para torpedear la OPA del gigante alemán E.On sobre ENDESA». Y luego, en el desarrollo, explicaba que el Gobierno había dado sobradas muestras de ese propósito desde que el Consejo de Ministros reforzó por Decreto-Ley los poderes de la Comisión Nacional de Energía (CNE) para permitirle analizar esta operación e, incluso, vetarla.

2.3. «Excursus» sobre las OPAs: algunas reflexiones sobre las circunstancias que concurren en ellas

2.3.1. Las OPAs: un fenómeno que se presenta en oleadas

Un editorial de *«The Economist»* del 19 de febrero de 2004, titulado *«¿Quién gana al final?»* recordaba que un estudio reciente firmado por tres economistas había pues-

to de manifiesto que en EEUU, durante el periodo 1998-2001, los accionistas de las sociedades compradoras-OPANTES habían experimentado una pérdida del valor de sus carteras como no ocurría desde hacía años. Sucedió que la mayoría de los vendedores habían sido pagados con acciones emitidas por las propias sociedades compradoras. No ha sido ésta la tónica histórica: antes ganaban todos: algo los socios de las OPANTES, pero, sobretudo, los socios de las OPADAS que entregaban sus acciones al aceptar la OPA.

Las OPAs frecuentemente se producen en oleadas. En un también reciente estudio de JOVANOVIC y de ROSSEAU¹ se hace la siguiente periodificación: oleada de OPAs para formar monopolios, que se produjo hacia finales del s. XIX; oleada para conseguir economías de escala, en los felices 20; década de OPAs por codicia en los 80; y oleada de la globalización, que comienza a finales de los 90.

Los ciclos de las OPAs a menudo coinciden con revoluciones tecnológicas, añaden los dos economistas citados: la electrificación en los 20, o Internet en nuestros días. Esto puede deberse a que, a pesar de que los adquirentes pagan sobrepresos (el precio del control), aún tienen margen para crear valor con su gestión. Aprovechan las oportunidades que emergen cuando los cambios tecnológicos.

Pero las OPAs también tienden a proliferar cuando se producen picos bursátiles, cuando las cotizaciones están altas, a veces sobrevaloradas. La reciente eclosión de las OPAs coincide, preocupantemente, con el regreso de los precios de las acciones a niveles que parecen irracionalmente exhuberantes.

2.3.2. El precio en las OPAs

No hay más estrategia eficaz para ganar una OPA que la composición del precio y el recorrido futuro de la acción. La plusvalía o el beneficio que obtengan los accionistas por la venta, sobre todo los grandes fondos de inversión que dominan el capital, es lo verdaderamente determinante. Lo demás son aspectos secundarios.

Con frecuencia suelen ser los inversores institucionales los que deciden el futuro de una OPA. Y lo hacen en base a análisis técnicos de inversión en los que manda la política de inversión del Fondo: su vocación de permanencia o de rentabilidad preestablecida. Si los grandes inversores institucionales no prestan su apoyo, la OPA no prosperará. En el caso de GAS NATURAL los Fondos que vendieran sus «endesas» no sólo tendrían que reinvertir su liquidez, sino que, como la oferta era en parte en acciones de la propia GN, habrían de «mover cartera» (es decir, pasar del sector eléctrico al gasista, para ajustar las «ponderaciones» de inversión por sectores), lo que siempre choca con factores de inercia. Un mercado bursátil alcista se come la prima de control muy rápidamente y el precio por acción puede parecer insuficiente a los accionistas de referencia. Por eso, en ocasiones, un precio contundente asegura la

1. JOVANOVIC, B. y ROUSSEAU, P.L., «The Q.Theory of Mergers». American Economic Review, may 2002, págs. 198-204. De los mismos autores, en Internet, «Mergers as Reallocation».

compra de la compañía opada porque elimina futuros competidores. La prima de control funciona como el mejor incentivo en la puja. En las últimas OPAs (hostiles y amistosas) realizadas en los parques españoles, la prima media fue de un 20 % respecto a la cotización en ese momento en la Bolsa.

Por lo tanto, lo que tiene que mirar con detenimiento el OPANTE es si cuenta con suficientes recursos para pagar y rentabilizar la OPA. A estos efectos hay que tener en cuenta que los gastos de asesoramiento, tramitación y formalización de la OPA suelen estar en torno al 2 % de la inversión.

El precio se puede pagar de dos maneras: en dinero o en valores. Si se paga en efectivo suele ser porque se aprovecha la tesorería y el pulmón financiero del grupo opado. En el caso de que éstos no sean suficientes, lo normal es que se pague por vía de canje de acciones mediante ampliación de capital. Dicho de otra manera, se trata de financiar la OPA con «papel» o vía préstamos millonarios en una coyuntura de bajos tipos de interés. En el caso de la propuesta inicial de GAS NATURAL, por ejemplo, ésta financiaba la OPA con la capacidad de endeudamiento de ENDESA y el pago de dividendos ya aprobados o futuros de la eléctrica, además de con la entrega de acciones propias de Gas Natural.

2.3.3. Las OPAS y la patria

En el «*Financial Times*» de 7 de febrero de 2006 se publicaba un artículo de fondo-editorial: «EL EXAMEN DE LAS OPAS EXTRANJERAS ES PRUDENCIA, NO PROTECCIONISMO». Se refería a las palabras de ALAN JOHNSON, Secretario de Industria británico, atacando lo que él denomina *proteccionismo*. El contexto era la oposición política de París y Luxemburgo a la OPA de MITTAL STEEL sobre ARCELOR.

Recordaba el editorial cómo los países anglosajones (EEUU, Reino Unido, Nueva Zelanda) no ponen en general las barreras que otros sí levantan a las adquisiciones de empresas nacionales por inversores foráneos: la emblemática Rolls Royce ha sido comprada por alemanes; Harrods por los egipcios; y el Manchester United por un americano. Los argumentos estratégicos en contra de estas adquisiciones son espúreos. ¿Podrían los franceses resolver un conflicto con R.U. dando orden a London Electricity, hoy filial de Electricité de France, de cortar el suministro al número 10 de Downing Street? Las empresas de energía en manos enemigas, en caso de conflicto bélico han sido rápidamente incautadas.

Sin embargo, añadía el artículo, hay importantes razones para mantener «en casa» la propiedad y el control de ciertas compañías. Los fans del Manchester United piensan que el club no es de Malcolm Glazer, sino de ellos; y están en lo cierto. Los compradores ingleses que han dado la espalda a Harrods están renunciando a algo que les concierne y no les es ajeno.

Es difícil estar seguro de la competencia y de la capacidad de quienes gestionan empresas con proyección pública. Tanto más difícil cuando son nacionales de países en que los estándares de capacidad y de honestidad no son muy exigentes, y aún peor cuando el origen del dinero que compra las empresas es opaco. Los hinchas

del Chelsea no muestran preocupación por la largueza, la dadivosidad que ha permitido encumbrar al club en la liga de fútbol. Pero los Gobiernos que valoran la transparencia sí deberían tenerla.

La principal razón para recomendar el examen riguroso de las adquisiciones de empresas por extranjeros tiene que ver con lo que sucede en las cúpulas dirigentes de dichas empresas. Sobre la Dirección se ejercen de hecho influencias y presiones políticas. Aunque los negocios son muchas veces multinacionales, las compañías que participan en ellos retienen una nacionalidad identificable. Cuando el Secretario de Industria inglés, ALAN JOHNSON, se refería a la oposición de Francia y Bélgica a la compra de ARCELOR por MITTAL STEEL, hay que tener en cuenta que el presidente de ésta no es inglés, pero vive en la casa más cara de Londres y son bien conocidas sus estrechas conexiones con el Gobierno británico.

El artículo concluía con una advertencia aguda: «*Cuando escuchen una manifestación pública de las virtudes del mercado abierto, hay generalmente política detrás de ello*»².

2. Poco después, el mismo «*Financial Times*» editorializaba en 12 de marzo de 2006, bajo el rótulo «REINO UNIDO Ltd. en venta»:

«Una por una, grandes compañías británicas están sucumbiendo a ofertas de compra formuladas desde el extranjero; esta oleada de adquisiciones es más bien síntoma de alegría que de agonía, porque se están pagando suculentas primas por los activos británicos pretendidos: a los accionistas se les ofrece bastante más que lo que el mercado dice que valen sus acciones. Algunos atribuyen esas generosas ofertas al tratamiento fiscal que a los compradores dan las leyes tributarias de sus respectivos países, las cuales permiten deducir de su factura fiscal el fondo de comercio que surge en una adquisición; otros la atribuyen a la huida de los Fondos de Pensiones británicos del mercado de renta variable para refugiarse en los bonos, lo que ha hecho bajar la cotización bursátil en Bolsa de las acciones ¿Y qué? ¿Acaso es malo que vengan otros a pujar por esas acciones abandonadas? Además, hay estudios que demuestran que los extranjeros gestionan con frecuencia mejor las empresas inglesas que los propios ingleses. Y todo ello no ha hecho perder a Londres su papel de plaza financiera de referencia, al contrario: la ha potenciado aún más. Gran Bretaña siempre ha abierto sus fronteras a la inversión extranjera y ha prosperado gracias a ello; seguirá siendo un buen lugar para hacer negocios mientras siga siendo una economía flexible y abierta. A los accionistas que venden a quien lanza una OPA siempre les quedará un dinero al que poder dar un buen empleo. Es suyo el derecho de conservar o desprenderse de las acciones.

Mucho se ha editorializado en la prensa especializada inglesa sobre las OPAs extranjeras y el nacionalismo económico en los últimos tiempos. En *The Economist* del 2 de marzo de 2006 se concluía: «lo que está en juego, en definitiva, es la habilidad de los gobiernos y de los políticos de ejercer patronazgo y favorecer a las empresas para que ayuden a sus amigos, para obtener favores, para apoyar intereses tales como los sindicales y, en otros términos, para aparecer como patriotas. No se ayuda a los consumidores, los niveles de vida no se elevan, las naciones en cuanto tal no reciben ventajas. Pero la élite política y empresarial pudiera ser que sí. Por eso es de recordar *aquello que dijo SAMUEL JOHNSON*: «el patriotismo es el último refugio de los canallas». Esta frase no es justa si nos referimos a los verdaderos patriotas, pero podría ser un comentario plenamente válido para los políticos que hoy hacen escándalo de las OPAs extranjeras que se producen en sus países, levantando la bandera de los «intereses nacionales». «*Lo cierto –concluye el editorial– es que no están defendiendo los intereses nacionales. En absoluto. Están defendiendo sus intereses personales, y a veces los de sus compinches.*»

2.3.4. La importancia de la comunicación en las OPAs

Muy brevemente, cabe decir que la labor de comunicación es una condición necesaria para que la OPA hostil tenga alguna posibilidad de éxito. Comunicación eficaz a los accionistas de referencia, a los analistas y, en definitiva, al mercado financiero. La estrategia es convencer, convencer, convencer. Así, se montan los «road shows». ENDESA, por ejemplo, puso en marcha una gira contraofensiva por EEUU en octubre del 2005. Y la compañía opante suele responder con tácticas más agresivas: atacando la gestión del consejo de administración; prometiendo mayores dividendos e incrementos de valor de la acción si se le abre el acceso a la gestión; comparando los resultados actuales de la OPA con los más favorables de otras empresas del sector. Pero –aviso para navegantes–, han de justificar bien sus promesas antes de prestarles crédito, y explicar que los beneficios procederán de una fuente legítima.

2.3.5. Blindaje societario y sobreprecio en las OPAs

Aunque las medidas de blindaje no están bien vistas en Europa, donde se argumenta que van contra el buen gobierno corporativo, analistas americanos abogan porque los estatutos las prevean, pues obligan al opante a incrementar el precio que oferta en la OPA para la toma de control, lo que favorece al patrimonio del accionista.

2.3.6. Ventajas de las OPAs para los accionistas

Estudios recientes sugieren que las OPAs enriquecen a los accionistas en mayor medida que lo que se había venido creyendo. Ocurre, simplemente, que los análisis hasta ahora realizados podían resultar defectuosos. HIRSHLEIFER³, empleando métodos más rigurosos y estudiando las *mergers* (OPAs) en América para el período 1962-2001, concluye que el incremento de valor que han reportado a los accionistas ha sido más de un 40 % superior al que hasta ahora se había estimado.

Los estudios más fundados llegan a dos importantes conclusiones: primera, que la ganancia para los accionistas ha sido el doble cuando había más de un OPANTE; y segunda: la creación de valor añadido ha sido superior cuando los adquirentes-opantes se movían en el mismo sector de actividad que en otro sector diverso. Por lo tanto, cuando un Presidente sale a la caza de otras compañías, no debería alejarse mucho de su territorio. Y si supiera que es el único cazador al acecho de una pieza determinada, tal vez debería preguntarse por qué es así, por qué no hay otros cazadores⁴.

3. HIRSHLEIFER, D., «Mergers and Acquisitions: Strategic and Informational Issues». Handbooks in Operations Research and Management Science, vol. 9: Finance, 1995. R.A. Jarrow, V. Maksimovic & W.T. Ziemba, eds. Págs. 839-885.

4. APARICIO ROQUEIRO, Carlos L., «Regulación de las OPA: teoría económica, regulación europea y ofertas sobre empresas españolas», monografía nº 20, febrero 2007, www.cnmv.es, págs. 65 y 66, llega a las siguientes conclusiones: «Una recomendación clara es que se debe incentivar al

Sea como fuere, las OPAs siempre regresan. Y, sino, ahí está el reciente *boom* de OPAs. En otro editorial de «The Economist» (15 noviembre de 2006), «UN TRIUNFO DE LA ESPERANZA –DE LA ILUSIÓN– SOBRE LA EXPERIENCIA», se concluye que los muchos escarmientos que han deparado las OPAs en el pasado no han sido suficientes para disuadir a los intrépidos. Los optimistas son inmunes a la realidad y desoyen las advertencias de la experiencia. Si los inversores leyeran cuánto valor pueden llegar a destruir las OPAs (una buena referencia por donde empezar a enterarse puede ser el estudio de DENNIS MUELLER); si fueran conscientes de cuánta ruina pueden traer algunos matrimonios empresariales, se lo pensarían dos veces antes de lanzarse a cortejar a una dama corporativa.

2.4. La intervención de la Comisión Nacional de Energía en el marco de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo

2.4.1. La Comisión Nacional de Energía. Referencia a sus funciones

La Comisión Nacional de Energía es el ente regulador de los sistemas energéticos en España, y está regulada por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por un Reglamento de 1999 para su desarrollo. Sus objetivos consisten en velar por la competencia efectiva de los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores. A estos efectos se entiende por sistemas energéticos el mercado eléctrico, así como los mercados de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos.

Para el cumplimiento de los objetivos referidos le han sido atribuidas a la CNE amplias funciones, además de actuar como órgano consultivo en materia energética tanto de la Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas. Todas estas funciones pueden ordenarse del siguiente modo: 1) normativas (dictar Circulares en desarrollo de disposiciones reglamentarias emanadas del Mi-

máximo la competencia entre los posibles oferentes. La razón de ello es que la lucha entre varios candidatos al control de la empresa maximizará la rentabilidad para el accionista minoritario. Para lograrlo, es necesario utilizar subastas al primer precio que, aunque no aseguran la eficiencia del resultado, hacen más probable que surjan competidores...» Y añade que, del análisis que él ha realizado para el mercado español a partir de 1999, «ha sido posible obtener una serie de conclusiones que son estadísticamente significativas... Se puede destacar que: (i) las OPAs, de cualquier tipo, generan una rentabilidad positiva extraordinaria para el minoritario; (ii) antes de que se produzca el anuncio de la operación, los precios de las acciones de la empresa objetivo suben significativamente; (iii) la rentabilidad media tras la publicación de los resultados es positiva, aunque no significativa estadísticamente; (iv) en términos de rentabilidad para el minoritario, no es posible distinguir entre las OPAs parciales y las totales; y (v) cuando hay OPAs competidoras, la rentabilidad para el minoritario se dobla, siendo esta diferencia estadísticamente significativa» [subrayado nuestro].

nisterio a que está adscrita); 2) de propuesta e informe (en la elaboración de disposiciones generales en su ámbito material, en la planificación energética y en materia de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas); 3) consultivas (informe preceptivo en expedientes de autorización de instalaciones energéticas cuando son competencia de la AGE, en operaciones de concentración de empresas o toma de control de una o varias empresas energéticas en determinados supuestos; en ciertos casos de expedientes sancionadores); 4) ejecutivas (realiza las liquidaciones de algunos costes del sistema eléctrico, determina los sujetos a cuya actividad sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios y propone las medidas a adoptar, incoa e instruye expedientes sancionadores, autoriza las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en sociedades que realicen actividades de naturaleza mercantil y viceversa); 5) de defensa de la libre competencia; 6) de resolución de conflictos (en contratos relativos al acceso a las redes de transporte y, en su caso, sobre distribución; en conflictos relativos a la gestión del sistema; arbitraje en conflictos entre operadores o de éstos con consumidores cualificados); y 7) amplias tareas inspectoras, ya reglamentadas, ya cuando considere la CNE necesaria la inspección con el fin de confirmar la veracidad de la información que en cumplimiento de sus Circulares le sea aportada.

A los efectos de este trabajo interesa retener la función conocida y citada en todos los medios como *Decimocuarta o 14*. Esta atribución es precisamente la que pone en juego, es decir, en la que funda su determinación final, la Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 cuando se pronuncia sobre la propuesta que lanza E.On para la toma de control de ENDESA. Cabe añadir –aunque el dato sea suficientemente conocido– que la función 14 fue rediseñada, en sentido expansivo, por Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero. Esta norma de urgencia, bien se ve, se dictó «oportunistamente», estando ya en marcha el proceso de la OPA, circunstancia que induce a sospechar que constituye una ley de caso único, o una ley para «el» caso⁵.

5. En su redacción hasta entonces vigente, decía la LSH al definir esta función Decimocuarta que consistía en «*autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales puedan realizarse las mencionadas operaciones*».

Interesa añadir que la función atribuida a la CNE que inmediatamente sigue a la anterior, la decimoquinta, consiste en *informar* preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando tales operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia.

Repárese en la diferente «calidad» o naturaleza de las dos funciones: la primera es decisoria (autorizar o no); la segunda es consultiva (informar). Y qué duda cabe de que el supuesto E.On-ENDESA es perfectamente reconducible a la función Decimoquinta. Y conviene subrayar esta circunstancia porque al final de este trabajo se apuntan unas conclusiones que guar-

dan estrecha relación con ella, pues allí se abogará por reordenar el procedimiento y primar en este tipo de casos las competencias asesoras de la CNE, desplazando a las decisorias.

La redefinición de la función 14 por el RDL 4/2006, inmediatamente operativa (como se especifica en su Disposición Transitoria Única y como cumple a la naturaleza de Decreto-Ley), se justifica en la exposición que precede a la parte dispositiva en dos razones, de las que interesa retener la que se invoca en primer lugar: en la norma precedente «*no se contemplan todos los intereses cuya protección por los poderes públicos parece conveniente*». Y dice así ahora el texto legal:

«*Decimocuarta.*

1. Autorizar la adquisición de participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.

La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10 % del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades.

2. Las autorizaciones definidas en los dos párrafos del apartado 1 anterior podrán ser denegadas o sometidas a condiciones por cualquiera de las siguientes causas:

a. La existencia de riesgos significativos o efectos, directos o indirectos, sobre las actividades contempladas en el apartado 1 anterior.

b. Protección del interés general en el sector enérgico y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos. Tendrán la consideración de activos estratégicos para el suministro energético aquéllos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas y electricidad. A estos efectos, se definen como estratégicos los siguientes activos:

–Las instalaciones incluidas en la red básica de gas natural definida en el artículo 59 de la presente ley [Ley del Sector de Hidrocarburos].

–Los gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.

–Las instalaciones de transporte de energía eléctrica definidas en el artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

–Las instalaciones de producción, transporte y distribución de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

–Las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional.

c. La posibilidad de que la entidad que realice las actividades mencionadas en el apartado 1 anterior de esta función decimocuarta quede expuesta a no poder desarrollarlas con ga-

2.4.2. Contenido de la Resolución de la CNE

La Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 tiene una considerable extensión: 375 páginas, a las que hay que añadir los cuadros y gráficos que se han sangrado del texto publicado en la página web de la CNMV y los apéndices informativos que a ella se adjuntan. Resulta desmedido hasta el título: «Resolución de la Comisión Nacional de Energía sobre la solicitud de E.ON ZWÖLFTE VERWALTUNGS GMBH [aclaro que se trata de E.ON 12, una filial de E.ON AG –o E. On, a secas–, íntegramente participada por ésta y cuya misión exclusiva consistía en servir de instrumento en el procedimiento de la OPA sobre ENDESA] de fecha 23 de marzo de 2006, consistente en la toma de participación en el capital social de ENDESA que resulte de la liquidación de la Oferta Pública de Adquisición de acciones presentada ante la CNMV»⁶.

rantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida.

d. Cualquier otra causa de seguridad pública y, en particular:

1. La seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica, así como:

2. La seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficientes en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía del suministro.

3. La autorización de la Comisión Nacional de Energía deberá ser solicitada antes de la adquisición, de forma que dicha adquisición sólo será válida una vez obtenida la autorización. En el caso de que la adquisición se produzca por medio de una oferta pública de adquisición de acciones, el adquirente deberá obtener dicha autorización con carácter previo a la autorización de la oferta conforme a la normativa del mercado de valores».

6. La resolución aborda, sucesivamente, los siguientes aspectos: 1. Competencia de la CNE; 2. Del procedimiento seguido y de la normativa aplicable; 3. Descripción de la operación; 4. Principios generales para la aplicación de la función decimocuarta; 5. Las Empresas afectadas y sus entornos regulatorio y de mercado (5.1. El Grupo ENDESA –5.1.1. Historia de ENDESA; 5.1.2. Objeto social y estrategia corporativa de ENDESA; 5.1.3. Accionariado y gobierno corporativo de ENDESA; 5.1.4. Actividades principales de ENDESA–; 5.2. ENDESA en el mercado eléctrico español; 5.3. ENDESA en el mercado gasista español; 5.4. El Grupo E.ON –5.4.1. Historia de E.ON; 5.4.2. Objeto social y estrategia corporativa de E.ON; 5.4.3. Accionariado y gobierno corporativo de E.ON; 5.4.4. Actividades principales de E.ON–; 5.5. Contingencias. 6. La singularidad de ENDESA en la política energética española y, en particular, en la seguridad del sistema eléctrico. 7. Análisis y valoración sobre la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades afectadas –causa (a) de denegación o sometimiento a condiciones (letra (a) del apartado 2 del RDL 4/2006) (7.1. Análisis y valoración económico-financiera de la operación; 7.2. Análisis del plan de inversiones de ENDESA; 7.3. Análisis del plan de inversiones de E. ON). 8. Análisis y valoración sobre la incidencia de la operación desde la perspectiva del interés general: activos estratégicos y política sectorial –causa (b) de denegación o sometimiento a condiciones (letra (b) del apartado 2 del RDL 4/2006). 9. Análisis y valoración sobre los riesgos derivados de las actividades desarrolladas por la empresa adquirente –causa (c) de la denegación o sometimiento a condiciones (letra

La Resolución otorga al fin, como es bien sabido, la autorización solicitada por E.On 12, pero sometida a tantas y tan gravosas condiciones (al decir de la propia E.On, algunas de ellas resultan de imposible cumplimiento), que en la práctica equivale a una denegación. En la decimonovena cláusula de la decisión, además, se subraya el valor determinante de las condiciones impuestas, pues tienen *«todas y cada una de ellas carácter esencial y se consideran imprescindibles para paliar los riesgos detectados en esta Resolución, de forma que la misma no se habría dictado sin el condicionado que la acompaña»*.

Según consta de la propia Resolución, el procedimiento ante la CNE se inició a instancias de E.On 12, que puso en conocimiento del organismo regulador su OPA sobre ENDESA y solicitó que se le concediera la preceptiva autorización prevista en la función 14 sin que se establecieran ciertas medidas restrictivas o condicionantes o, subsidiariamente, que se impusieran sólo las indispensables. A la petición principal, tal como acaba de reseñarse, sumaba la de que se declare la confidencialidad de la solicitud, así como de la documentación acompañada o que en lo sucesivo se aportara.

La CNE, antes de entrar en el fondo del asunto, resuelve algunos incidentes que se suscitan, relativos a la participación en el procedimiento administrativo de quienes se personan en el mismo invocando la condición de interesados.

E.On, en sus escritos y alegaciones, se opone a que se aplique el RDL 4/2006, aduciendo, entre otras cosas, que el privilegio de la «acción de oro», previsto por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, sobre el Régimen de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas, quedó sin efecto con el dictado de la Ley 13/2006, de 26 de mayo, por la que se derogó la anterior. De esta suerte, y por una carambola normativa, quedaría igualmente derogado y sin efecto, por lo menos en lo que a ENDESA se refiere, el RDL 4/2006.

Añade en su argumentario E.On que, por otra parte, la interposición y admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad contra el RDL 4/2006 obligaba a extremar las cautelas en su aplicación. Además, se ha producido –seguía– la aprobación por las autoridades comunitarias del procedimiento de concentración y se ha iniciado contra España un expediente de infracción comunitario por razón de la aprobación del RDL 4/2006 (no hace falta recordar que este Real Decreto-Ley es el que da nueva redacción, explosiva, a la función 14).

También invocaba E.ON precedentes en apoyo de su posición, consistentes en Resoluciones previas de la CNE recaídas en casos de adquisiciones internacionales. Efectivamente, recordaba las operaciones de adquisición realizadas por empresas

(c) del apartado 2 del RDL 4/2006). 10. Análisis y valoración sobre la seguridad pública –causa (d) de denegación o sometimiento a condiciones (letra (d) del apartado 2 del RDL 4/2006). La relación de epígrafes que antecede coincide con el Índice de la propia Resolución. Parecía conveniente reproducirlo íntegramente porque da una exacta idea del contenido de la decisión del CNE y de su calidad aparente o formal. No se trata de una resolución improvisada y llama la atención su «densidad», más teniendo en cuenta la brevedad del plazo con que cuenta el organismo para manifestar su posición.

extranjerías en España y viceversa, destacando que el objetivo que en esos casos presidió la actuación de la CNE, revelador de un criterio consistente, estribó, a juicio de E.ON, cabalmente, en evitar el posible entorpecimiento que dichas operaciones podrían representar para la apertura del sistema eléctrico español, pero nunca en tratar de levantar barreras de protección de los activos energéticos situados en España.

En fin, argumentaba E.On ante la CNE en el escrito en que planteaba su solicitud que la Función Decimocuarta, según la redacción del RDL 4/2006, cuando señala como causa de denegación de la autorización la seguridad pública, tal como está redactada, provoca, utilizando los términos en que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la CE un triple efecto perverso: (i) la vulneración de la libertad de circulación de capitales; (ii) una inadmisiblemente inseguridad jurídica; y (iii), un riesgo cierto de arbitrariedad, pues el grado de discrecionalidad presente en la aplicación de aquel concepto resulta excesivamente amplio.

E.On reconoce que el TJCE admite la prevalencia del Derecho nacional sobre el comunitario para fundar excepciones a la libre circulación de capitales, pero ello bajo condiciones que no se verifican en el presente caso: el respeto a los principios de no discriminación, de no discrecionalidad y de proporcionalidad.

Para la CNE la toma de control proyectada por E.On caía dentro del ámbito de aplicación previsto para ejercer la función Decimocuarta; en concreto, resultaba reconducible al segundo párrafo de su apartado 1, que se refiere al caso de que «se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior al 10 % del capital social... en una sociedad... que desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1...» [figura transcrito en anterior Nota número 3 a pie de página].

La CNE realiza el análisis y valoración sobre la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, aplicando la función decimocuarta reconvertida y ampliada en 2006, riesgos que figuran relacionados en el siguiente apartado, el 2, con las letras a), b), c) y d), del apartado 2 del Real Decreto-Ley 4/2006.

En el apartado 2 de la redacción de la función Decimocuarta se establece –tal como hemos reflejado en una nota anterior de este trabajo– que «las autorizaciones definidas en los dos párrafos del apartado 1 anterior podrán ser denegadas o sometidas a condiciones por...» una serie de causas que recoge en sus letras a) a d).

A continuación resumimos la aplicación que la CNE hace en su Resolución de cada una de esas causas o supuestos de riesgo a la pretensión de E.ON.

2.4.2.1. Causa de la letra a)

La letra a) se refiere a «*la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades contempladas en el apartado 1 anterior*».

La CNE manifiesta en relación con este argumento que el análisis de la causa (a), que se encuentra entre las que habilitan a esta Comisión, bien a la denegación de la au-

torización o bien a su condicionamiento, exige que la CNE examine si la adquisición de ENDESA por parte de E.ON implicaría riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas y de sujeción especial de ENDESA. Se trata de un criterio muy amplio, originalmente el único explicitado en la redacción de la función Decimocuarta anterior al Real Decreto-Ley 4/2006, que la CNE había aplicado en anteriores resoluciones mediante esencialmente dos tipos de valoraciones: (1) el análisis de la viabilidad económico-financiera de la empresa adquirente y de su capacidad para realizar la adquisición planteada sin afectar negativamente el patrimonio de las actividades reguladas; y (2) un análisis técnico del impacto de la operación sobre el nivel futuro de inversiones en actividades reguladas».

Para la CNE el análisis económico-financiero refleja problemas de esta índole si la OPA prospera. En particular, razona que no está claro, ni se aportan por la OPANTE las explicaciones requeridas, con qué ventajas, acaso derivadas de sinergias que produzca la integración pretendida, va a poder ser «amortizado» o compensado el sobreprecio (la prima de control) con el que puja E.ON en el procedimiento de adquisición.

En cuanto al Plan de Inversiones también detecta debilidades, pues no hay seguridad de que se vayan a realizar con el mismo empeño que si no se produjera la «filialización» –una suerte de fagocitación empresarial– que inevitablemente va a producirse si prospera la OPA lanzada por E.ON.

2.4.2.2. Causa de la letra b)

Hace referencia esta letra b) a la «Protección del interés general en el sector energético y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos. Tendrán la consideración de activos estratégicos para el suministro energético aquellos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas y electricidad. A estos efectos, se definen como estratégicos los siguientes activos:

- Las instalaciones incluidas en la red básica de gas natural definida en el artículo 59 de la presente ley [Ley del Sector de Hidrocarburos].
- Los gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.
- Las instalaciones de transporte de energía eléctrica definidas en el artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
- Las instalaciones de producción, transporte y distribución de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.
- Las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional.

Al aplicar este argumento dice la CNE «La noción de «interés general» constituye un concepto jurídico indeterminado al que alude en numerosas ocasiones el ordenamiento jurídico como un principio rector de la actividad de los poderes públicos. En

ocasiones, es la propia normativa la que delimita y concreta qué debe entenderse por interés general o qué actuaciones específicas merecen tal consideración. En el caso que nos ocupa la Función Decimocuarta circunscribe el ámbito de protección del interés general al «sector energético». Para aproximarnos a este concepto, debemos acudir a la Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que mantiene para las actividades reguladas en la referida Ley, la consideración de «actividades de interés general» que ya recogía la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero. Esta última aludía al concepto de «interés público ínsito en el adecuado suministro de productos petrolíferos necesarios para el abastecimiento energético del país».

«Más concretamente, el artículo 2 de la Ley 34/1998 reitera la consideración de actividades de interés económico general respecto de las reguladas en los Títulos III y IV (*Ordenación del mercado de productos derivados del petróleo y Ordenación del suministro de gases combustibles por canalización*) las cuales «se ejercerán garantizando el suministro de productos petrolíferos y de gas por canalización a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional, atribuyendo a las Administraciones Públicas, respecto de dichas actividades, las facultades previstas en la referida Ley».

Y concluye la CNE:

«Por todo lo anterior, cabe afirmar que el concepto de interés general en los sectores energéticos puede identificarse, en principio, con la garantía del suministro o abastecimiento de los productos energéticos. En efecto, cuando la propia disposición decimocuarta de la Disposición Transitoria Undécima, tercero, 1 define lo que considera como activos estratégicos, lo hace diciendo que «tendrán la consideración de activos estratégicos para el suministro energético aquellos que puedan afectar a la garantía y seguridad de los suministros de gas y electricidad»⁷.

7. Se refiere más adelante la resolución de la CNE a la seguridad del suministro en un modelo de mercado liberalizado y recuerda cómo Paul Joskov ha aportado varios ejemplos de la reciente preocupación de los gobiernos con respecto a la seguridad de suministro en mercados liberalizados de gas y electricidad.

La cita que recoge la CNE de P.L. JOSKOV (2005), «Supply Security Incompetitive Electricity and Gas Markets», Speech for the Beesley Lecture in London on October 25, 2005, dice así: «Quizás la preocupación más frecuente expresada sobre la liberalización del sector eléctrico que he escuchado de los gobernantes es que los mercados competitivos eléctricos no son compatibles con alcanzar niveles aceptables de fiabilidad y seguridad del suministro. Señalan los apagones continuos, las bajadas de frecuencia y las denuncias públicas para el urgente restablecimiento de la situación en California, Ontario, Chile, Nueva Zelanda y Brasil, los colapsos de las redes en el Este y Oeste de Estados Unidos, en Italia y en cualquier otro lugar. En todos estos casos, lo que sucede es que hay una inadecuada inversión en nueva capacidad de generación y de transporte para cubrir las previsiones de demanda. Esta pregunta surge con menos frecuencia en el caso de los mercados liberalizados de gas natural. Sin embargo, la disminución de la producción británica del Mar del Norte y la confianza del Reino Unido en el aumento de las importaciones a través de las interconexiones y los envíos de gas natural licuado (GNL) para cubrir la futura demanda ha conducido al Reino

La CNE recuerda que uno de los efectos esenciales de la operación proyectada por E.On es la (ya referida aquí) filialización de ENDESA respecto de la sociedad matriz de E.On radicada en Alemania. «La filialización de ENDESA comporta un conjunto amplio de efectos que se manifiestan en diferentes planos: la dificultad de mantener la responsabilidad especial del Regulado con el territorio, el riesgo incrementado de transferencias de rentas hacia la sociedad matriz, el riesgo de imposibilidad de cumplimiento de los planes y compromisos de Inversión en España, la posibilidad de que no se cumplan los intereses españoles en materia de seguridad pública y política energética, y en suma, como corolario de todo lo anterior, un riesgo para los intereses generales de España en materia de seguridad pública, concretada en la seguridad de abastecimiento energético».

Los riesgos que comporta la operación E.ON-ENDESA justifican la habilitación a la CNE, según ésta concluye, en ejercicio de la competencia legal que le atribuye el ordenamiento jurídico, para reflexionar sobre la posibilidad de someter la autorización de la presente operación a aquellas condiciones que sean adecuadas para mitigar los riesgos identificados.

Es interesante recordar que en su escrito de solicitud de la autorización E.On se había planteado la posibilidad de que la CNE blandiera esta causa b), y alegaba previsoramente que, existiendo en España una potestad y una autoridad reguladoras, no cabía apreciar riesgo para el «interés general». Y aunque la CNE da las cumplidas razones que (en extracto, y muy apretado) acabamos de exponer, debe reconocerse que es muy razonable lo que esgrime E.On.

Y podemos decir más: que el interés general no es sectorial; no es metodológicamente correcto descomponerlo en partículas. Un garrote que se pulveriza en astillas deja de ser un garrote. El interés general es un recipiente en el que se han de armonizar las aguas de muchas fuentes. Quién en su sano juicio va a poder negar que también es de interés general el buen funcionamiento de los mercados de valores, y de los ahorradores que acuden a ellos a prestar fondos a quienes los demandan. Y tanto mejor va a cumplir sus funciones ese mercado cuanto mayor sea la protección dispensada al inversor. Una buena forma de hacerlo es facilitando que perciba el beneficio extraordinario que le ofrece el opante que está dispuesto a pagar la «prima del control» a que aspira.

Unido a plantearse preguntas similares. El creciente aumento de la demanda de gas natural, la decepción en la respuesta de algunos yacimientos de América del Norte, y las alertas de interrupción de suministro en el reciente frío invierno en el Nordeste de Estados Unidos están comenzando a plantear preguntas similares. El creciente uso del gas natural en la generación eléctrica también ha conducido a prestar mayor interés a las implicaciones del gas natural en la seguridad del suministro como resultado de los vínculos entre el sector eléctrico liberalizado y los mercados de gas natural».

2.4.2.3. Causa de la letra c)

La causa o riesgo c) consiste en *«la posibilidad de que la entidad que realice las actividades mencionadas en el apartado 1 anterior de esta función decimocuarta quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida»*.

Las conclusiones que alcanza la CNE del análisis de la causa c) son las siguientes:

«... La «filialización» de ENDESA en el Grupo E.ON implicaría múltiples riesgos de transferencia de rentas y de otros recursos para las actividades reguladas y de sujeción especial en España, así como repercusiones negativas derivadas de la fuerte exposición del Grupo E.On a obligaciones específicas y compromisos de inversión de otros mercados geográficos de gas y electricidad.

«Con el objetivo de mitigar estos riesgos y, en particular, con el fin de preservar la autonomía de gestión y la política de inversiones de ENDESA para asegurar el desarrollo con garantías de las actividades reguladas y de sujeción especial en España, se sugiere la adopción de algunas medidas. Estas medidas deberían ir encaminadas a la consecución de una adecuada capitalización de la sociedad responsable de los activos estratégicos y actividades reguladas en España, de manera que se puedan llevar a cabo las inversiones y se pueda acometer el servicio de la deuda sin problemas. Asimismo, las condiciones deberían asegurar un nivel adecuado de inversiones, y por tanto, podrían consistir en el compromiso por parte de E.On de realizar los planes de inversión de ENDESA. Para los años sucesivos, sería conveniente establecer algún mecanismo de información y compromiso que permita mantener las obligaciones impuestas en los primeros años».

2.4.2.4. Causa de la letra d)

Consiste esta en *«cualquier otra causa de seguridad pública y, en particular:*

1. La seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica, así como:

2. La seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficientes en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía del suministro.

Expone la Resolución de la CNE: «Respecto al detalle de los puntos 1 y 2 de la letra d), en cuanto a «la seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado...» sólo cabría identificar un riesgo para su mantenimiento en la medida que los tiempos de interrupción del suministro eléctrico o gasista se vieran incrementados, circunstancia que no puede descartarse ante la posibilidad, analizada en relación con el apartado letra c) anteriormente, de que no se mantengan adecuadamente las infraestructuras o se pongan en peligro las inversiones.

2.4.2.5. Conclusiones finales de la CNE

Ya bajo el epígrafe de «CONCLUSIONES FINALES», la Resolución de la CNE se expresa así:

«Por todo ello, como conclusión de carácter general para toda la presente Resolución, cabe señalar que la adquisición de ENDESA por parte de E.ON entraña riesgos esenciales y de relevancia para la seguridad pública, causa recogida en la letra b) concretada en la garantía del suministro en España, así como para los legítimos intereses generales en el diseño de la política energética, y en concreto, en el diseño de la elección de fuentes de suministro y de determinación de su política de abastecimiento, riesgos que pueden calificarse como una «amenaza real y grave» en los términos de la jurisprudencia comunitaria» que la resolución ha realizado en apartados precedentes.

«El carácter de amenaza real y grave que entraña la operación determina la habilitación a esta Comisión para, en ejercicio de la potestad que le ha sido legalmente atribuida, proceder en el presente caso a una modulación del alcance de los derechos asociados a la Libertad Fundamental de Circulación de Capitales que consagra el Tratado de la Comunidad Europea como uno de los pilares esenciales de construcción del Mercado Interior, sin contravenir por ello el Derecho Comunitario.

«En consecuencia, como resultado del prolijo análisis realizado en la presente resolución, se concluye la necesidad de imponer condiciones destinadas a eliminar o mitigar los riesgos detectados.

«Finalmente, y en relación con la totalidad de las condiciones impuestas como consecuencia del análisis de las causas definidas de los apartados a), b), c) y d) del apartado segundo de la función 14, debe señalarse que, todas y cada una de las condiciones señaladas en los apartados precedentes y que se juzgan necesarias tienen carácter esencial, por cuanto se consideran imprescindibles para paliar los riesgos anteriormente identificados, de forma que la presente resolución autorizatoria no se había dictado sin las condiciones que la acompañan.»

Y seguidamente viene el texto del acuerdo en que se otorga la autorización solicitada por E.ON 12 para realizar la operación de toma de participación en el capital social de ENDESA, S.A., sujeta a las numerosas e incisivas condiciones que se van detallando.

2.4.3. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

Estos dos conceptos, alumbrados en el campo del Derecho Administrativo, vienen a expresar el rol que corresponde a cada uno de los tres poderes clásicos del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) en los procesos de creación del Derecho, de su aplicación y del control de esta aplicación. La discrecionalidad supone que el legislador delega en la Administración un cierto ámbito de «creación» del Derecho en el instante de su aplicación y una esfera de exención al control de la legalidad de su actividad por los órganos jurisdiccionales.

Recordaba BERNARD SCHWARTZ⁸ la centralidad que la discrecionalidad tiene para la ciencia jurídico-administrativa al afirmar que el Derecho Administrativo trata principalmente del control de la discrecionalidad.

La Exposición de Motivos de la vieja L.J.C.A. de 1956 explicaba que «*la discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano (administrativo) competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés general*». Es decir, cuando la Administración Pública ejercita poderes discrecionales cuenta con una libertad de opción para definir por ella misma los intereses generales a los que sirve.

La discrecionalidad no constituye, empero, una libertad absoluta de determinación en un caso concreto. R. DWORKIN⁹ recordaba que la discrecionalidad o libertad de opción de un órgano se concentra siempre en un pequeño espacio que, como si fuera el agujero de una rosquilla, está completamente rodeado de normas y principios que determinan sus límites.

La discrecionalidad, por otra parte, tiene la virtualidad, ya apuntado al principio, que consiste en establecer una posición relativa de la Administración frente al legislador (cuando la ley atribuye potestades discrecionales delega en la Administración un ámbito de libertad en la aplicación de la norma, ámbito que acaba proyectándose más «acá» de la tarea ejecutiva, para acabar remontándose al mismo instante creador de la ley, de suerte que es como si la generación de ésta se produjera en dos fases); y también frente a los tribunales, pues respecto de éstos cabe concluir que existe una exención de su control sobre el núcleo de lo discrecional.

No obstante, el propio DWORKIN recuerda que la discrecionalidad no es un concepto dotado de unidad de significado y alcance. Él distingue entre discrecionalidad política o fuerte y discrecionalidad jurídica o débil, la cual sí es controlable por la jurisdicción. Este tipo de discrecionalidad jurídica se da cuando las normas contienen un cierto grado de inconcreción (normas «vagas» u «*open texture*», en expresión de HART)¹⁰.

Era irremediable que la doctrina se preguntara entonces: pero ¿existe la discrecionalidad jurídica, o se trata sólo de potestades regladas en que la norma de cobertura precisa ser concretada en un proceso interpretativo? Este tipo de consideraciones preparó el camino hacia una reducción de la discrecionalidad, que en su formulación radical llegó a afirmar: no hay discrecionalidad cuando de lo que se trata es de aplicar por la Administración conceptos «abiertos». A partir de los años 60 del pasado siglo a estos conceptos comenzó a denominarse «conceptos jurídicos indeterminados», aunque, eso sí, para su aplicación al caso, se postula un «margen de apreciación» o, al menos, una cierta tolerancia jurídica.

8. SHWARTZ, B. «Administrative Law», Aspen Pub., Little Brown & Co. Law & Business, 1994.

9. DWORKIN, R., «El imperio de la justicia», GEDISA, Barcelona, 1998.

10. HART, H.L.A., «The Concept of Law», Oxford University Press, 1963.

La estructura del concepto jurídico indeterminado, tal como ha sido teorizada por la doctrina administrativista española (y recibida de ella por los tribunales) es bien conocida: el mapa del concepto jurídico indeterminado es trizonal: su núcleo fijo contiene la materia que, con toda certeza, está incluida en el concepto; un círculo periférico inmediato al núcleo constituye el «halo» del concepto; y un segundo halo exterior constituye la zona de certeza negativa, esto es, la que aloja aquellas materias o posibilidades que con seguridad se encuentran fuera del concepto legal. Bien se aprecia que es la franja intermedia o difusa, el «halo», la que puede plantear cuestión, pues en ella se localiza el ámbito de incertidumbre.

Nuestro Tribunal Supremo ha hecho reiteradísima aplicación de este método del mapa trizonal cuando se ha enfrentado a la revisión de actividad administrativa que se apoyaba en conceptos jurídicos indeterminados¹¹.

11. A los efectos de este trabajo interesa recordar algunos pronunciamientos del Alto Tribunal relativos a las nociones de «*interés nacional*» y de «*interés público*», no sin antes advertir de las dificultades de aplicar mecánicamente la doctrina jurisprudencial a supuesto de hecho diferentes de los que estuvieron en la base del pronunciamiento judicial, pues bien pudiera ocurrir que la interpretación del concepto jurídico indeterminado y la construcción del ámbito de éste se hiciera por una abstracción «corta» o muy apegada a aquellas particulares circunstancias de hecho presentes en la *mens* judicial, de suerte que el resultado obtenido no fuera aplicable al mismo concepto cuando se tratara de aplicarlo a otros antecedentes de sustancia muy diversa. En STS 22 de junio de 1999, número de recurso 543/1994, Fundamento de Derecho SEXTO, se declara: «*En la sentencia impugnada, al entrar en la segunda de las cuestiones suscitadas, una vez reconocido el carácter administrativo del contrato, se realiza una ponderada aplicación del concepto jurídico de «interés público», pues dicho concepto cumple en nuestro sistema jurídico como concepto que varía de contenido según el contexto en el que se encuentra, una triple función que podemos concretar en los siguientes puntos: a) es un criterio que inspira la interpretación y aplicación de las normas. b) Es un concepto que necesita ser interpretado. c) Constituye un elemento nuclear de la decisión administrativa. Así resulta que cuando el error de la Administración sobre la oportunidad de la medida se manifiesta evidentemente, la declaración de que se ha cometido dicho error entra dentro del control mínimo de la legalidad en su relación con la conformidad del acto con el derecho, en una relación de conformidad pero no de simple compatibilidad, lo que significa la aplicación de la teoría del control mínimo aplicado a la materia del interés general, descubriendo la existencia de la desviación de poder, del error de derecho y del error manifiesto en la apreciación, para depurar todas las interpretaciones equivocadas llevadas a cabo por la Administración en la realización del interés general...»*. La STS de 19 de junio de 1999, en recurso 2258/1995, en su Fundamento de Derecho TERCERO, afirma: «*El orden público y el interés nacional, como admite el propio Abogado del Estado, son conceptos jurídicos indeterminados, en cuya apreciación resulta excluida, en contra de lo que aquél opina, la discrecionalidad de la Administración, porque, según doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias de 22 de junio de 1982, 13 de julio de 1984, 9 de diciembre de 1986, 24 de abril, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 14 de abril, 12 de mayo, 21 de diciembre de 1998 y 24 de abril de 1999), la inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar*

El hallazgo de los conceptos jurídicos indeterminados ha producido una cierta crisis en el Derecho Administrativo, crisis derivada del propio éxito de esta noción, que se ha visto sometida a un proceso expansivo o inflacionario, que, invadiendo el hábitat tradicional de la discrecionalidad, ha venido a amenazar la pervivencia de ésta.

El repetido DWORKIN sentenciará: la discrecionalidad ha desaparecido. Afirma que en todos los casos en que las normas plantean problemas interpretativos sólo existe una única solución justa. Añade que, desde que se ha reconocido la existencia de principios y valores en el ordenamiento, la discrecionalidad ha desaparecido puesto que, utilizándolos, los jueces deben poder encontrar la solución justa. Tendrán que manejar, en los casos complejos, muchos principios e información del ordenamiento. Pero éste es el trabajo que se espera del juez Hércules que actúa en los complejos ordenamientos de nuestro tiempo¹².

Aunque la perspectiva del autor es la del juez, sus conclusiones son válidas para cualquier aplicador del Derecho; evidentemente, también para la Administración.

El concepto jurídico determinado significa que sólo hay una respuesta justa a dar por la Administración habilitada para actuar potestades atribuidas y definidas por el legislador en base a aquel concepto. La potestad discrecional representa en cambio

a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados».

BLANCA VILÁ, en pleno fragor de la batalla por ENDESA, escribía en «EL PAÍS», 13 de marzo de 2006, bajo la rúbrica «Acerca del «interés general»: «Se habla estos días de mercado, de patria y de capital... Y de un concepto jurídico indeterminado –el interés general– que debe ser «revisado» en cuanto a alguno de sus ejes vertebradores. Revisado sin complejos desde los nuevos escenarios europeos e internacionales que hemos venido asumiendo consciente y paulatinamente... Y después de referirse la autora al objetivo del mercado interior de la Unión Europea, como pieza fundamental del mismo, también recuerda sus límites, construidos fundamentalmente por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo: «¿Cuáles son esos límites? Pues la noción de «interés general» y el «principio de proporcionalidad»... El Estado interesado debe invocar ese «interés general» de manera «necesaria» y «proporcionada», es decir, que en balance de proporcionalidad, no exista una medida alternativa menos restrictiva». Y, después de abogar por una vertebración ponderada de los intereses europeos y de los locales (estatales), concluye que en los engranajes del mercado interior europeo «...se abandona, cuando hay competencias comunes, toda referencia al criterio de nacionalidad, lección que tendríamos que haber ya aprendido, sin amenazarla con conceptos tales como el de «reciprocidad» entre Estados miembros, un concepto absolutamente para olvidar. O con piezas legislativas «a medida», so pena de pérdida total de credibilidad. Hay, en consecuencia, que abordar esas difíciles decisiones internas argumentando la existencia de objetivos legítimos de interés general entendido como parece que en este caso es: un interés fundamental de los consumidores a los que se presta servicio desde España, y no como un interés del capital español, por el hecho de simplemente serlo. La seguridad del abastecimiento, la proximidad en la gestión, entre tantos otros argumentos de invocabilidad, sí. La seguridad nacional, no. El interés general no es, tampoco en estos casos, interés «puramente nacional»...»

12. Dworkin, R, «El imperio de la Justicia», Ed. Gedisa, Barcelona, 1988.

la libertad reconocida a la Administración de optar entre varias soluciones (indiferentes jurídicos), todas igualmente válidas, e injustificables. La expansión del concepto jurídico indeterminado a costa de la compresión de la discrecionalidad comporta, por lo tanto, que en cada caso sólo hay o puede haber una solución justa.

En un típico y conocido movimiento pendular se ha tratado de reequilibrar la distribución de los campos que corresponden a una y otra técnica de atribución de potestades administrativas: discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado. Ello se ha efectuado operando desde la reconfiguración de este segundo término. Se afirmará que en la aplicación del concepto jurídico indeterminado no sólo hay interpretación jurídica, sino también opción y valoración.

De otra parte, rescatada la discrecionalidad, se la va a someter a nuevas restricciones, algunas de las cuales se cifran en el mismo momento de su generación: la atribución de potestades discrecionales ha de cumplir los estándares de la claridad y la previsibilidad. Cabe recordar, a este respecto, que en Estados Unidos, ha acabado por imponerse la doctrina de la prohibición de regulaciones abiertas, atributivas de amplios márgenes de discrecionalidad a los Tribunales o a las Administraciones, cuando producen efectos disuasorios para la libertad, esto es, que son causa de restricciones o desaliento en el ejercicio de las libertades proclamadas en la Primera Enmienda y, especialmente, de la libertad de expresión. En Estados Unidos se ha declarado inconstitucional este efecto que TRIBE¹³ ha denominado «espada de Damocles». En España, el Tribunal Constitucional, claramente a partir de la Sentencia 136/99 (*asunto Mesa Nacional de Herri Batasuna*), ha utilizado este argumento.

La condición de que las leyes que otorgan poderes discrecionales programen con suficiente claridad y previsibilidad su ejercicio especialmente cuando puedan afectar a derechos o libertades, está consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la aplica tanto al caso de la discrecionalidad reconocida a los jueces como al caso de ser atribuida a las Administraciones. Son innumerables los casos en que dicho Tribunal, de manera consistente, se ha referido a aquellas condiciones, en materias tan dispersas como las relativas a las potestades de ordenación de la caza del zorro (*Sentencia Gashman y Harry v. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999), a la regulación de la obtención y registro de datos por un servicio de la Administración Pública sin precisar qué informaciones pueden ser archivadas (*Sentencia Rotario v. Rumanía*, de 4 de mayo de 2000), o a un supuesto de ingerencia administrativa, habilitada por la ley, en la vida familiar (sobre tutela de menores, *Sentencia Olson v. Suecia*, de 24 de marzo de 1988). Al interpretar el inciso «prevista en la ley» que figura en el apartado 2 del artículo 8 del Convenio de 1950, declaró el TEDH en su Sentencia pionera *Silver* –seguida por otras muchas–, de 25 de marzo de 1983, que con dicha expresión se exige «que la ley sea accesible; el ciudadano debe poder disponer de suficiente información, según las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a determinado caso. En segundo lugar, sólo se puede considerar ley la

13. TRIBE, Laurence, Testimony ante el Comité de Justicia del Senado: «Combatir el terrorismo sin merma de las libertades».

norma que se exprese con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que ajuste su conducta y que pueda, en su caso con los adecuados asesoramientos, prever razonablemente, según sean las circunstancias, las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada». También ha precisado el Tribunal que «el grado de precisión que se exige a la ley depende de la materia de que se trate».

2.4.4. Organismos reguladores

En muchas ocasiones se han descrito las transformaciones que experimenta, en el crepúsculo del siglo xx, el Estado gestor y prestador de servicios. No podemos detenernos ahora en ello, pero sí parece oportuno recordar los rasgos esenciales de ese proceso en la medida en que puedan enmarcar e iluminar el objeto que específicamente atrae nuestra atención.

La crisis del Estado de Bienestar se ha saldado con la redefinición de la cantidad y de la calidad de la intervención pública, y ha sido en el campo de la actividad económica donde el cambio de modelo se ha manifestado con mayor rotundidad. El Estado cede posiciones como gestor directo de empresas y avanza como regulador del mercado. Esta función adquiere ahora la mayor importancia. Significa más, mucho más de lo que su denominación parece sugerir: consiste en vigilar el funcionamiento del mercado, para prevenir y corregir sus eventuales fallos; en establecer reglas cuando son necesarias para el buen funcionamiento de algunos sectores; y, naturalmente, en asegurar la libre competencia en todos ellos. En suma, la regulación consiste, en expresión de SELZNICK, en ejercer un control continuado sobre actividades de relevancia económica y social, y en la densidad de esta fórmula cabe atisbar la posibilidad de nuevas técnicas jurídico-administrativas que no estaban presentes en el Derecho Administrativo tradicional.

SELZNICK, P., «Focusing organizational research on regulation», en «Regulatory Policy and the Social Sciences», Berkeley, CA, University of California Press.

La revolución es completa, incluso desde la perspectiva más visual y geométrica: el Estado pasa a estar sobre el mercado y no en el mercado mismo, con sus costes y con sus riesgos.

El marco de esta nueva realidad lo configuran diversos elementos y circunstancias: el proceso de integración europea, que, desde su proyecto de fundar un mercado único anclado en las ideas de uniformidad y libre competencia, presta aliento a una orientación económica liberalizadora que permita hacer frente a las potencias mundiales (EEUU, Japón), a fin de poder competir con ellas en un escenario global. La competencia se convierte en la nueva fe del movimiento (recuérdese el conocido Informe Delors de 1993 sobre el *Crecimiento, la Competitividad y el Empleo*). Sin embargo, la tendencia no ha llevado a la completa eliminación de la iniciativa pública en la actividad económica. El fenómeno de la privatización no ha sido radical, y aún restan significativas participaciones públicas en las empresas. La única condición exigida es que empresas públicas y privadas concurren en el mercado en condiciones de igualdad.

Libro Blanco: «Retos y Pistas para entrar en el siglo XXI». Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 1994.

A poco que se esté familiarizado con los conceptos elementales del Derecho Administrativo enseguida se advertirá el impacto que esta nueva concepción hubo de representar para una institución tan nuclear, tan inaprehensible, y tan francesa (todo hay que decirlo) como es el servicio público.

La reacción (francesa, naturalmente) frente a esta amenaza al servicio público (o, más exactamente, frente a los servicios públicos de contenido económico) no se hizo esperar. En 1994, el *Conseil d'Etat* dedicó su *Rapport public* al servicio público, en el que acusaba a la Comunidad Europea de estar intentando cambiar la cultura de los servicios públicos. Europa, según el informe, no instruye un proceso a los servicios públicos; hace algo peor: ignora ampliamente la noción de servicio público. A este estudio siguió otro, titulado, expresivamente, «*La Europa del no servicio público*», donde se describían los enormes costes de prescindir de la institución. Recuerda MUÑOZ MACHADO cómo la Comunidad se rindió inmediatamente en este enfrentamiento y generó diversos documentos sobre el «servicio público», los «servicios de interés general» y los «servicios de interés económico general», que, en definitiva, constituyen una serie de conceptos que tratan de definir un espacio de convergencia entre la mentalidad «comunitaria» y la francesa, y entre las diversas tradiciones nacionales sobre el servicio público correspondientes a los Estados miembros. Una visión de la situación a que han conducido las escaramuzas y debates descritos no quedaría bien enfocada sin añadir una precisión: en relación con los servicios públicos económicos, el Derecho Comunitario, para reconocer exenciones de las obligaciones generales establecidas a fin de asegurar el juego de la libre competencia, establece, primero, que más que declaraciones generales o concernientes a *la empresa*, las excepciones han de predicarse de las *misiones de interés general o de servicio público*, esto es, a concretas actividades, objetivos o prestaciones específicas que aquélla realice; y, segundo, que dichas misiones pueden ser atribuidas tanto a empresas y establecimientos públicos como a empresas privadas.

Volvamos nuestra atención a la función reguladora. Aunque hemos adelantado ya una caracterización minimalista de su contenido, interesa avanzar en la aproximación. Por regulación debe entenderse, según una definición ampliamente recibida, un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social.

Regular no es, por lo tanto (o, más exactamente, no es sólo) dictar normas, ya que el control puede actuarse mediante el empleo de otras muchas técnicas y medidas.

Es muy común que la legislación, al establecer la disciplina de la función reguladora, la atribuya a un organismo independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración. Este principio de independencia (orgánica y funcional) se revela vital para que el Regulador cumpla eficaz-

mente su función. La «captura» del Regulador por los regulados o por los poderes públicos desvirtúa su actividad y constituye una agresión fatal a su razón de ser¹⁴.

Estos organismos reguladores, conocidos como Agencias, Autoridades Independientes o Comisiones Reguladoras, suelen establecerse para sectores en que están presentes actividades de utilidad pública, o que pueden afectar a derechos básicos de los ciudadanos, o que generan importantes costes sociales. En España cabe citar como ejemplos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o nuestra Comisión Nacional de la Energía.

El origen histórico de estas agencias y organismos es norteamericano, y se data a finales del siglo XIX. La ocasión la constituyó la intervención en el ferrocarril¹⁵.

Desde este sector el modelo se fue trasplantando a otros nuevos. En Europa el sistema de las agencias independientes es muy posterior: se afianza casi un siglo después.

Pero no son sólo distintas las épocas de alumbramiento en América y en Europa. También son diversas las razones. En EEUU se trataba de crear organismos lo bastante separados de los vaivenes políticos y electorales y, además, de obtener de los mercados suficiente información como para poderlos organizar de un modo acorde con los intereses generales y la protección de los consumidores¹⁶.

En Europa, el origen de las agencias se debe a otras motivaciones, fundamentalmente de especialización técnica y de seguimiento continuo de la evolución económica de algunos sectores de utilidad pública.

14. La «captura» del Regulador también puede producirse por el flanco de los operadores. Éstos, que en ocasiones cuentan con personal dotado de mayor competencia técnica que el ente regulador, hacen valer en la práctica su «auctoritas» y «dirigen», paradójicamente, las intervenciones del organismo de regulación.

15. Stover, John F. «*American Railroads*», 2ª edición. The University of Chicago Press, Chicago & London, 1997. El organismo regulador de los ferrocarriles, Interstate Commerce Commission (ICC), se constituye en 1877.

16. Reproduzco de MUÑOZ MACHADO, «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General», Tomo I, a quien he seguido en la exposición de esta materia, la siguiente cita clásica que recoge de OSBORNE Y GAEBLER: «*con el fin de terminar con los puestos de trabajo en la Administración como fórmula de clientelismo político, los progresistas crearon los sistemas de función pública, con exámenes escritos, escalas salariales y protección contra la selección o separación arbitrarias. Con el fin de mantener los proyectos de obras públicas fuera del alcance de los políticos, crearon «public authorities» independientes. Con el fin de limitar el poder de los «Padrinos» políticos, dividieron las funciones administrativas, sustrajeron a los gobernadores y alcaldes el nombramiento de importantes cargos, crearon administradores elegidos por separado, jueces e incluso sheriffs. Con el fin de resguardar la gestión de los servicios públicos frente a la influencia de los políticos, crearon una profesión de gerentes municipales profesionales, aislados de la política, encargados de regir la Administración de una manera empresarial y eficiente...»*. La cita está tomada de OSBORNE, D. y GAEBLER, T., «*Reinventing Government*», Reading, Mass, 1992, Addison-Westley.

La función reguladora no atribuye al Regulador una potestad omnímoda. El TJCE, como nuestro Tribunal Supremo, en una línea jurisprudencial bien consolidada, y también tan conocida que dispensa de cita pormenorizada, tienen declarado que las medidas de regulación no pueden ser arbitrarias, han de ser proporcionadas y contar con una habilitación legal formalmente suficiente. Projectada esta doctrina sobre los privilegios que la Administración retiene en antiguas empresas públicas cuya privatización se ha consumado (prerrogativas que se conocen genéricamente como «acción de oro»), se traduce en un test severo para el reconocimiento de su validez¹⁷.

2.5. Conclusiones

Hasta aquí se han expuesto una serie de elementos, unos de carácter teórico y conceptual, otros estrictamente fenomenológicos, y es hora ya de reducirlos a unidad. ¿Podremos ensamblar piezas aparentemente tan dispersas en un «puzzle» dotado de unidad y sentido? No parece tarea difícil, pues todos los componentes examinados parecen alentados por una vocación centrípeta que lleva a perfilar la siguiente figura, que se resuelve en tres trazos:

Primero. El «interés general» (sectorial), concepto jurídico indeterminado, se ha erigido en el fundamento de la Resolución de la CNE, Resolución que si no es denegatoria de la autorización solicitada por E.On, la sujeta a condiciones tan onerosas que en la práctica la convierten en una decisión «casi» negativa.

Segundo. La versión del «interés general» que maneja la CNE (ciertamente, impuesta por la normativa particular que regula las funciones de este organismo) es sectorial, sesgada o tuerta. Esto es, se limita a aprehender una de las posibles dimensiones o haces del interés general, que tiene que ver, según razona la propia CNE, básicamente con asegurar el abastecimiento o suministro de la energía.

No obstante, aparte de que el argumento dista de ser convincente (pues parece que la regularidad del suministro depende, más que de la nacionalidad de la sociedad cabecera del Grupo, de la eficacia con que actúe el ente regulador y de las medidas que aplique, llegado el caso, para asegurar el abastecimiento), plantea una reflexión de carácter nada teórico y que consiste, cabalmente, en tratar de definir de una manera *integradora* lo que sea el «interés general». Pues si éste no se ciñe a la sola garantía del suministro es preciso ampliar el objetivo para tratar de definir qué otros aspectos del mismo están concernidos en el caso que estudiamos. Y entonces

17. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2003, Comisión contra Reino de España, que declara que las medidas de intervención previstas en la Ley de 23 de marzo de 1995, de privatizaciones, y las aplicaciones que de sus previsiones se habían llevado a cabo por diversos Reales Decretos en relación con compañías como REPSOL, S.A., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, S.A., ARGENTARIA, TABACALERA, S.A. y ENDESA, S.A., eran contrarias al artículo 56 del Tratado CE sobre libre circulación de capitales).

aparece, inmediatamente y con toda evidencia, el de la defensa de la inversión y del ahorro, es decir, del buen funcionamiento del mercado de valores, pues hay que considerar que toda OPA significa para el accionista de la sociedad objetivo una posibilidad de beneficio extraordinario (representado por la prima de control que ha de satisfacer quien aspira a hacerse con el dominio de la sociedad), lo que sin duda se traduce en un aliciente para que el ahorrador se convierta en inversor en los mercados de valores, ante la posibilidad de que le toque esta suerte de «lotería». Y nadie negará que así se estimula la oferta de fondos y con ello se dota de amplitud, profundidad, etc. al mercado, de suerte que, lo que parecía un interés particular del ahorrador, al proyectarse sobre el sistema financiero en su conjunto –pasamos de la microeconomía a la macroeconomía– se reconvierte, por una especie de prestidigitación cuya lógica recuerda a la de «la mano invisible» de Adam Smith en «La riqueza de las naciones», en una poderosa razón de interés general.

Aún podrían acopiarse nuevos mimbres del «interés general» para acabar de completar el contenido de este concepto en nuestro caso, y no serían irrelevantes a tal fin los que tienen que ver con los compromisos derivados de la integración europea y la consecuente necesidad de respetar el juego de los principios de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento. Pero nos parece que a nuestro propósito basta con este apunte.

Para acabar de redondear la explicación cabe decir que en la composición del interés general relevante es preciso proceder como en el cálculo vectorial. Hay, en la toma de una decisión concreta, que tener presentes todos los componentes o haces del interés general (es decir, mirar el paisaje de ese interés «a vista de pájaro») y, consolidándolos todos, obtener la resultante, con su módulo o intensidad y con su sentido.

Tercero. Todas las consideraciones que preceden tienen una relevancia práctica que no puede pasar desapercibida: la definición integradora del interés general ha de afectar a la estructura, al diseño, del procedimiento de decisión.

La razón de la propuesta es evidente: si el procedimiento obedece a un esquema secuencial, de suerte que cada uno de los órganos u organismos públicos llamados a definir, de acuerdo con su competencia sectorial, su parcela o dimensión específica del interés general, procede sucesivamente, bastará una declaración negativa de cualquiera de ellos para que el proceso quede yugulado o bloqueado, es decir, para que su «no» prevalezca definitivamente. En un procedimiento o recorrido de sucesivas aduanas cada puesto de guardia tiene poder de veto (cuida su puerta y tiene la llave de la misma) y capacidad para impedir así conformar una composición integradora y compensada del interés general.

Procede, en consecuencia, articular el procedimiento con unidad de poder de decisión reconocido en un órgano u organismo superior al que viertan su opinión o dictamen los demás órganos u organismos que tienen «trozos» de competencia en la tarea de definición del interés general. Va de suyo en esta propuesta que estos últimos órganos u organismos desarrollen funciones de mera consulta o informe y no decisorias.

3. Reflexiones y comentarios sobre el régimen de la empresa pública en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas

3.1. Sobre la técnica legislativa

A diferencia de lo que sucede en algún ordenamiento autonómico (valga como referencia el catalán, con su temprana Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana), en el ámbito estatal no es posible encontrar una regulación sistemática, de pretensión totalizadora, sobre la empresa pública. Así que ésta constituye una entidad errante, que deambula por diversos espacios normativos, y en cada uno de ellos fragmentariamente: así, en la legislación de Contratos de las Administraciones, en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en Ley General Presupuestaria (que, respectivamente, regulan aspectos de su régimen contractual, organizativo y presupuestario, y de control financiero) y, además, en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas en adelante, LPAP). Ésta última es una disposición que regula aspectos relevantes de la empresa pública, pero desde este mismo momento conviene que quede hecha una advertencia: del examen detenido de su Título VII, rubricado «*Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado*», artículos 166 a 182, resulta con toda evidencia que la ley se ha propuesto, no sólo regular la dimensión estrictamente patrimonial de la empresa pública (esto es, la cartera de acciones o participaciones que corresponden a esa Administración en las sociedades mercantiles) para establecer las pautas legales a que ha de ajustarse su gestión «patrimonial», como si se tratara de la administración que cualquier inversor-partícipe, bien minoritario, bien mayoritario, pudiera acometer –ello sin perjuicio de las particularidades, muy notables, que se siguen del hecho de su pertenencia a una Administración–, sino que se ha valido de la ocasión, del pretexto, para regular aspectos de la empresa pública que afectan a su organización y funcionamiento. En suma, se ha tratado de paliar, si no la orfandad, sí la escasez del régimen legal de la empresa pública. Este oportunismo legislativo, que fugaz pero indisimuladamente se revela en la misma Exposición de Motivos de la Ley del Patrimonio, a la postre se traduce en una serie de incongruencias dispositivas, pues el legislador se ve forzado a manejar categorías no coincidentes según pare su intención en el ámbito del Derecho Patrimonial o en el del Derecho de la Organización, y este manejo instrumental de los conceptos complica la comprensión del texto legal¹⁸.

18. OLIVERA MASSÓ, Pedro, se ha referido en términos muy vívidos a la inconsistencia de la Ley (Vid. «*Patrimonio empresarial y organización de las participaciones societarias públicas: apuntes para una posible exégesis del Título VII de la ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*», Revista de Administración Pública, número 171, septiembre-diciembre 2006, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid): «*Esta aparente contradicción se encuentra en el hecho de que en el Título VII, incluso en su artículo 166 LPAP, se superponen como transparencias proyectadas simultáneamente sobre una misma pantalla dos tipos de normas,*

Fuera del caso excepcional de unos pocos especialistas en la materia, el régimen de la empresa pública que contiene la Ley del Patrimonio ha pasado prácticamente inadvertido. Aquí nos interesa, no realizar el estudio general de la institución, sino, ciñéndonos al análisis de aquellas sociedades que adoptan una forma de personificación de Derecho Privado (entiéndase, de sociedad mercantil), y bajo el control de la Administración Pública (bien por ser ésta su socio único, bien por estar en condiciones de ejercer la influencia relevante típica que la ley describe), tratar de reseñar cuáles son sus particularidades más sobresalientes que resaltan sobre el régimen común o troncal de las sociedades mercantiles. Y acotado así el objeto de este estudio, aún vamos a aplicar un nuevo filtro de selección que reduce los aspectos a analizar a los siguientes:

- 3.2. Previo: ¿de qué sociedades estamos hablando?
- 3.3. Aportaciones patrimoniales
- 3.4. Pactos de sindicación. Su admisibilidad y contenido.
- 3.5. Régimen de administradores: instrucciones y responsabilidad de los administradores.
- 3.6. Buen gobierno corporativo.
- 3.7. Adquisición y enajenación de carteras.

3.2. Identificación de sociedades mercantiles del Sector Público

El artículo 166 LPAP recoge cuatro categorías de empresas públicas, de las que ahora interesan las dos que enumera en último lugar, pues las otras dos adoptan formas de personificación de Derecho Público. Retenemos, en consecuencia, las que adoptan una tipología jurídico-privada, a saber:

1. Las sociedades mercantiles denominadas estatales, que la ley define como aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público estatal sea superior al 5 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal (no, por lo tanto, nos encontraríamos en esta categoría si se tratara de sociedades «ómnibus», es decir, de aquellas que en su capital participasen entidades procedentes de diversa esfera administrativa: estatal, autonómica, local), en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

como son: i) las tradicionales normas sobre procedimiento y competencia para la compra, venta y gestión de acciones y participaciones sociales; y ii) las normas de organización y tutela de los organismos públicos y sociedades mercantiles. La oscuridad se debe a que, siguiendo la misma metáfora, lo que vemos es el resultado de esta proyección simultánea de dos tipos de normas distintas...»

Dentro de esta categoría aún existe una subespecie, cuya imagen define el propio art. 166 en su punto 2. Se trata de aquellas sociedades estatales cualificadas por la concurrencia de dos notas: primera, que el tipo o forma social adoptado sea precisamente el de sociedad anónima; segunda, que su capital sea, en su totalidad, de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado. Para estas sociedades se prevé un régimen legal específico, pues quedan sujetas a lo dispuesto «en el presente Título» (y aquí es preciso subrayar que el Título en cuestión, además de normas generales, contiene en sus artículos 176 a 182, disposiciones especiales y exclusivas para estas sociedades), y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

2. La segunda subespecie viene constituida por las demás sociedades mercantiles, distintas de las estatales, que se encuentran sujetas, actual o potencialmente, al control de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos. Y apela aquí la LPAP, para definir en qué consiste ese control, a los conceptos de Grupo societario-unidad de decisión, remitiendo al efecto a la legislación mercantil (Código de Comercio y Ley del Mercado de Valores).

Interesa apuntar ahora que el régimen legal aplicable a las distintas estructuras que se presentan en el tráfico con forma de Derecho Privado no es homogéneo. Hemos señalado poco más arriba que a las sociedades estatales del artículo 166.2 LPAP (anónimas con capital 100 por 100 estatal) se las reconduce ampliamente al Derecho Privado, pero con especialidades que se prevén en exclusiva para ellas. De este carácter exclusivo de algunas normas se podría deducir la inaplicabilidad de éstas a las demás categorías de entes estatales con forma jurídico-privada, por el simple razonamiento «*a contrario*», pero tal vez resultara una conclusión precipitada, pues veremos que la racionalidad y «universalidad» de fundamento harían exportables algunas previsiones legales, en principio circunscritas a las sociedades estatales o «100 por 100», a las demás sociedades contempladas en el art. 166 LPAP. En cualquier caso el dato apuntado es incontestable, y ello hará quizás más fastidioso el seguimiento de las cuestiones que a continuación tratamos, pues nos obligará a introducir distingos para exponer las especialidades de las sociedades estatales «100 por 100». Lo enojoso de estas matizaciones, no obstante, se verá compensado por la oportunidad que ofrecen para hacer un análisis crítico sobre las posibilidades de aplicación analógica de ese Derecho particular.

3.3. Aportaciones patrimoniales a la sociedad

Para el específico caso de sociedades anónimas estatales «100 por 100», esto es, las definidas por el artículo 166.2 LPAP, prevé el artículo 182 de la misma ley una especialidad referida a las aportaciones no dinerarias. Consiste, simplemente, en que no es necesario el informe de los expertos independientes exigido en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

La medida está justificada, porque existe una fórmula alternativa para garantizar la realidad del valor patrimonial de lo aportado, es decir, la *sustancialidad* de la cifra de

capital. Consiste en la necesidad de practicar la tasación prevista en el artículo 114 de la LPAP. Y cabe recordar aquí las condiciones de esta tasación para concluir que la garantía que representa es, por lo menos, equivalente a la prevista en la Ley de Sociedades Anónimas. Efectivamente, esa tasación:

1. deberá explicitar los parámetros en que se fundamenta;
2. deberá efectuarse por personal cualificado, bien personal técnico dependiente del departamento u organismo que haya interesado su adquisición, bien técnicos facultativos del Ministerio de Hacienda, aunque es posible también encargar la valoración a sociedades de tasación debidamente inscritas en el Registro de Sociedades de Tasación del Banco de España y empresas legalmente habilitadas, con sujeción a lo establecido en la legislación de contratos;
3. la tasación deberá aportarse en momento oportuno, a la apertura del correspondiente procedimiento, sin perjuicio de que la Dirección General del Patrimonio del Estado pueda revisar las valoraciones efectuadas;
4. la tasación deberá ser aprobada por el Director General del Patrimonio del Estado o, en el caso de organismos públicos, por el órgano competente para concluir el negocio correspondiente;
5. podrá modificarse la tasación, de forma motivada, cuando ésta no justifique adecuadamente la valoración de algunos elementos determinantes, cuando razones de especial idoneidad del bien le otorguen un valor para la Administración distinto del valor de mercado, o cuando concurran hechos o circunstancias no apreciados en la tasación; y
6. la tasación tendrá un plazo de validez de un año, contado desde su aprobación.

3.4. Pactos de sindicación

A estos pactos se refiere con claridad en una ocasión, art. 169 i), la LPAP y tal vez pueda encontrarse una segunda «alusión» (por tanto, estamos hablando de una referencia no clara), en el artículo 175.5. a).

El artículo 169 se refiere a la competencia del Consejo de Ministros en materia de patrimonio empresarial de la AGE, e identifica una serie de potestades entre las que se encuentra la que ahora interesa:

«i) Autorizar a las entidades a que se refiere el artículo 166 de esta Ley y al Ministerio de Hacienda para la suscripción de acuerdos, tales como pactos de sindicación de acciones, que obliguen a ejercer los derechos inherentes a los títulos en sociedades mercantiles de común acuerdo con otros accionistas.»

El artículo 175, que lleva por rúbrica «Procedimiento para la enajenación de títulos representativos de capital», se refiere en su punto 5 a los excepcionales supuestos en que, frente a la regla general del concurso o la subasta, se admite la adjudicación directa de títulos y valores que no coticen en mercados secundarios organizados o que, aún cotizando en ellos, el precio de mercado no resulta significativo por razón

del volumen de negociación habitual. Entre esos supuestos excepcionales figura el siguiente:

«a) Existencia de limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, o existencia de derechos de adquisición preferente».

Repárese en que se trata de dos preceptos incardinados entre los que se dedican a la empresa pública en general, no entre los reservados en exclusiva a las sociedades estatales «100 por 100». Sin embargo, la expresa referencia en ellos a las acciones acota o restringe su campo de aplicación a sólo una parte de aquellas entidades: a las que revistan la forma de sociedades anónimas (sociedades estatales o no) y, aún de éstas, habría que excluir a las «100 por 100» participadas por el sector público estatal, pues en este caso de participación unánime la unidad de acción dentro de la sociedad ya está *per se* garantizada, sin necesidad de acuerdos que la refuercen.

El artículo 166.i) de la LPAP se refiere al caso de un sindicato de mando, o de voto, cuya finalidad es favorecer el voto coincidente o en un mismo sentido de los socios en las Juntas. El artículo 175.5 a) no puede referirse, en su primer inciso (existencia de limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones) a una fórmula de sindicato societario, ni siquiera al de bloqueo, esto es, a aquellos pactos que tratan de evitar la posibilidad de que los accionistas sindicados transmitan voluntariamente sus acciones a quienes no están adheridos al sindicato. La razón de esta negación es evidente: los pactos de sindicación son, en su propio concepto, pactos extraestatutarios. Sin embargo, el segundo inciso del texto legal que ahora analizamos, cuando se refiere «a la existencia de derechos de adquisición preferente», no requiere que dimanen estos derechos de los estatutos, por lo que bien podrían traer su origen de un acuerdo de sindicación.

Ahora bien, de admitirse la posibilidad de que el sindicato tenga por objeto bloquear la transmisión de acciones a terceros no comprometidos por el acuerdo, se presenta una incongruencia de forma inmediata: si para acordar un mero sindicato de voto se requiere autorización del Consejo de Ministros ¿cómo es que se prescinde de ella para establecer derechos de adquisición preferente que, cuando jueguen en contra de la Administración Pública-accionista, esto es, cuando limiten su libertad de disposición, pueden implicar una venta forzosa de sus valores, siendo así que la enajenación de bienes patrimoniales de las Administraciones está sujeta, y ello con carácter general, a un riguroso procedimiento de control?

Dos son las posibles opciones de interpretación que se presentan para esta norma: no exigir el cumplimiento del requisito que la ley no requiere de forma expresa; o, impelidos por la fuerza de la lógica, *minus ad maiorem*», entender que, habida cuenta de que los pactos de adquisición preferente pueden implicar para la Administración una opción (no una obligación) de adquisición o un deber de transmitir (frecuentemente las dos cosas, salvo que se trate de pactos muy sofisticados), exigir la autorización del Consejo de Ministros para suscribirlos en los mismos casos en que la ley exige ese permiso para la disposición de acciones, que son los dos siguientes: cuando puedan suponer la pérdida de la participación del 100 por 100, según el art. 169 g) LPAP (caso realmente improbable –se podría decir más: imposible– que suceda, habida cuenta de la unidad o unicidad del socio: ¿con quién se va

a sindicarse, consigo mismo?; ¿a favor de qué otros socios va a reconocer el derecho de adquisición preferente?); o cuando potencialmente implique la pérdida de la posición de control societario (art. 169. h) LPAP).

Otra cuestión de interés, que guarda relación con lo que acaba de exponerse en este apartado, hace referencia a la «explosividad» de los problemas que podrían suscitarse cuando la Administración Pública sea socia de una compañía en cuyos estatutos (no nos referimos ya, por lo tanto, a posiciones que traigan su causa de pactos de sindicación) se prevean derechos de adquisición preferente, o en que éstos resulten de aplicación ante el silencio estatutario, por así preverlo la ley (es el caso, por ejemplo, contemplado en el artículo 29, relativo a la transmisión voluntaria de participaciones por actos *«inter vivos»*, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada). Las dificultades que entonces se podrían plantear son fácilmente imaginables. Dadas las restricciones legales y la imperatividad de procedimientos rígidos (concurso, subasta) a que sujeta la LPAP las ventas de activos públicos patrimoniales, procedimientos a través de los que se selecciona al adquirente o cesionario y se determina el precio, los eventuales derechos de adquisición preferente interfieren en ese régimen y, si se reconociera a «terceros» (en realidad, a otros socios) la posibilidad de desplazar al adquirente que ha seleccionado la Administración transmitente, procediendo ésta conforme a lo ordenado en la legislación administrativa, estaría el conflicto servido. ¿Qué grupo normativo tendría entonces prevalencia: el administrativo o el privado-mercantil? Aunque habría que estar a las circunstancias del caso para acertar en la respuesta, sí parece que puede anticiparse una directiva para el supuesto de que la desinversión de la Administración obedezca a un mero propósito liquidatorio (es decir, propio del mero inversor de fondos): si el ejercicio de los derechos de adquisición preferente arroja como resultado una contraprestación a favor de la Administración de no menor valor que la que resulta de la aplicación de los procedimientos administrativos de selección de contrapartida (circunstancia que se verificará normalmente), entonces habrán de respetarse tales derechos.

Bien, ese conflicto potencial ya se ha anticipado que constituye una pura hipótesis de trabajo. En realidad, la LPAP prevé en su artículo 175.5.a), que hemos transcrito antes, que la Administración podrá acordar la adjudicación directa (y apartar así los procedimientos ordinarios de cesión) en el caso de «existencia de derechos de adquisición preferente». La norma es tan terminante que su interpretación no puede dejar lugar a dudas. Pero, con todo, tiene sentido el haber planteado la hipótesis, porque desvela los intereses en conflicto y lleva al ánimo la idea de que respuesta tan contundente como la que en este concreto particular ofrece la LPAP no resulta del todo satisfactoria. Debería haberse aproximado la ley al supuesto con mayor sensibilidad y haber realizado un esfuerzo por matizar más finamente.

En fin, del artículo 175 LPAP puede también deducirse un derecho de adquisición preferente a favor de los socios. Este derecho se genera de manera indirecta («refleja» la denomina OLIVERA MASSÓ), posiblemente no premeditada por el legislador. Efectivamente, cuando el artículo 175.5 relaciona diversos supuestos de exención de los procedimientos ordinarios de enajenación de títulos y valores, refiere entre ellos, en la letra d), que la venta se realice a favor de la propia sociedad, o a favor de

otro u otros partícipes en la sociedad. Y añade el precepto que en este último caso los títulos deberán ser distribuidos entre los partícipes interesados en la adquisición, en la parte proporcional que les corresponda de acuerdo con su participación en el capital social.

3.5. Responsabilidad de los administradores

La observancia de las instrucciones exonera de la responsabilidad prevista en el art. 133 del T.R de la Ley de Sociedades Anónimas a los administradores que actuaron diligentemente para su ejecución, si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas. Esta «irresponsabilización» confirma en el ánimo la idea de que la sociedad mercantil totalmente participada por la Administración constituye un mero recurso instrumental de ésta, lo que se proyecta en una dimensión tan sensible como es la actuación de los administradores y, en general, representantes de que se sirve para actuar en la sociedad. Y es que difícilmente, salvo que fuera imaginable un desdoblamiento de personalidad, una esquizofrenia, se va a dar el caso de poder exigir responsabilidades a los administradores obedientes al menos en dos de los casos contemplados en el artículo 133 L.S.A.: daños a la sociedad y daños a los accionistas. Daños a la sociedad serían daños directamente causados a la Administración Pública partícipe en su capital, porque cuando se controla la totalidad de éste la relación de instrumentalidad, resumida en la idea de que la mercantil es mera prolongación –artificial– del ente matriz, revierte la responsabilidad sobre la única Administración Pública sustancial en presencia –la Administración madre o partícipe– y sobre quien, formando parte de ella, ha tomado la decisión, es decir, ha impartido las instrucciones. El mismo fundamento sirve para explicar la racionalidad de la norma cuando la actuación del administrador respetuoso de las instrucciones causa daño a los accionistas, que lo son, o lo es, mejor dicho, la Administración tutelar.

Pero es diferente el supuesto en que el daño se irroga a terceros, que se encuentran extramuros del recinto societario. Nos referimos a los acreedores a que alude el artículo 133 LSA. Porque lo que entonces está alentando el artículo 179 LPAP, sobre responsabilidad de los administradores, es que éstos contribuyan a formar la decisión del órgano de administración o actuar en el ejercicio de sus funciones típicas en base a un cálculo de responsabilidades, que es a lo que, lamentablemente, se aboca en un mundo en que la inflación legislativa y reglamentista resulta asfixiante. La estrategia que se impone es entonces: «tomaré la opción que resulte más eficaz para huir de las responsabilidades».

La norma del 179 tal vez debería haber sido reformulada en términos tales –y pensamos ahora en esa eventual responsabilidad frente a terceros, los acreedores– que la «patente de corso» no dependiera sólo de haber cumplido el administrador las instrucciones recibidas, sino del hecho de acreditar la «resistencia» a seguirlas y de haberlo hecho constar en acta así.

Por lo tanto, entre los dos polos ideales para regular la responsabilidad de la persona sujeta a instrucciones, esto es, el que opta por la exoneración (por este modelo se

inclina, por ejemplo, en sede de responsabilidad penal, el Código de este nombre, al enumerar como circunstancia eximente, en su artículo 20.7º, obrar «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo») y el que se decanta por mantener la responsabilidad (así, en sede de contrato de comisión mercantil dispone el Código de Comercio, artículo 258, que el comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y también será responsable de su contravención u omisión aunque hubiere procedido en virtud de órdenes expresas del comitente); entre estos dos paradigmas extremos –continuamos– caben otras respuestas más matizadas e intermedias, que permiten acercarse probablemente más a la justicia en relación con las circunstancias concurrentes en cada caso.

3.6. Buen gobierno de las empresas públicas

El concepto de empresa pública parece asociado a la idea de ineficiencia empresarial. En este sentido se preguntan los que se han aproximado al estudio de la empresa pública si ésta en verdad cumple las misiones para las que ha sido creada: intervenir en casos de fallos de mercado, prestar ciertos servicios públicos o actividades estratégicas, etc. Incluso el cuestionamiento va más allá: esos mismos fines ¿no los puede alcanzar más eficaz y más económicamente la empresa privada?

Se achaca a la empresa pública que incurre en sobrecostes o inflación laboral; que no está expuesta a incentivos que estimulen su eficiencia (ni sus acciones están sujetas a la confrontación del mercado, porque no suelen cotizar en Bolsa; ni la calidad-precio de sus servicios y productos han de concurrir con los de otros competidores, porque no operan en mercados de estructura competitiva; ni sus directivos –cuando viven el mandarinato de los divanes– pueden ser sacudidos por el terremoto de una OPA hostil, que los someta al veredicto de los accionistas; ni siquiera corren el riesgo de la calificación final, de la insolvencia, porque los recursos que el Estado les puede inyectar en caso necesario resultan inagotables).

También se aboga por reducir el papel del sector público a funciones de mero regulador, dejando la intervención directa productiva o comercializadora a la iniciativa privada. Algo de esto hemos comentado en un capítulo anterior de este trabajo. Así, si se quiere universalizar el servicio de telecomunicación o de acceso a Internet, bastaría que el Estado organizara el procedimiento de adjudicación de la actividad en condiciones tales que se optimizara el coste-calidad, y que desplegara una vigilancia estrecha del modo en que el adjudicatario cumple con las obligaciones del servicio.

En España, en los años pasados, ha tenido lugar un vasto proceso de privatización del sector público empresarial, pero aún persisten importantes sectores de actividad en mano pública: porque son deficitarios (y por sensibilidad social, acaso enfermiza y políticamente interesada o, al menos, necesaria), minería y naval, y la radio y la televisión públicas; acaso por razones estratégicas, las comunicaciones (RENFE y, para la gestión aeroportuaria, AENA). Xavier VIVES ha llamado la atención sobre el paradójico caso de la gestión de los aeropuertos: FERROVIAL, empresa privada

española, ha podido acceder a la gestión de los de Londres, pero no podría hacer otro tanto en España.

La OCDE publicó en el año 2005 unas directrices de gobierno (de buen gobierno) corporativo de las empresas públicas, que vienen a completar sus recomendaciones del año 2004 sobre gobierno corporativo de las privadas. Cada una de las seis directrices principales que propone se abre después en un haz de subdirectrices más pormenorizadas y operativas. El documento de 2005 se basa en un certero diagnóstico de los males que aquejan, con relativa frecuencia, a las empresas públicas, y cuya superación constituyen retos a su actuación: falta de definición de la función del propietario en la administración o gestión de la empresa; déficit de transparencia tanto en lo relativo a los objetivos empresariales como en la comunicación de resultados; insuficiente capacidad de decisión de gestores y miembros de los consejos de administración, etc.

Las recomendaciones, correlativamente, son del siguiente tenor: necesidad de señalar objetivos claros; definir iniciativas basadas en disciplina de mercado, porque a la postre éste es el mejor árbitro de la eficiencia empresarial, y no resulta de recibo mantener con cargo a los recursos públicos –subvenciones– a empresas que no podrían sobrevivir en un marco de competencia; aislar de influencia política a los gestores y administradores; insistir en la transparencia; someter a la empresa pública a un grado de competencia (de vacunación) suficiente, aunque se admiten propuestas transitorias o de graduación en este proceso; etc.

Un aspecto delicado, como puede observarse, tiene que ver con los administradores. Si hasta ahora con frecuencia la condición de consejero en una empresa pública se concibe como un peldaño en la carrera política personal, y la composición de los consejos se atiene a un reparto entre candidatos propuestos por los partidos políticos, en función de la fuerza que les confirieron las elecciones, urge objetivar los procesos para su selección, y ahondar en la exigencia de capacidad acreditada y cualidades morales, amén de dar al legislativo un papel más activo en estos procesos de designación.

3.7. Adquisición y enajenación de carteras

La LPAP, dentro del Título VII, que dedica a regular el patrimonio empresarial de la Administración General del Estado, dedica el artículo 171 a la adquisición de títulos valores y los artículos 174 y el extenso 175 al régimen, respectivamente, de la competencia y del procedimiento para la enajenación de títulos representativos del capital. El rigor no brilla en estos preceptos. La referencia a los títulos parece excluir a las acciones u otros valores representados por anotaciones en cuenta, extremo que después desmiente el desarrollo de la norma, que lo amplía al caso de otros instrumentos financieros, como futuros y opciones, con tal de que su activo subyacente esté constituido por acciones.

En lo referente a la adquisición, la LPAP centra su interés en los aspectos de competencia, procedimiento de adquisición y determinación del precio. Quizás el aspecto más sensible sea este último, el de determinación del importe, a cuyo efecto se

prevé que si los «títulos o valores» (aquí ya ha cambiado la terminología, no hay referencia a «título valores», sin guión, por cierto, que figura como rúbrica del artículo) cotizan en algún mercado secundario organizado, el precio de adquisición será el correspondiente de mercado en el momento y fecha de la operación, aunque también se contempla el caso en que el volumen de negociación no sea el suficiente para formar un precio de mercado significativo, y entonces, a propuesta motivada, los órganos competentes para la adquisición podrán proponer otro método legalmente admisible (que queda en la incertidumbre) de valoración o de adquisición (repárese en esto último: la propuesta se refiere no solo a una alternativa de valoración, sino también de adquisición).

Un supuesto especial de valoración se produce cuando la finalidad de la adquisición de los títulos consista en obtener la plena propiedad de inmuebles o de parte de ellos por parte del Estado o sus organismos públicos. En este caso de «venta de capa» y para evitar el *contrabando* con su probable desenlace de fraude de ley, se requiere que la valoración de las participaciones se haga sobre la base de la previa tasación de los inmuebles.

En lo referente a la enajenación de títulos representativos de capital (así rezan las rúbricas de los artículos 174 y 175 LPAP, que ahora ocupan nuestra atención), lo primero que ha de observarse, de nuevo, es la imprecisión del objeto de la transmisión. ¿Realmente quiso decir la ley que «sólo» dichos títulos representativos de capital? ¿No, en consecuencia, las acciones cotizadas en Bolsa –que requieren, como es sabido, representación por medio de anotación en cuenta y no admiten la cartular o el «título»–, ni los derechos de suscripción preferente en caso de aumento de capital, ni las obligaciones emitidas por la sociedad y en manos del sector público estatal, ni siquiera las participaciones en una sociedad limitada?

La interpretación literal del precepto debe ser descartada, pues aquí igualmente sucede que el contenido de la norma, esta vez el artículo 175, con su referencia a enajenación en mercados secundarios organizados, impone una rectificación del término, para admitir también los valores en anotación en cuenta. Revelada así la imprecisión del legislador, hay base para aplicar analógicamente las normas que examinamos a las transmisiones de los demás bienes y derechos aludidos en las preguntas que acaban de formularse.

En lo relativo al procedimiento de enajenación sí merece la pena destacar la previsión que contiene el artículo 175.2 de la LPAP, conforme al cual la enajenación de los valores representativos del capital se podrá realizar directamente por la Administración General del Estado o por sus organismos autónomos, o se podrá tomar la circunvalación consistente en aportarlos o transmitirlos previamente a una sociedad mercantil estatal o entidad pública empresarial cuyo objeto social comprenda la tenencia, administración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones en entidades mercantiles, y aún (y ésta es una alternativa menos artificiosa) se podrá celebrar un convenio de gestión por el que se concreten los términos en que dicha sociedad pueda proceder a la venta de valores por cuenta de la Administración General del Estado o de organismos públicos.

El alcance de la interposición de la entidad receptora de los valores, cuando es ésta la fórmula adoptada, para que sea ella la que retransmita a terceros, va más allá de una simple fórmula de flexibilización organizativa. A nadie se le escapará que late en el fondo una manifestación más de la «huída del Derecho Administrativo», no por eso mecánicamente censurable. El acceso a mercados más amplios (la apertura a una mayor demanda proporciona mayores y mejores oportunidades al vendedor), más allá de las fronteras, obliga en ocasiones a pagar el peaje de sumisión a cláusulas de arbitraje o a la aplicación de un Derecho extranjero, lo que está vedado a la Administración tradicional. Pero sus nuevas formas de personificación instrumentales (las sociedades intermedias en nuestro caso) no están sujetas, en su funcionamiento, a restricciones tan rígidas.

EL APROVECHAMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE LAS OPORTUNIDADES DE NEGOCIO DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADA (SOCIEDADES COTIZADAS Y NO COTIZADAS)

PEDRO MIROSA MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho - ESADE
Universidad Ramon Llull

SUMARIO

1. El «corporate governance» y los deberes de los administradores de sociedades mercantiles.	205
2. La difícil aplicación de la normativa española de buen gobierno a las sociedades no cotizadas	210
3. El deber de lealtad de los administradores y el aprovechamiento de las oportunidades de negocio	214
4. Requisitos del deber de conceder preferencia: la oportunidad debe haber sido «ofrecida a la sociedad» o que la sociedad pueda tener «interés en ella».	224
5. Requisitos de la excusa por parte de la sociedad: desestimación de la operación sin mediar influencia de los administradores	227

I. El «corporate governance» y los deberes de los administradores de sociedades mercantiles

Con la expresión anglófona «*Corporate Governance*» (o la española de «*buen gobierno*») es habitual identificar en la doctrina jurídico-mercantil el debate, traído a la doctrina española en las dos últimas décadas del siglo xx, acerca de la organización y el control de la administración de las grandes sociedades anónimas¹. Constituye, pues (a pesar de su relativa imprecisión para aludir, como se propone, al régimen de ejercicio del poder de decisión), el término de moda para referirse al viejo y difícil problema del control de la conducta de los altos directivos en la gran empresa².

1. Vid., por todos, en relación con el encuadramiento semántico y de contenido a que nos referimos en el texto, la obra colectiva ESTEBAN VELASCO (Coord.): «*El Gobierno de la Sociedades Cotizadas*», Madrid, 1999, y particularmente la presentación del coordinador, «*Presentación: ¿una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?*», pág. 25. Algunas indicaciones sobre el poco pacífico recibimiento de estas opciones terminológicas en la literatura jurídico mercantil española puede verse en FARRANDO MIGUEL: «*Una aproximación al Buen Gobierno de las sociedades anónimas abiertas*», en «*Revista de Derecho de Sociedades*», nº 26 (2006), págs. 157 y 158. En los textos de iniciación pedagógica, vid. BROSETA: «*Manual de Derecho Mercantil*» (13ª edic. a cargo de Fernando MARTÍNEZ SANZ), Madrid, 2006, Vol. I, pág. 417.

2. Cfr. MORILLAS JARILLO: «*Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*», Madrid, 2002, pág. 6. Sobre el tema en general son imprescindibles, además de la obra colectiva citada en la anterior nota 1, AA.VV.: «*El poder de decisión en las grandes sociedades. Evolución y perspectivas*», VI Jornadas de la Especialidad Jurídico Económica, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995; ARRUÑADA: «*Control y regulación de la sociedad anónima*», Madrid, 1990; BISBAL: «*El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y práctica*», en «*Rev. Dº Merc.*», nº 226, 1997, págs. 1.673 y ss.; Farrando Miguel: «*Una aproximación al Buen Gobierno de las sociedades anónimas abiertas*», en «*Revista de Derecho de Sociedades*», nº 26 (2006), págs. 157 t ss.; OLIVENCIA: «*Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima*», en «*Rev. Gral. del Derecho*», 1994; «*El gobierno de las sociedades*», en «*Libro Homenaje al Prof.*

La reflexión actualmente generalizada acerca de la estructura y deberes de los órganos de administración de las sociedades mercantiles tiene su origen en los planteamientos realizados en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América en los años 70 y 80 de la pasada centuria, que cristalizan, en Inglaterra, en el Informe Cadbury («Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance»)³ de 1992 y, en los USA, en los llamados Principios de Gobierno Corporativo del American Law Institut (1994)⁴.

La repercusión en España de este movimiento (hasta alcanzar iniciativas gubernamentales e intervenciones legislativas) se retrasa hasta bien entrados los años 90 y vino propulsada decisivamente, como ya había ocurrido en los países de origen, por los escándalos financieros provocados por las crisis de ciertas compañías que repercutieron intensamente en el mercado de valores y, por tanto, en las posiciones de un

Sánchez Calero», vol. II, cit.; PAZ ARES: «El gobierno de las sociedades», en «Libro Homenaje al Prof. Sánchez Calero», vol. II, cit.; SAN SEBASTIAN FLECHOSO: «El gobierno de las sociedades cotizadas y su control», Madrid, 1996; Sanchez Alvarez: «El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración», en «Rev. de Derecho de Sociedades, 1999»; SANCHEZ-CALERO GUILARTE: «La competencia entre la sociedad y sus directivos», en «Revista de Derecho de Sociedades», nº 18 (2002); TRIAS SAGNIER: «Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades», Madrid, 1998. Con posterioridad a la realización legislativa que supuso la Ley 26/2003 de 17 de julio (y también en estos aspectos generales y sin perjuicio de las monografías sobre aspectos concretos que oportunamente citaremos) vid. AA.VV. (coord. J. M. Embid Irujo): «Las competencias de los órganos de las sociedades de capital», Valencia, 2005; AA.VV. (VINES y PEREZ ARDA Coord.): «La Sociedad cotizada», Madrid, 2006; AA.VV. (RODRIGUEZ ARTIGAS, ALONSO UREBA, FERNANDEZ DE LA GANDARA, VELASCO SAN PEDRO, QUIJANO, ESTEBAN VELASCO, direcc.): «Derecho de sociedades anónimas cotizadas», (2 vols.) Bolsa de Madrid, Aranzadi, Cizur Menor, 2006; DIAZ ECHEGARAY: «Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio», Navarra, 2004; FERNANDEZ PÉREZ: «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», en «Rev. de Derecho de Sociedades», 2004, nº 22, págs. 87 y ss.; PAZ ARES: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en «Rev. de Derecho de Sociedades», nº 20 (2003), págs. 67 y ss.; SANCHEZ CALERO: «Los administradores en las sociedades de capital», Thomson, Cizur Menor, 2005; TRIAS SAGNIER: «El Consejo de Administración como órgano garante del buen gobierno en la sociedad cotizada», en «Rev. de Derecho de Sociedades», nº 21 (2003), págs. 165 y ss.

3. Publicado por *GEE and Co. Ltd.*, diciembre, 1992. Vid. traducción al español en ESTEBAN VELASCO, op. cit., págs. 767 y ss. El Informe Cadbury fue promovido por la convulsión que produjo en el Reino Unido la quiebra del Banco BCCI y la del grupo Polly Peck. Posteriormente, todavía, han seguido el Informe Greenbury (sobre retribución de los consejeros) y el Informe Hampel (que viene a resumir y coordinar los dos anteriores). Sobre todos ellos, vid. SALELLES CLIMENT: «El funcionamiento del Consejo de Administración», Madrid, 1995, *passim*; PETIT LAVALL: «El informe Cadbury: un análisis sobre la objetividad, eficacia y responsabilidad de los auditores de cuentas», en «Rev. Gral. del Derecho», nº 603, diciembre 1994, págs. 12.863 y ss.; VICENT CHULIA: «Introducción al Derecho Mercantil», 15ª edic., Valencia, 2002, pág. 390.

4. Publicados, con comentarios y notas, en dos volúmenes por *American Law Publishers*, St. Paul, Minnesota, 1994. Vid. también traducción española en ESTEBAN VELASCO, op. cit., págs. 861 y ss.

gran número de ahorradores y pequeños inversores⁵. Se ha dicho, en este orden de ideas, que las graves crisis de solvencia que han padecido algunas grandes corporaciones durante los últimos años en el entorno europeo son crisis debidas, en gran medida, a defectos en sus sistemas de gobierno y, más en concreto, a mecanismos ineficientes de control de la gestión⁶.

El 28 de febrero de 1997 el Consejo de Ministros, a propuesta del de Economía y Hacienda, acordó la creación de una Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, cuya composición fue determinada por Orden de 24 de marzo de 1997 que designó presidente de la misma al Profesor D. Manuel Olivencia Ruiz. Un año más tarde, la Comisión daba a luz el que ha sido denominado «Informe Olivencia» y que contiene (en su epígrafe III) un «Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas»⁷. Este fue y sigue siendo el texto inicial de referencia y el que, ya desde el primer momento, marcó el ámbito de reflexión y el objetivo de la preocupación española (no distinto del de los restantes países): el gobierno de las grandes corporaciones que acuden al mercado secundario de la bolsa para su financiación y en las que la posición de accionista ahorrador se halla particularmente debilitada y, por tanto, amenazada. Pudiera considerarse un muy difuso y magro precedente del Informe Olivencia la «Propuesta de Normas para un mejor Funcionamiento de los Consejos de Administración» formulada por el Círculo de Empresarios de Madrid y fechada a 12 de noviembre de 1996⁸.

Con base en el Informe y Código Olivencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores estableció, dirigido asimismo a las sociedades cotizadas, un Modelo de Reglamento-tipo del Consejo de Administración Ajustado al Código de Buen Gobierno (19 de mayo de 1998)⁹ que, con las modificaciones propias de cada caso, fue

5. Cfr. al respecto, entre otros muchos, MORILLAS JARILLO: «Las normas de conducta...», cit., págs. 4 y ss.

6. TAPIA HERMIDA: «El papel de los grandes accionistas en el gobierno de las grandes corporaciones: reflexiones a la luz de algunas crisis financieras recientes», en AA.VV.: «El poder de decisión en las grandes sociedades. Evolución y perspectivas», VI Jornadas de la Especialidad Jurídico Económica, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pág. 99. Una aproximación de carácter general de especial interés por salir de la pluma de quien presidiría la redacción del primer «Código de Conducta» español, puede verse en OLIVENCIA: «Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima», en Rev. Gral. del Derecho, nº 603, diciembre 1994, págs. 12.883 y ss.; y «Manager's Revolution/ Independents Counter Revolution (ensayo sobre una nueva fase de la sociedad anónima)», en Estudios Menéndez, II, págs. 2173 y ss.

7. Vid. su texto completo en MATEU DE ROS: «La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas», Navarra, 2004, págs. 231 y ss.

8. Vid. su texto en ESTEBAN VELASCO, op. cit., págs. 755 y ss. Sobre otro precedente, cfr. SALELLES CLIMENT: «Aproximación al Reglamento del Consejo de Administración como norma de organización: el Reglamento del Consejo de Administración de Telefónica de España, S.A.», en Rev. Gral. Derecho, julio-agosto 1997, págs. 9.143 y ss.

9. Vid. su texto en ESTEBAN VELASCO, op. cit., págs. 741 y ss.

adoptado con esta condición de mecanismo auto-regulador por un significativo número de Compañías.

Una nueva conmoción financiera y mediática ocasionada (como siempre) por otra escandalosa crisis empresarial, impulsó una segunda fase en la reflexión española que condujo, finalmente, a la intervención legislativa que nos ocupará en este trabajo. El origen está en la proposición no de ley del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de abril de 2002, que promovió la creación de una comisión especial de expertos para analizar la problemática provocada en las sociedades emisoras de valores e instrumentos financieros admitidos a cotización en los mercados organizados por las relaciones entre éstas y sus auditores, analistas y consultores, con el fin de incrementar la transparencia y dotar de mayo seguridad al accionista. Para dar cumplimiento a esta proposición, el Consejo de Ministros celebrado el 19 de julio de 2002 acordó la creación de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados y Sociedades Cotizadas, presidida por D. Enrique de Aldama.

Esta Comisión, tras seis meses de trabajo, presentó con fecha 8 de enero de 2003 su Informe (conocido hoy como «Informe Aldama»), mucho más amplio que el Informe Olivencia (puesto que trata materias ausentes en el primero, como la Junta General, la transparencia informativa y las relaciones con auditores, analistas, bancos de inversión y agencias de calificación). A pesar de esta y otras diferencias nada intrascendentes entre uno y otro informe (que llegan, en algunos casos, a manifestar abiertas discrepancias conceptuales y de perspectiva), cabe reprochar a ambos una excesiva dosis de teoricismo y de digresión socio-económica que seguramente podrían haberse reducido¹⁰ y la insistente apelación a la autorregulación de las sociedades, más acusada en el Informe Olivencia que en el Informe Aldama, en el que expresamente se propone que algunas de sus recomendaciones encontrarían adecuado asiento en una regulación legislativa de carácter imperativo «cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada»¹¹.

Dando satisfacción a la anterior sugerencia, el Gobierno presentó en marzo de 2003 un Proyecto de Ley a la Cámara de los Diputados¹² que, tramitado por la Comisión de Economía y Hacienda (que rechazó dos propuestas de veto), dio ocasión a que el Pleno del Congreso, en su sesión de 8 de julio de 2003, aprobase la hoy generalmente denominada «Ley de Transparencia», cuyo rótulo completo reza «Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la

10. Cfr. MATEU DE ROS, op. cit., pág. 20.

11. Así, textualmente, en el Punto VI, 2. Puede verse el Informe completo en MATEU DE ROS, op. cit., págs. 265 y ss.

12. Vid. «Boletín Oficial de las Cortes Generales/Congreso de los Diputados», VIII legislatura, Serie A, de 28 de marzo de 2003, num. 137-1.

transparencia de las sociedades anónimas cotizadas» y que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 18 de julio de 2003, número 171, entrando en vigor el día siguiente de su publicación.

En ejecución de esta última disposición, el Ministerio de Economía y Hacienda dictó las Ordenes 3722/2003 de 26 de diciembre y 354/2004 de 17 de febrero, por las que se regula la emisión del Informe Anual de Gobierno Corporativo y otros instrumentos de información por parte de las sociedades cotizadas y de las Cajas de Ahorros.

Todavía con posterioridad a estas realizaciones legislativas, la preocupación por la implementación de un código de conducta aplicable a la administración de las compañías españolas ha cristalizado en una nueva iniciativa a través del denominado «Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas» elaborado por un grupo encabezado por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, D. Manuel Conthe, cuya primera versión se dio a conocer el 18 de enero de 2006¹³ y que, tras un período de consulta pública, dio lugar a un texto final fechado a 19 de mayo de 2006 que, en concepto de «documento único con las recomendaciones de gobierno corporativo», fue aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 22 de mayo de 2006¹⁴.

De este breve excursus y en relación con el movimiento de atención al llamado buen gobierno corporativo desarrollado en España, me interesa subrayar dos elementos de especial importancia a los fines de este trabajo. En primer lugar, el hecho de que tanto la reflexión doctrinal y social como la normativa legal por fin segregada han tenido como objeto de atención decisivo el marco de las sociedades cotizadas. Y, en segundo lugar, que, ello no obstante (y con excepción de algunas disposiciones reglamentarias), no es en este ámbito y en el seno de las disposiciones que a él se dirigen el único en que se han insertado en nuestro ordenamiento jurídico los textos legales que han tratado de dar la respuesta oportuna, sino que una parte de ellos han incidido en el propio del régimen general de las sociedades mercantiles de forma anónima, a través de las modificaciones introducidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades anónimas por la antes referenciada «Ley de Transparencia» de 17 de julio 2003.

13. Vid. BROSETA: «Manual...», cit., pág. 419. Una visión crítica de primer momento puede verse en el estudio de presentación de la obra colectiva del bufete GARRIGUES, AA.VV. (VINES Y PÉREZ ARDA, Coord.): «La sociedad cotizada», Madrid, 2006, cit.

14. En relación con la preparación de este texto el Gobierno, con fecha 29 de julio de 2005, creó un Grupo Especial de Trabajo para asesorar a la CNMV en la armonización y actualización de los Informes Olivencia y Aldama, así como para formular las recomendaciones complementarias que juzgara precisas. El grupo especial se constituyó el 16 de septiembre de 2005 y realizó sus trabajos hasta concluirlos con una breve fase de consulta con expertos del mercado que se produjo a comienzos del 2006. Como se indica en el texto, el Grupo difundió una primera versión el 18 de enero de 2006 que quedó sometida a consulta pública. La prensa económica, como ocurrió en los casos anteriores, ha venido popularizando la referencia al informe que nos ocupa mediante la alusión al nombre del Presidente del Grupo de Trabajo que lo redactó (y a la sazón también de la CMNMV), D. Manuel Conthe.

2. La difícil aplicación de la normativa española de buen gobierno a las sociedades no cotizadas

La primera de las observaciones con que concluíamos el epígrafe que antecede merece un breve desarrollo.

En efecto. No cabe la menor duda que de que tanto la reflexión producida acerca de las exigencias del llamado buen gobierno corporativo como la legislación española que de ella se ha derivado han tenido la vista primordialmente puesta en los problemas que suscitan las grandes compañías presentes en el mercado bursátil, con un capital disperso en manos de pequeños ahorradores, fuertemente influenciadas por la presencia de los llamados inversores institucionales y sujetas eventualmente a la tiranía de sus propios directivos.

No precisa lo anterior de grandes esfuerzos de constatación. Sin necesidad de recurrir a sus precedentes extranjeros¹⁵, en los que esto resulta particularmente obvio, hay que recordar que, entre nosotros, tanto el Informe Olivencia primero como el Informe Aldama después, remarcan su condición de estudios focalizados en el poder de decisión dentro de las sociedades cotizadas. El primero, en el mismo pórtico de su introducción (apartado I,1, párr. cuarto) cuida de precisar que

«el acuerdo del Gobierno encomienda a esta Comisión Especial un doble cometido: la redacción de un informe sobre a problemática de los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y la elaboración de un Código ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades.»

Coherentemente con ello, el Informe Olivencia, al construir en su apartado III el llamado «Código de Buen Gobierno» advierte explícitamente (apartado II, 2) que

«el Código está dirigido, principalmente, a las sociedades españolas que cotizan en el mercado de valores (...)».

Por su parte, el Informe Aldama lleva la advertencia a su mismo título cuando se autodefine como «Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas». Y, en plena coincidencia con ello, al definir en el apartado 5 de sus «Consideraciones Generales» (capítulo I) quiénes son los «destinatarios de este informe», con absoluta precisión establece (párrafo segundo) que

«en concreto, el Informe toma como punto central de referencia a las sociedades cotizadas, que se encuentran en el núcleo de los mercados de

15. A los ya citados (por su carácter paradigmático y condición de pioneros) *Informe Cadbury* («Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance») de 1992 en Inglaterra y, en los USA, los *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* del *American Law Institut* (1994) debemos añadir, en el Reino Unido, como ya hemos señalado, los textos del *Informe Greembury* y del *Informe Hampel* y en Francia el *Informe Viennot*.

capitales y de la captación de recursos financieros del público, pero sus recomendaciones pudieran extenderse también a todas aquellas sociedades que acuden al mercado primario de valores (mercado de emisiones) con el objeto de colocar sus valores al público, con independencia de que los valores no coticen posteriormente en un mercado secundario».

Por fin, la propia Ley 26/2003, de 17 de julio (que reforma, como sabemos, las Leyes de Mercado de Valores y de Sociedades anónimas) se titula explícitamente «Ley (...) por la que se modifican la Ley (...) del Mercado de Valores, y (...) la Ley de Sociedades Anónimas (...) con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas».

Por su parte el reciente Código Conthe (al que no haremos especial referencia en lo que sigue por cuanto, de fecha muy posterior, no ha tenido incidencia en la elaboración de la llamada Ley de Transparencia y, por tanto, en la nueva redacción del artículo 127ter de la Ley de Sociedades Anónimas que aquí ha de ocuparnos) explícita y reiteradamente declara su propósito de concernir con carácter exclusiva a las sociedades cotizadas y así lo expresa tanto al formular sus llamados «principios básicos» como al desarrollar sus «recomendaciones»¹⁶.

Con estos antecedentes, a cualquiera se le alcanza que resulta escasamente comprensible que la repetida «Ley de Transparencia», ignorando en su texto dispositivo lo anunciado en el rótulo y sin hacer al respecto matización ni excepción alguna, venga, como hemos dicho, a modificar la ley general de sociedades anónimas, insertando sus disposiciones en la normativa aplicable a todo tipo de compañías, cotizadas o no cotizadas.

Sin perjuicio de la opinión que merezca el contenido de las normas así «generalizadas», respecto del que se ha pronunciado parte de la doctrina con criterios que no vacilaremos en compartir¹⁷, no parece dudoso concluir, por una parte, que, al

16. A lo anterior añade el *Código Conthe* como primero de sus principios el fundar su virtualidad en el artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores (sólo de aplicación a las sociedades cotizadas), que recoge la regla conocida internacionalmente como «*comply or explain*» («cumplir o explicar») y que, de acuerdo con ella, obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su Informe Anual de Gobierno Corporativo «*el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones*».

17. Así VICENT CHULIÁ (en la publicación colectiva del Bufete CUATRECASAS, AA.VV.: «*El buen gobierno de las empresas familiares*», Cuatrecasas-Thomson, Cizur Menor, 2004, pág. 49), sostiene muy acertadamente que las modificaciones introducidas por la Ley de Transparencia en el texto de la Ley de Sociedades Anónimas (relativas a los deberes de los administradores) hubieran podido ser suplidas perfectamente por jurisprudencia y doctrina con fundamento en los anteriores textos, de donde no resultarían de suyo necesariamente perturbadoras. Ello no obstante, cabe matizar la opinión del ilustre Profesor en el sentido de advertir que la incorporación de unos supuestos de hecho (cuyo carácter enunciativo creo que debe defenderse) preferentemente extraídos de la experiencia de las grandes corporaciones cotizadas,

incidir la reforma, como hemos dicho, en preceptos de aplicación general a todas las compañías que adopten la forma anónima, su contenido alcanzará necesariamente también a aquellas que no están presentes ni en los mercados primarios o de emisión ni en los secundarios organizados. Y, por otra, que, consecuentemente, su interpretación y aplicación en estos últimos casos deberá efectuarse con una fuerte dosis de prudencia y especialísima atención a las circunstancias y estructuras de las compañías no cotizadas al objeto de no distorsionar lo que constituyó «ratio legis» explícita y acomodarse en todo «a la realidad social» como ordena el art. 3,1 del título preliminar del Código civil¹⁸.

No quiere esto decir, por supuesto, que la mayor parte de los principios que se predicán en los Informes citados y en el cuerpo de la Ley de Transparencia de la conducta de los administradores de las corporaciones cotizadas no coincidan, en términos generales, con los que deben aplicarse a los directivos de las sociedades no cotizadas e, incluso, de aquellas que tienen la condición de familiares o cerradas¹⁹. Pero sí conviene llamar la atención respecto de que, por una parte, las generalizaciones son, en este ámbito, sumamente peligrosas y, por otra, que muchos de los mecanismos de prevención y control predispuestos para la grandes compañías cotizadas pueden distorsionar de forma grave (hasta el punto de resultar inaplicables o perder todo sentido) en relación con compañías cuya estructura de capital es completamente distinta y los problemas de sus partícipes ampliamente diferentes. En este orden de ideas siempre seguirá siendo luminoso recordar que son políticas legislativas totalmente distintas las que deben aplicarse para asegurar una prudente protección de las minorías y las que conducen a tutelar los intereses de los pequeños inversores.

Viene todo lo anterior muy especialmente a cuento en este trabajo por la especial atención que en él nos hemos propuesto dedicar a las compañías no cotizadas (de tamaño considerable o de tamaño pequeño) que no hacen llamamiento al ahorro público ni siquiera en el instante de la emisión de sus títulos y (cuestión clave) que en la estructura de su capital presentan una concentración en pocos grupos de socios, muy directamente implicados en la gestión y ostentadores de una importantísima parte del capital social. Rasgos todos abiertamente en contradicción con el modelo que, sin duda, los autores de los Informes y el legislador han

no deja de plantear, en su aplicación a las compañías familiares o cerradas, inconvenientes interpretativos de cierta envergadura. Sin perjuicio, además, de que algunas de las soluciones interpretativas que se proponen en doctrina (incluso en lo estrictamente formal) sean de difícil materialización en estas sociedades (vg., la remisión de ciertas decisiones u opiniones a las Comisiones de Buen Gobierno: Comisión de Supervisión y Control, Comité de Auditoría, Comisión de nombramientos y retribuciones, etc.).

18. Coincide brevemente en estas observaciones FERNÁNDEZ PÉREZ: «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», en «Rev. D.º Sociedades», nº 22 (2004), pág. 102.

19. Cfr. en este mismo sentido VICENT CHULIÁ, op. cit. n. anterior, pág. 50.

tenido presente en el instante de elaborar los trabajos y textos que hemos venido examinando.

En este orden de ideas hay que decir que dos mecanismos de control del poder de decisión de los directivos (y su diferente justificación en uno y otro tipo de sociedades) tienen especial importancia en el caso que nos proponemos examinar. Por un lado, el tratamiento de la obligación de abstención del voto. Y por otro, el sistema orgánico de control de ciertas decisiones de los administradores. En sus respectivos lugares habremos de desarrollar adecuadamente cada uno de los temas. Sin embargo, conviene adelantar ya ahora su vinculación con la problemática general de adecuación de las previsiones de la Ley de Transparencia a las compañías no cotizadas.

Por lo que hace a la técnica de imposición de la obligación de abstenerse del voto, contrariamente a lo que ocurre en relación con las grandes compañías que acuden a bolsa, los efectos de una generalización de la misma en sociedades con fuerte concentración en la titularidad del capital resultan no sólo indeseables, sino incluso contradictorios con el propósito de atender racionalmente a las necesidades de gobierno: puede llegar a suponer tanto como el abandono de decisiones vitales para el desarrollo de la empresa en manos del socio minoritario, de cuyos abusos es preciso protegerse tanto o más que de los del socio mayoritario. Estamos, pues, frente a una dinámica que exige depositar el control en instrumentos diferentes de éste, sin duda menos expeditivos pero más razonables. Buen ejemplo de ello lo tenemos en la prudente actitud de nuestra Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 que, en su art. 52 limita la obligación de abstención a supuestos puntuales y especialísimos.

Y por lo que se refiere al sistema orgánico de control de ciertas decisiones de los administradores previsto en los Informes Olivencia y Aldama, por mucho que, efectivamente, constituya un mecanismo de objetivación notoriamente eficaz y, a la vez, precavido, resulta de imposible aplicación a sociedades que no han creado los correspondientes órganos, bien por no hallarse sujetas a la legislación específica de las compañías presentes en el mercado de valores, cual ocurre con el denominado Comité de Auditoría (art. 47 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y Disposición Adicional 18ª de la Ley del Mercado de Valores en su redacción introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), bien por constituir órganos voluntarios, cual las Comisiones de Nombramientos y Retribuciones y de Estrategia e Inversiones, previstas en el Informe Aldama²⁰, pero que han quedado confinadas al terreno de la auto-regulación y cuya oportunidad y costo en sociedades de modesta envergadura resultan contrarios a las reglas del buen sentido.

20. Vid. apartado IV, números 5.3 y 5.4.

3. El deber de lealtad de los administradores y el aprovechamiento de las oportunidades de negocio

3.1. Antecedentes y textos

Una de las modificaciones que atañen al régimen de todas sociedades anónimas y que, conforme a las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama, ha sido introducida por la llamada Ley de Transparencia (Ley 26/2003, de 17 de julio) a través de la modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, es la relativa a la especificación de diversos aspectos del deber de lealtad de los administradores, cuyo contenido ha quedado desarrollado en el nuevo artículo 127 ter. Uno de ellos está constituido por el denominado doctrinalmente «deber de no aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio»²¹.

El deber de lealtad del administrador, entendido como la obligación que le incumbe de seguir un comportamiento leal en la gestión de los negocios de la compañía, es un standard de conducta de antiguo exigido por la legislación española. Ya nuestra Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, al definir el modelo de conducta a seguir por los administradores en el inciso primero de su artículo 79, ordenaba:

«Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal (...).»

Precepto que llegó luego al Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 a través del art. 127,1, a cuyo tenor (introduciendo una pequeña enmienda al texto anterior) se consagraba la siguiente fórmula:

«Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.»

Y, por fin, con otra casi imperceptible e insólita (dentro de la historia del estilo de los textos legales españoles) modificación, esta vez en el tiempo del verbo, la llamada Ley de Transparencia que ahora nos ocupa, la ha dejado así:

21. Cfr., por todos, DIAZ ECHEGARAY, op. cit., págs. 150 y ss.; PORTELLANO DIEZ: «Deber de fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y oportunidades de negocio», Madrid, 1996, *passim*; «Las oportunidades de negocio en el Informe Olivencia y el Reglamento tipo de la CNMV», en «Estudios en Homenaje al Prof. Sánchez Calero», Madrid, 2002 Vol. III, págs. 2865 y ss.; LLEBOT MAJÓ: «Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima», Madrid, 1996, págs. 119 y ss., que pone en relación este deber con la doctrina norteamericana sobre las «*corporate opportunities*» y, más recientemente, SANCHEZ-CALERO GUILARTE: «La competencia entre la sociedad y sus directivos», en «Revista de Derecho de Sociedades», nº 18, 2002, págs. 21 y ss. y QUIJANO y MAMBRILLA: «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en AA.VV.: «Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas», Bolsa de Madrid, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, cit., Vol. II, págs. 915 y ss.

«Los administradores desempeñan su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.»²²

Este texto hubiera debido ser de suyo suficiente para que doctrina y jurisprudencia delimitasen todas las concretas consecuencias que de ese standard de conducta se derivan y, entre ellas, sin la menor duda, la que ahora nos ocupa. Lamentablemente no fue así, como con razón denuncia el Informe Aldama en su apartado III, punto 2.2, párrafo primero. Sin duda por ello, los Informes Olivencia y Aldama (coincidentes ambos en esto), por una parte movidos por lo que consideraron conveniencia didáctica en relación con la actividad judicial, por otra propulsados por la oportunidad de identificar mediática y públicamente vicios muy o poco extendidos pero unánimemente repudiados, y, finalmente, condicionados por la proximidad de los escándalos financieros que estimularon su redacción, se sintieron inclinados a acudir a una enumeración, sino estrictamente casuística, sí por lo menos comprensiva de las principales categorías de reglas de comportamiento que pueden alumbrarse bajo el manto de aquella sintética y afortunada formulación.

En consecuencia, uno y otro Informes descendieron en sus respectivos cuerpos a esa específica concreción. Y, siguiendo su pauta, la Ley de Transparencia, ha hecho lo mismo, dando nacimiento en el seno de la Ley de Sociedades Anónimas, en el lugar de uno (compuesto de dos párrafos), a cuatro preceptos que, con la numeración de 127 y 127 bis a quater y un total de doce apartados, desgranar diversos supuestos configurados como deberes de diligencia, fidelidad, lealtad, y secreto.

Dejando a un lado los elogios y las críticas que, según el criterio de cada uno, merecen las innovaciones que han quedado descritas²³ y descendiendo derechamente al objeto de este trabajo, es preciso aludir aquí a la individualización que se ha producido, tanto en los precedentes como en el texto de la Ley, de la hipótesis y tratamiento del llamado «deber del administrador de no aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio».

22. La caprichosa sustitución operada por la ley de transparencia del tradicional futuro (con el que se distinguen en el estilo legislativo español los preceptos imperativos) por el presente de indicativo (habitualmente usado por el legislador francés, entre otros) carece, por un lado de toda explicación razonable y, por otro, inserta una pintoresca excepción gramatical en el cuerpo de una ley que, en los restantes preceptos (inclusive los reformados por la propia *Ley de Transparencia*) sigue el acostumbrado criterio de usar el tiempo futuro. La original rareza ha llegado a desconcertar a los editores de las habituales recopilaciones legales para uso profesional y estudiantil. Así, en tanto que unos reproducen el nuevo texto (cfr. «*Código de comercio y legislación mercantil*», Editorial Tecnos, 22ª edic. a cargo de Ignacio ARROYO, Madrid, 2006, pág. 940), otros siguen manteniendo la vieja expresión «*desempeñarán*» (cfr. «*Código de Comercio y otras normas mercantiles*», Edit. Aranzadi, 10ª edic., a cargo de Ramón B. GARCIA LUENGO, Mª Carmen GARCIA MARRERO y FRANCISCO J. MULERO FLORES, Navarra, 2004, pág. 715).

23. Vid. al respecto el comentario censor de MATEU DE ROS, op. cit., *passim*, especialmente, págs. 16 a 26.

Fue, primero, el Informe Olivencia que en su apartado II, punto 8.4, identificaba el supuesto y lo regulaba de la siguiente forma:

«El segundo tema versa sobre las denominadas «oportunidades de negocios». Bajo esta rúbrica, la Comisión incluye cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero. Recomendamos que las sociedades adopten normas que impidan a sus consejeros aprovechar en beneficio propio o de sus allegados una oportunidad de negocio que corresponda a la sociedad. Como siempre serán admisibles excepciones razonables. En este sentido, juzgamos satisfactoria una regla que permita al consejero explotar una oportunidad de negocio de la sociedad siempre que, habiéndole ofrecido previamente la posibilidad de valerse de ella, la sociedad la hubiera rechazado, y lo autorice la Comisión delegada que corresponda.»

A continuación, en el punto 16 de las «Recomendaciones» del «Código de Buen Gobierno» contenido en el apartado III, el Informe Olivencia consignaba como conveniente:

«16. Que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales.»

Inmediatamente después del Informe Olivencia, la «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles» aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002²⁴, en su art. 124, recogió el siguiente texto:

«Los administradores no podrán realizar en beneficio propio o de personas a ellos vinculadas inversiones o cualesquiera operaciones de las que hayan tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o tuviera interés para ella.»

Por su parte, el Informe Aldama, al contemplar el supuesto que nos ocupa en el epígrafe 2.2 del apartado III, reclama del legislador una intervención en la que

«deberían contemplarse, al menos, los siguientes deberes de lealtad de los administradores: (...)

v. No aprovecharse de las oportunidades del negocio que conozca por su condición de consejero.»

La advertencia anterior finaliza con un párrafo, de transcripción imprescindible, destinado a las excepciones:

24. La Propuesta ha sido elaborada por una Ponencia especial compuesta por los Profesores SANCHEZ CALERO, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y ROJO FERNÁNDEZ-RIO.

«La regulación ha de partir del principio de obligatoriedad del régimen de los anteriores deberes de lealtad, que no es forzosamente incompatible, sin embargo, con un principio de dispensabilidad «ad hoc», en cuya virtud pudieran ser autorizadas, caso por caso, ciertas operaciones. Aunque ello incremente las posibilidades de eludir la efectiva observancia del deber de lealtad, la solución contraria podría impedir operaciones potencialmente productivas para la sociedad y ser menos conveniente. En todo caso, la dispensa debería ser a la vez relativamente fácil de administrar y difícil de eludir, mediante un procedimiento que asegure la independencia del órgano que la otorga –el Consejo de Administración, o incluso la Junta General, según la trascendencia de la decisión– respecto del administrador afectado y que la operación sea equitativa y en condiciones de mercado; junto a una regla de transparencia, en términos similares a los que ha anticipado la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (artículo 37 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre).»

Por fin, la Ley 26/2003, de 17 de julio («Ley de Transparencia»), en su artículo 2, punto cinco, establece la introducción en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades anónimas aprobado por Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, el artículo 127 ter, intitulado «Deberes de lealtad», cuyo punto 2 reza de la siguiente forma:

«Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.»

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo, en el que se especifican cuáles son las personas que, a efectos de lo dispuesto en el precepto transcrito, tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores.

3.2. El objetivo del precepto: establecimiento de un deber de conceder preferencia a la sociedad en las oportunidades de negocio

Ante todo es preciso determinar con fidelidad, ante un texto sin duda torturado y plagado de imprecisiones e, incluso, de manifiestas incorrecciones²⁵, cuál es el verdadero objetivo del punto 2 del nuevo art. 127 ter de la LSA.

25. QUIJANO y MEMBRILLA (cfr. «Los deberes...», cit, pág. 158) hablan de «imperfecciones y deficiencias sistemáticas» y JUSTE e IGARTUA («Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», en «Rev. Dº de Sociedades», nº 24, 2005, pág. 80, denuncian la «defectuosa redacción del precepto»). También PAZ ARES: «La responsabilidad de los administradores...», cit., págs. 73 y ss. y 99 y ss.

En este aspecto parece indiscutible que el propósito legal no es otro sino, como hemos sintetizado en el epígrafe, establecer para el administrador el deber de conceder preferencia a la sociedad en las oportunidades de negocio que haya conocido con ocasión del ejercicio del cargo. Dicho de otra forma: las oportunidades de negocio cuya desviación por el administrador está prohibida son las que tanto sociedad como administrador desean explotar, de suerte que su aprovechamiento por parte del administrador tiene como reverso que la sociedad se vea impedida –total o parcialmente– de tomar parte en ellas²⁶.

Sólo esta concepción resulta coherente con los precedentes y permite cohonestar el texto con las recomendaciones del Informe Aldama que constituye, como hemos visto, su fuente directa de inspiración. Y sólo esta interpretación compagina de forma razonable la regla positiva con la necesidad –subrayada por el Informe Aldama en los párrafos transcritos– de proteger los intereses generales evitando que la tutela de intereses privados alcance impedimentos a operaciones potencialmente productivas para la economía del país²⁷.

Es a la luz de esta directriz que es posible ponderar el verdadero alcance de la norma y resulta practicable arbitrar una interpretación coherente de su poco afortunada redacción, unánimemente criticada por los autores que la analizan²⁸.

En efecto, lo primero que se trata de saber es cuándo una oportunidad de negocio pertenece a la sociedad y, en consecuencia, el aprovechamiento de la misma por el administrador en beneficio propio o de personas vinculadas a él resulta contrario a su deber de fidelidad²⁹. El texto legal parece exigir, para que se configure una «corporate opportunity»³⁰, tres condiciones: primera, que se trate de inversiones u

26. PORTELLANO DIEZ: «Las oportunidades de negocio en el «Informe Olivencia» y en el Reglamento tipo de la CNMV», en «Estudios en Homenaje al Prof. Sánchez Calero», cit., vol. III, pág. 2873.

27. De forma clara apoya la propuesta del texto MATEU DE ROS, op. cit., pág. 148. También con criterios coincidentes con esta interpretación, DIAZ ECHEGARAY, op. cit., págs. 150 y ss. (fácilmente identificable en su texto); OLABARRI y BELDA: «El estatuto de Consejero: derechos y deberes», en AA.VV.: «La sociedad cotizada», Garrigues-Marcial Pons, Madrid, 2006, cit., pág. 345 y MARTINEZ SANZ en BROSETA: «Manual...», cit., pág.421, que reconoce que el legislador español, con ello, se acoge a la doctrina norteamericana de las «corporate opportunities».

28. Por todos, vid. SANCHEZ CALERO y SANCHEZ-CALERO GUILARTE: «Instituciones de Derecho Mercantil», 28ª edic., Navarra, 2005, vol. I, pág. 477; y los ya reiteradamente citados MATEU DE ROS, op. cit., págs. 148 y ss.; DIAZ ECHEGARAY, op. cit., págs. 152 y ss.; QUIJANO y MAMBRILLA: «Los deberes...», cit, pág. 958; PAZ ARES: «La responsabilidad de los administradores...», cit., págs. 73 y ss. y 99 y ss; JUSTE e IGARTUA («Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», en «Rev. Dº de Sociedades», nº 24, 2005, pág. 80.

29. DIAZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 152.

30. La doctrina norteamericana ha elaborado unas categorías que permiten la captación ordenada de los supuestos de «corporate opportunities» y que han sido reiteradamente recogidas por la doctrina española. Cfr. LLEBOT MAJÓ: «Los deberes de los administradores de la

operaciones que estén «ligadas a los bienes de la sociedad», segunda, que el administrador haya tenido conocimiento de la oportunidad de negocio «con ocasión del ejercicio del cargo» y, en tercer lugar, que haya «sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella.

Respecto de la primera exigencia, consistente en que la operación se halle «ligada a los bienes de la sociedad» nos apresuraremos a denunciar su absoluta impertinencia, hasta el punto de constituir un claro ejemplo de norma errónea por contradictoria con la misma ratio del precepto en que se incluye. Sin asiento en los precedentes que acabamos de transcribir, es obvio que constituye una exigencia huérfana de explicación lógica y cuya aplicación efectiva no conduciría a otra cosa sino a dejar fuera de la prohibición los supuestos típicos y más generalizados y escandalosos de aprovechamiento de oportunidades.

No es así de extrañar que los autores que han dedicado mayor espacio al análisis del precepto, o bien silencien al respecto cualquier alusión, ignorando el inciso³¹, o estimen que constituye un «extraño requisito»³² del que (llanamente) debe prescindirse³³ o (con mayor moderación) al que no debe otorgarse «excesiva relevancia»³⁴, recordando en todo caso que su toma en consideración provocaría la exclusión de casos flagrantes de aprovechamiento de oportunidades³⁵.

La segunda exigencia que formula la ley, consistente en que el administrador haya tenido conocimiento de la oportunidad de negocio con ocasión del ejercicio del cargo, como muy oportunamente subraya la doctrina³⁶, carece también de serio

Sociedad Anónima, Madrid, 1996, cit., págs. 119 y ss.; QUIJANO y MAMBRILLA: «Los deberes...», cit., pág. 962; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR: «La doctrina de las Corporate Opportunities en los Estados Unidos de América», en «Rev. de Dº Bancario y Bursátil», nº 66, pág. 484 y ss.

31. Ignoran totalmente esta exigencia, ni siquiera enumerándola entre los requisitos legales, DIAZ ECHEGARAY, op. cit., *passim* y QUIJANO y MAMBRILLA, op. cit., *passim*.
32. Textualmente, JUSTE e IGARTUA («Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», cit., pág. 80.
33. Así MATEU DE ROS, op. cit., pág. 149, que escribe: «no es necesario que exista una especial relación o vinculación entre el negocio en cuestión y los bienes o activos sociales, sino que la fuente de información del consejero proceda de la propia actividad del consejero como tal y que la operación pueda resultar interesante a la sociedad».
34. JUSTE e IGARTUA («Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», cit., pág. 80, que estiman que es requisito «al que no debe otorgarse excesiva relevancia, si no se desea restringir indeseablemente el ámbito de aplicación del precepto».
35. Asimismo JUSTE e IGARTUA, loc. cit. en nota anterior, que, en nota 26 a pié de página, advierte que, de «dar excesiva relevancia a la mencionada expresión podría dejar fuera de la prohibición casos flagrantes de aprovechamiento indebido de oportunidades de negocio».
36. Así, PORTELLANO DIEZ: «Deber de fidelidad de los administradores...», cit., pág. 48; DIAZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 152.

fundamento y constituye una restricción imprudente, contradictoria con las pretensiones del propio legislador y, en cualquier caso, de difícil prueba. En efecto, como acertadamente se ha observado, resulta irrelevante que el administrador haya tenido acceso a determinada información gracias a su esfuerzo por relacionarse dentro de un amplio círculo social, puesto que esto se encuentra dentro de lo que le corresponde para cumplir con su obligación de hacer lo posible para maximizar el valor de la empresa. Sin perjuicio de que la obligación de los administradores de buscar el beneficio de la sociedad no depende de si se le ha hablado del asunto «oficial» o «privadamente»³⁷. Como se ha señalado, la dificultad de determinar si el administrador ha tenido conocimiento de la oportunidad de negocio con ocasión del ejercicio del cargo o al margen del mismo puede favorecer el fraude al hacer sumamente difícil perseguir el incumplimiento de este deber³⁸.

Y por lo que hace a la tercera condición, no caben tampoco elogios a la habilidad técnica del legislador. Efectivamente, de las dos alternativas que maneja (a' que la oportunidad haya sido ofrecida a la sociedad o b' que la sociedad tenga interés en ella), la primera resulta poco menos que ilusoria al ser de difícil acreditación: determinar cuándo una inversión u operación ha sido ofrecida al administrador como tal, es decir a la sociedad, y cuándo personalmente, resultará ardua labor, en muchos casos imposible, por cuanto es lo más frecuente que esa información no la conozcan más que administrador y oferente. Y ambos tienen un mismo interés.

Y la última alternativa que nos queda en relación con esta tercera condición (que la sociedad tenga interés en la operación o inversión) tampoco merece en su formulación un juicio positivo. Como alcanza al menos avezado, no ha de resultar fácil establecer la existencia del interés de la sociedad por mucho que tratemos de objetivar una noción tan polémica como ésta. Si la ley no quiso referirse al objeto social o a la actividad efectiva de la compañía (referencias claras y objetivas pero, sin duda, excesivamente rígidas para el caso) y acudió a la idea de «interés», por algo será. Y ese algo no puede ser, a mi juicio, otra cosa que la expresión de la voluntad de abandonar la opción a la decisión de la sociedad³⁹. Con lo que resulta que tal exigencia de

37. PORTELLANO DIEZ, op. últ. cit., pág. 48; «Las oportunidades de negocio en el Informe Olivencia y el Reglamento tipo de la CNMV», en «Estudios en Homenaje al Prof. Sánchez Calero», Madrid, 2002 vol. III, cit., págs. 2.872; DIAZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 152 y ss.; BECK: «Constraints on Pursuing Corporate Opportunities», en «Canada-United States Law Journal», 13 (1988), pág. 151. OLABARRI y BELDA, op. cit., pág. 347 parecen admitir la posibilidad de aislar supuestos en que el conocimiento se haya producido «a título personal», aunque matizan en el sentido de que tal excepción no cabría si la oportunidad de negocio «es esencial para la sociedad».

38. DIAZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 152; OLABARRI y BELDA: op. cit., pág. 347 reconocen también «las dificultades prácticas para determinar cuándo el consejero accede a una información por razón de su cargo o de su persona».

39. La idea de «tener interés» resulta tan difusa y volátil que no admite, a nuestro juicio, solución interpretativa diferente. Con esta expresión es obvio que la ley española ha querido dar cabida a las oportunidades o inversiones «meramente convenientes» (PORTELLANO, op. ult. cit., pág. 2878) no sólo para la consecución de los fines sociales, sino para la realización de las

que la sociedad «tenga interés» en la operación o inversión se confunde e identifica con la «excusa» con que concluye el precepto: «siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador».

En efecto, como apuntan los comentaristas, la existencia o no de interés por parte de la sociedad sólo podrá determinarse con seguridad en los supuestos en que bien la junta general o bien el órgano de administración se hayan pronunciado expresamente sobre el particular⁴⁰. Y en este caso parece que sabremos igualmente (y no como cosa aparte o distinta) si la sociedad ha desestimado la inversión.

Llegados aquí, debemos admitir que el razonamiento interpretativo sólo puede progresar aceptando una de las siguientes dos alternativas: o creemos que, atendiendo a una exégesis literal, nuestra ley distingue categóricamente entre el hecho de que la sociedad tenga interés en la inversión y el hecho de que la desestime (aunque lo primero sólo podamos conocerlo mediante una declaración de la misma); o, llevando al límite el razonamiento antes formulado, entendemos que la decisión societaria circunscrita a aceptar o rechazar la operación o inversión comporta en sí misma la decisión sobre el interés de la compañía.

La primera alternativa conduce a concluir que la ley nos dice que sólo habrá prohibición de aprovechamiento para el administrador cuanto la sociedad haya declarado tener interés en la operación o inversión. Si la sociedad declara carecer de este interés no habrá prohibición alguna sobre el administrador, por lo que, en este caso, resultará del todo innecesario recurrir a la «excusa» del inciso final para entenderle autorizado. Si, en cambio, la sociedad, declara tener interés, surge la prohibición y el administrador sólo quedará liberado si obtiene la «excusa» del inciso final, es decir, si, aún teniendo interés en ella, la sociedad rechaza la operación o inversión «sin mediar influencia del administrador». La existencia o no de interés es un «prior» y la desestimación de la inversión es, así y necesariamente siempre, un «posterior».

Para quien así piense, tratándose las dos declaraciones (la de definir la existencia de interés y la de desestimar la operación) de declaraciones distintas e independientes, estarán también cada una de ellas (insistiendo en la interpretación literal) sujetas a regímenes jurídicos diferentes: sólo para construir la segunda exige la ley que no medie «influencia del administrador», pero nada de esto nos dice para subordinar la validez de aquella decisión mediante la que manifiesta tener interés o carecer de interés.

La interpretación desarrollada hasta aquí permitiría concluir que la declaración social mediante la que la compañía manifiesta carecer de interés en la operación o inversión sería declaración respecto de la que es indiferente la existencia o no de

«*actividades complementarias regulares*», es decir, lo que en derecho anglosajón se conoce como «*interest or expectancy test*». En esta línea interpretativa tan amplia y comprensiva se mueven también QUIJANO y MAMBRILLA, op. cit., pág. 962. Y es la que había preconizado, antes de la reforma legislativa, Llebot, op. cit., pág. 122.

40. DIAZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 153.

influencia del administrador en su gestión. Y declaración, que una vez producida, habiendo desaparecido con ella el presupuesto de la prohibición (que la sociedad tenga interés en la operación o inversión), permitiría al administrador aprovechar la oportunidad. Por el contrario, si la sociedad (con o sin influencia del administrador) manifiesta tener interés en la operación o inversión, el administrador queda sujeto por la prohibición, de la que sólo puede excusarse si, a continuación (y a pesar de tener interés en ella) la sociedad «desestima la inversión u operación», pero esta vez, por supuesto, «sin mediar influencia del administrador»⁴¹.

A mi juicio existen argumentos atendibles en favor de esta interpretación que llamo literal. Por una parte, el que se basa en la claridad del texto. Por otro, la reflexión de que resulta difícil pensar que, en una decisión orgánica (de la junta general preferentemente) acerca de si la operación o inversión tienen interés para la sociedad, no haya tenido (o no deba tener) alguna influencia el criterio de los administradores cuando son éstos quienes conocen con profundidad la marcha y expectativas de la sociedad y a quienes la propia ley reclama repetidamente como protagonistas de la información a facilitar a los accionistas para la adopción de decisiones (cfr. por todos arts. 41,1, párr. segundo, 112, 144,1,a, 159,1,b, 212, 238,1,c, 257, todos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

Sin embargo y sin perjuicio de las salvedades consignadas, estimo que semejante forma de razonar, por más que siga *pari passu* el poco afortunado texto de la ley, resulta escasamente congruente con su ratio y con los precedentes en que ésta se asienta. La «influencia del administrador» que la ley ha querido evitar es un concepto instrumental que está en función de la finalidad perseguida. Lo que se desea es que la sociedad sea libre en la adopción de su decisión y, por tanto, que ésta se funde en criterios independientes del interés del administrador. Todo lo cual conduce a estimar que, tanto en el acuerdo de determinación de la existencia o inexistencia de interés como en el de desestimación de la operación o inversión debe cumplirse la exigencia de haber sido adoptados «sin mediar influencia del administrador». Con lo que la cuestión se reconduce a determinar qué debe entenderse por la «influencia del administrador» que la ley quiere evitar.

Y esa es cuestión que, más allá de la desafortunada literalidad del texto, resulta patente en un examen finalista de la norma. Examen que exige tomar en consideración, ante todo, que la ratio de la misma no es otra que salvar el conflicto de intereses. En realidad, como ha observado la perspicacia de algún autor⁴², todo el artículo

41. De la misma opinión es MATEU DE ROS, op. cit., pág. 149 cuando observa que «*la segunda alternativa* (la de que la inversión u operación interese a la sociedad) ofrece un espectro tan amplio que insistimos en que sólo a través de un procedimiento interno de comunicación por el consejo y de eventual dispensa por la sociedad puede acreditarse la ausencia de interés de la misma en el negocio de que se trate».

42. Cfr. QUIJANO y MAMBRILLA, op. cit., pág. 964, quienes estiman que las oportunidades de negocio a que se refiere el número 2 integran el «*amplio abanico del conflicto de intereses*» que se recoge en la totalidad del art. 127ter, llegando a sugerir, con ello, la aplicación al caso que

127ter está impregnado de la idea del conflicto de intereses y no hace otra cosa que desmenuzar supuestos concretos en los que ese conflicto se manifiesta. Lo que se propone el legislador es vetar aquella influencia del administrador mediante la que se manifieste un propósito de hacer prevalecer su interés sobre el de la sociedad. Es claro que el administrador debe expresar en sus intervenciones su criterio respecto del interés de la sociedad, puesto que eso entra no sólo en sus facultades sino en sus deberes. Pero cuando el criterio del administrador no se sustenta en la lectura del interés de la sociedad sino en el suyo propio y egoísta es cuando media esa «influencia» que la ley desea proscribir. Formuladas las cosas de otra manera: la ley, con mayor o menor fortuna en su dicción, no quiere (ni puede) proscribir la influencia del administrador en las decisiones sociales, salvo incurrir en notorio contrasentido; lo que la ley quiere vetar es el uso desviado de la influencia del administrador, conducida en contra del interés social. Un supuesto que habrá que tratar como desviación de poder.

Llegados a esta conclusión, resta sólo determinar, para concluir la interpretación del precepto que nos ocupa, cuál es el órgano social habilitado para adoptar el acuerdo de configurar el interés social y, consiguientemente, en su caso, desestimar la operación o inversión.

En este punto y muy a pesar de los argumentos en contra aducidos por algún comentarista de la nueva ley⁴³, me parece necesario mantener el viejo criterio al respecto de que la dispensa en cuestión constituye una modificación del contenido típico de la relación de la sociedad con el administrador que rebasa las competencias del órgano de administración, por lo que el único órgano competente habrá de ser la junta general de accionistas⁴⁴.

La expuesta opinión conlleva la necesidad de pronunciarse acerca de si, para cumplir con la exigencia legal de que la decisión se adopte «sin mediar influencia del administrador», será obligatorio que el administrador-accionista se abstenga de votar en ella.

Y en esto la respuesta, a mi juicio, debe ser tajantemente negativa. Por un lado y desde el punto de vista de la política legislativa, es pacífico que la delimitación de supuestos de abstención obligatoria del voto en las sociedades mercantiles debe ser tratado con enorme cautela por las distorsiones que puede producir en el gobierno de las sociedades. Por otro y atendiendo a la legislación española, es palmario que ésta se halla muy lejos de configurar semejante regla con carácter general para los supuestos de conflicto de interés. La propia Ley de Transparencia se ha abstenido de hacerlo, no sólo para este caso concreto, sino incluso para otros de mayor calado

nos ocupa del deber de abstención del número 3. Punto este último del que discrepamos en la forma que se recoge en el texto más adelante.

43. DIEZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 154 seguido en este punto por QUIJANO y MAMBRILLA, op. cit., pág. 963.

44. En este sentido el clásico trabajo de PORTELLANO DIEZ: «Deber de fidelidad de los administradores...», cit., págs. 79 y ss.

en los que se ha limitado (y únicamente para las sociedades cotizadas, por lo que ha llevado la regla a la Ley del Mercado de Valores en su art. 114) a disponer ciertas limitaciones en relación con el voto representado⁴⁵.

Así pues, nada impedirá al administrador-accionista que ejercite su derecho de voto en el acuerdo en el que se delimita la existencia o inexistencia de interés de la sociedad en la operación o inversión o en el que se decide desestimarla.

Lo anterior deja a salvo el derecho de impugnación del acuerdo correspondiente si sus votos hubieran llevado a la adopción de un acuerdo contrario al interés de la sociedad, supuesto en el que cabrá al socio discrepante el ejercicio de la acción de anulabilidad al amparo de lo dispuesto en el art. 115,1 de la Ley de Sociedades anónimas.

4. Requisitos del deber de conceder preferencia: la oportunidad debe haber sido «ofrecida a la sociedad» o que la sociedad pueda tener «interés en ella»

Establecido, con cuanto ha quedado expuesto en los apartados anteriores, el contenido e interpretación del precepto instaurado por el nuevo art. 127 ter, número 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, han quedado sentadas las bases a partir de las que será posible concluir acerca de los requisitos necesarios para determinar la existencia del deber de conceder preferencia a la sociedad en relación con las oportunidades de negocio de que tengan conocimiento sus administradores y, por ende, de los que configuran supuestos de infracción de tal deber.

Para ello será, pues, necesario examinar, en primer lugar, si la oportunidad de negocio de que hayan tenido conocimiento los administradores está incluida en el área de las que, habiendo sido conocidas «con ocasión del ejercicio del cargo» (entendida esta exigencia en la forma amplia que más arriba hemos dejado establecida), fueron «ofrecidas a la sociedad» o la sociedad tiene «interés en ellas»; y, de ser así, en segundo lugar, habrá de dilucidar cuáles puedan ser las razones y el procedimiento a seguir para que, en su caso, pueda entenderse que la compañía ha «desestimado (válidamente) dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.»

La doctrina ha delimitado con cierta precisión cuáles son los grupos o categorías en que pueden comprenderse las oportunidades de negocio que, como antes hemos escrito, debe considerarse que tanto la sociedad como administradores desearían

45. A mi juicio la regla del número 3 del artículo 127ter LSA, traída a colación al respecto por QUIJANO y MAMBRILLA (op. cit., pág. 964) no delimita una obligación de abstención en las votaciones de la Junta General, para lo que debiera procederse a una interpretación expansiva del mismo contraria a los principios recogidos en el texto.

explotar y cuyo aprovechamiento por parte de aquéllos tendría como reverso que la sociedad se viera impedida –total o parcialmente– de tomar parte en ellas⁴⁶. Estas son, por un lado, las actividades competitivas, por otro las simplemente convenientes para la consecución de los fines sociales y, finalmente, aquéllas respecto de las que la sociedad ha manifestado de una u otra forma su interés.

Entendemos por actividades competitivas aquellas que están comprendidas en el objeto social (si adoptamos un criterio preferentemente formalista) o constituyen de hecho su dedicación efectiva (si estamos por un concepto realista). Son las que colocarían a quien las practicare en concurrencia con la compañía.

Llevando todo esto a la praxis, será preciso preguntarse si la actividad analizada es concurrente con la propia de la compañía. La respuesta será positiva tanto si se trata del negocio y actividad principales de la sociedad efectivamente practicados, como si consiste en una actividad subsidiaria de la principal y dirigida a favorecer su realización.

Soy plenamente consciente de que la delimitación de cada uno de los grupos o categorías de actividades, en su aplicación a la práctica, no resulta siempre absolutamente concluyente. Como han observado los comentaristas, suelen producirse solapamientos⁴⁷, por lo que en algunos casos la conclusión mantenida puede ser discutida seriamente.

Sin embargo, aún cuando la actividad no entre en concurrencia directa con la de la sociedad, cabe analizar si se encuadra en aquel más amplio grupo de las que pueden calificarse como de simplemente convenientes para la consecución de los fines sociales. Definiríamos a estas actividades como aquellas que, aunque no sean las habituales, insertas en un plan global de actuación, resultan convenientes para lograr los fines sociales.

Aún cuando la respuesta pueda llegar a ser, en principio, negativa, habrá que analizar cuidadosamente si aparecen indicios de interés por este tipo de operaciones, aunque sólo sean convenientes para la consecución de los fines sociales en tanto cuanto se mantengan dentro de los límites de subsidiariedad⁴⁸; es decir, en cuanto concurren a facilitar la actividad principal sin alzar frente a ella obstáculos comerciales o financieros. Si la compañía no precisa de la oportunidad para la realización de su negocio y, excediendo éste en mucho sus necesidades operativas, su asunción

46. Cfr., por todos, PORTELLANO DIEZ: «*Deber de fidelidad de los administradores...*», cit., págs. 27 y ss.; «*Las oportunidades de negocio...*», cit., págs. 2873 y ss. Aún cuando es anterior a la promulgación de la Ley de Transparencia, es inevitable la remisión a LLEBOT MAJÓ, *op. cit.*, págs. 122 y ss.

47. Así, PORTELLANO DIEZ: «*Deber de fidelidad de los administradores...*», cit., pág. 27, nota 20.

48. En la doctrina científica y jurisprudencial norteamericana se dice que si la sociedad puede demostrar que ya ha establecido una «*cabeza de playa*» en la oportunidad de negocio cuando el administrador la tomó para sí, entonces la oportunidad pertenece a la sociedad. Cfr. LATTIN: «*Corporations*», 2ª edic., New York, 1971, pág. 282.

no significa una actividad enfocada a la optimización de la existente, sino la realización de una nueva actividad (un nuevo «negocio») habrá que concluir que tampoco, pues, es posible encuadrar con seguridad la actividad analizada entre aquellas que, por ser simplemente «convenientes para la consecución de los fines sociales», la preferencia corresponde a la compañía.

El discurso conducido hasta aquí se apoya en una consideración que podríamos calificar de realista de los fines sociales, puesto que los identifica con las operaciones en las que de hecho se apoya el negocio efectivamente desarrollado por la sociedad. Cosa distinta, quizás, podría en el caso concluirse si, con un criterio, como antes hemos enunciado, formalista atendemos a la definición estatutaria del objeto social de la compañía, en el cual se encuentre comprendida expresamente la actividad objeto de discusión. Un planteamiento de esta índole –con el que podrá estarse o no de acuerdo, pero que constituye indiscutiblemente una alternativa en el plano conceptual– podría llevarnos, como hemos apuntado, a una conclusión diferente de la obtenida con la aplicación de criterios realistas.

No creo que, puestas las cosas así, a pesar de la contradicción manifiesta que pudiera darse entre la conclusión a que permita llegar un razonamiento apoyado en un criterio realista de delimitación de los fines sociales y la que resultare de la aplicación de una postura formalista, sea aconsejable sostener un juicio favorable a la inaplicabilidad al caso de la prohibición del art. 127 ter LSA. Muy al contrario, es mi parecer que debe estarse muy de acuerdo con la doctrina que sostiene que si resulta dudoso si la oportunidad es relevante para los fines sociales, debe presumirse la pertenencia de la oportunidad a la sociedad, estimando que el *property right* sobre ella debe serle asignado.

Todo sin perjuicio de que, en algún caso (y atendida la letra del precepto de nuestra ley) puede concurrir, además, la circunstancia de que la oportunidad de negocio haya sido «ofrecida a la sociedad». Por más que, como más arriba he dejado escrito, la inclusión de este supuesto por parte de nuestro legislador constituya una criticable expansión del ámbito de la prohibición y una muestra de ingenuidad (por la dificultad de prueba salvo reconocimiento espontáneo), es cierto que, acreditada su concurrencia, resulta en extremo difícil mantener la liberación de los administradores de la prohibición del precepto que estudiamos.

A todo lo anterior hay que añadir la posibilidad de que el supuesto analizado pueda considerarse comprendido en el tercer y último grupo de actividades respecto de las que la sociedad podría tener «interés en ellas» y que está constituido por las actividades respecto de las que la sociedad ha manifestado su interés de una forma expresa o tácita. En efecto, se trata en este caso de actividades que ni entran en la habitual de la sociedad ni resultan convenientes para su iniciación, desarrollo o ejecución y respecto de las que el caso más característico se produce cuando la junta general imparte instrucciones expresas al administrador o administradores (bien en el sentido de realizar un determinado programa de operaciones bien en el de extender en lo posible las oportunidades de negocio). Y al que no dudo en equiparar la hipótesis de una necesidad derivada de la situación comercial o financiera de la compañía en virtud de la que la expansión de sus actividades a sectores o negocios distintos del histórica o estatutariamente delimitado resulte necesaria o simplemente oportuna para su desarrollo y mantenimiento.

Es obvio, pues, que el juego de los supuestos contemplados y de la presunción de pertenencia de la oportunidad a la sociedad conducirá a que muy frecuentemente, en el sistema de nuestra ley, para que quepa el aprovechamiento de oportunidades de negocio por parte de los administradores sea necesario que previamente haya intervenido una decisión de la sociedad en el sentido, bien de declarar su falta de interés por la oportunidad, o bien de desestimarla.

5. Requisitos de la excusa por parte de la sociedad: desestimación de la operación sin mediar influencia de los administradores

Establecido, conforme a los indicados criterios de prudencia, que el caso constituye un supuesto de oportunidad de negocio comprendida en la prohibición del art. 127ter, 2, de la Ley de Sociedades anónimas, es necesario ahora inquirir de qué manera ésta puede alzarse en virtud de la excusa consistente en que la sociedad desestime la inversión u operación sin mediar influencia de los administradores, conforme a lo prevenido en el inciso final de aquél precepto.

Para ello, de acuerdo con la opinión expresada unánimemente por la doctrina, se requerirá la concurrencia de los siguientes requisitos⁴⁹:

- a. que el órgano competente adopte el correspondiente acuerdo;
- b. que el acuerdo consista, precisamente, en desestimar la inversión u operación;
- c. que el acuerdo esté adecuadamente fundado o razonado;
- d. que en la decisión de desestimar la inversión u operación no haya existido influencia por parte de los administradores.

Respecto del órgano competente, ante el inexplicable silencio y comportamiento esquivo del legislador (que se desentiende absolutamente del por lo demás obvio problema, de notorias consecuencias prácticas), como era muy de esperar, se han alzado en doctrina dos posiciones enfrentadas: la de quienes piensan que la decisión compete al órgano de administración y la de quienes estiman que la competencia debe devolverse a la junta general de accionistas⁵⁰.

49. Cfr. PORTELLANO DIEZ: «*Deber de fidelidad de los administradores...*», cit., págs. 73 y ss.; «*Las oportunidades de negocio...*», cit., págs. 2882 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 153 y 154; MATEU DE ROS, op. cit., págs. 149 y 150.

50. Cfr. a favor de la tesis que confiere la competencia a la junta general el clásico trabajo de PORTELLANO DIEZ: «*Deber de fidelidad de los administradores...*», cit., págs. 79 y ss. Contrariamente y a favor de asignar la decisión al Consejo de administración, vid. DIEZ ECHEGARAY, op. cit., pág. 154, seguido en este punto por QUIJANO y MAMBRILLA, op. cit., pág. 963.

Los argumentos (a veces implícitos en la opción y en ocasiones escasamente desarrollados) resultan tan fácilmente predecibles como el mismo desencadenamiento de la discusión. Para los partidarios de la atribución al órgano de administración la justificación principal estriba en que el asunto, *ratione materiae*, se inscribe en el círculo de las decisiones afectantes a la gestión y gobierno, comprendidas, como es llano, en el ámbito típico de las facultades asignadas a los administradores. A ella algún autor añade el hecho de que el número 3 del mismo artículo 127ter, para la cuestiones *in genere* relacionadas con el conflicto de intereses prevea que la comunicación de tales situaciones se efectúe, precisamente, al Consejo de Administración.

Para quienes piensan que es la junta general el único órgano autorizado para expresar esta declaración de voluntad societaria el apoyo se encuentra en el riesgo y la contradicción que supone el que el órgano de administración (a quien ha de beneficiar necesariamente la decisión, que supone el alzamiento a sus miembros de la prohibición legal de aprovechamiento de la oportunidad) venga a convertirse en juez y parte de tema tan delicado. Y aunque es cierto que, si la decisión fuera contraria al interés de la sociedad, cabría su impugnación *ex art.* 143 LSA con fundamento en la causa tercera del art. 115, 1 LSA («lesionar, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad»), también lo es que la prudencia y consideraciones prácticas aconsejan tratar de evitar el someter la tramitación de la cuestión a semejante peregrinaje cuando en la organización societaria existe órgano alternativo a quien encomendar la determinación.

Es bien cierto que la cuestión, así planteada, no deja de producir desazón, desconcierto y hasta cierta perplejidad. Sin embargo, en la patente necesidad de resolverla, nos inclinamos decididamente (aún a sabiendas de que ello nos enfrenta con lo que paulatinamente parecía que iba conformando una postura mayoritaria en nuestra doctrina) por estimar competente a la junta general de accionistas.

A los argumentos favorables a la junta general que antes hemos señalado se añaden, a mi juicio, cuatro más de indudable calado. Hay, primero, un argumento conceptual o dogmático: la situación de conflicto de interés entre la compañía y los administradores debe producir la devolución de la competencia decisoria al órgano soberano: como hemos señalado más arriba, la dispensa en cuestión constituye una modificación del contenido típico de la relación de la sociedad con el administrador que rebasa las competencias del órgano de administración.

En segundo lugar, existe un argumento (más propiamente un contra-argumento) textual: no puede traerse a colación, para sostener la competencia del órgano de administración, el texto del número 3 del art. 127ter porque es forzoso concluir que, en el estado actual de nuestra legislación, éste número sólo tiene aplicación en relación con las sociedades cotizadas⁵¹, en tanto que el número 2 que ahora nos ocupa, sin la menor duda, es de aplicación general a todas las sociedades anónimas.

51. No es este el lugar de desarrollar con más extensión los argumentos en que se apoya la opinión sustentada en el texto. Para un planteamiento del tema, *vid.* SANCHEZ ALVAREZ: «Artículo 127ter, 3LSA y *quorum* de constitución y votación», en «Rev. Dº de Sociedades», nº 24 (2005), págs. 271 y ss.

En tercer lugar, debe advertirse que quienes sustentan la pretensión de atribuir la facultad al órgano de administración incurren en una manifiesta incongruencia. En efecto: en tanto que en las sociedades en que la administración se configure en forma colegiada y, por tanto, se atribuya a un Consejo de administración, el funcionamiento de la alternativa resulta relativamente viable desde el punto de vista práctico (habrá la posibilidad, incluso, de que el consejero que pretenda el uso de la oportunidad se abstenga en la votación y, en cualquier caso, la impugnabilidad judicial del acuerdo está expresamente reconocida por el art. 143,1 LSA), cuando, por el contrario, la administración se configure en forma unipersonal (administrador único) o pluripersonal solidaria (administradores con facultades indistintas) la solución preconizada deviene impracticable: no cabe abstención en el primer supuesto, dejando el tema, en el segundo, al criterio del co-administrador y, en todo caso, queda excluida la impugnabilidad judicial (cfr. art. 143,1 LSA) del sedicente «acuerdo». Y ni siquiera es preciso comentar a la singular e insólita situación que se produce en la hipótesis de administración pluripersonal conjunta de dos administradores.

Frente a estos casos, incluso los propios defensores de la competencia del órgano de administración admiten la inviabilidad de la solución y remiten la decisión a la junta general de accionistas. Conscientes, sin duda, de la contradicción nada argumentan al respecto. Y es que soluciones diferentes ante hipótesis idénticas constituyen juegos de prestidigitación inasumibles sin un texto legal (que siempre sería criticable) que los sustente y que aquí no existe.

Para terminar añadiré un peligroso (en estos tiempos de extrema judicialización de los conflictos) argumento de oportunidad: es más prudente atribuir a la junta general la facultad de juzgar acerca de lo que es o no conveniente al interés social que deferir sistemáticamente la cuestión (ante una decisión controvertida de los propios administradores interesados) al juez. Conviene no olvidar el viejo principio: el interés de la sociedad lo definen los socios (a través de la junta general o mediante la delegación orgánica en los administradores) y nunca debe deferirse al juez. Esa elemental consideración llevó a los padres de la ley de sociedades anónimas de 1951 (y abuelos de la presente que, en tal punto, no ha sufrido corrección) a matizar la intervención judicial en la impugnación de acuerdos por contarios al interés social exigiendo para su anulación que éstos, además de lesionar a aquél, lo hagan «en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros» (art. 115,1 LSA). Definir el interés de la compañía es propio del socio. Definir el interés de la empresa (si así quiere verse) es propio del empresario. El juez ni es socio ni debe meterse a empresario.

Ante a los argumentos expuestos no es preciso insistir en nuestra opinión netamente favorable al criterio que defiere a la Junta general la competencia para decidir acerca de la desestimación de la oportunidad de negocio. Con toda seguridad, la doctrina favorable a la competencia a estimar competente al órgano de administración está pensando la sociedad cotizada (administrada por un Consejo de administración), coherentemente con los propósitos explícitamente manifestados por la Ley de Transparencia y sus antecedentes, y toma además en consideración, sin duda, el hecho (del todo cierto) de que en estas grandes compañías la reunión de la junta general resulta no sólo lenta y compleja sino incluso desproporcionadamente costosa. Pero estas razones de orden práctico no enturbian la realidad de que el legislador ha querido

extender la aplicabilidad de la norma a todo tipo de sociedades anónimas (cotizadas o no) y de que, en definitiva, la apelación al acuerdo de la junta general es realizada también por la Ley de Sociedades anónimas en otros casos de conflicto entre el interés de la sociedad y de los administradores: así, el ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 134,1, la transacción o renuncia de esta acción (art. 134,2) o la separación de los administradores incurso en conflicto de intereses (art. 132,2).

Habrà que advertir, además, que si algún accionista solicitare, antes o durante la reunión, al amparo de lo prevenido en el art. 112 LSA, información acerca de este punto del orden del día, el Consejo deberá facilitársela cumplidamente, tanto por lo que hace a la índole y circunstancias de la inversión en cuestión como por lo que hace al juicio emitido por el Consejo a la vista de la situación financiera de la Compañía y el informe emitido por el Auditor de Cuentas.

Todo esto de ningún modo deberá considerarse como ejercicio de la prohibida «influencia del administrador» excluida por el inciso final del art. 127 ter,2, LSA, sino todo lo contrario: cumplimiento leal y estricto de uno de los deberes fundamentales de los administradores, consistente en informar a los socios con claridad y precisión acerca de los asuntos a debatir en la junta. En su lugar he explicado también con la debida fundamentación el sentido que debe dársele a la expresión, escasamente afortunada, utilizada por el legislador y su compaginación con los deberes de los administradores.

Por fin y de acuerdo con lo que se ha argumentado más arriba, no existe delimitada por el derecho español una obligación concerniente a los consejeros que sean, además, accionistas de la sociedad de abstenerse de votar en relación con el acuerdo de desestimación de la oportunidad de negocio por parte de la sociedad y, aunque éste sea adoptado con sus votos y, realizada la «prueba de la resistencia», resulten estos decisivos para ello, no debe estimarse por esta sola razón que haya mediado influencia del administrador en el sentido que debe darse a esta expresión en el inciso final del artículo 127 ter, punto 2, de la Ley de Sociedades anónimas.

Por lo que hace al contenido del acuerdo, debo subrayar que la ley exige que consista, precisamente, en la desestimación de la inversión u operación. Nuestra ley no contempla la necesidad de un acuerdo dirigido a configurar una autorización a los administradores para aprovecharse de la oportunidad de negocio. Con criterio totalmente distinto, nuestra ley impone sólo la necesidad de que el acuerdo desestime la operación o inversión para la sociedad. La autorización para el administrador o administradores se encadena ipso iure por el art. 127ter, 2, a este acuerdo, de manera que la autorización para los administradores deriva derechamente de la ley, que configura el supuesto como una verdadera exclusión de la prohibición.

Todo esto exige concluir que a nuestro derecho le resulta indiferente que, una vez desestimada la operación o inversión, ésta sea aprovechada por los administradores o por cualquier tercero. El fundamento de esta generosa actitud estaría, por una parte, en que, siguiendo las advertencias del Informe Aldama que he reproducido más arriba, la ley desea, en caso de desestimación, abrir las puertas a la realización del negocio por cualquier persona y no quiere que se la acuse de «impedir operaciones potencialmente productivas» para la economía del país; y por otra, en que

lo que puedan o no hacer los administradores, una vez desestimada la operación por la sociedad, deberá juzgarse a la luz de las reglas que determinan su estatuto y responsabilidad. Y en esto es bien sabido que nuestra ley no ha configurado, en sede de sociedades anónimas y con carácter general, una prohibición de concurrencia directa a cargo del administrador, limitándose en este punto establecer la regla, ciertamente no exenta de confusión, del actual art. 132.2 LSA.

Añade en tercer lugar la doctrina que el acuerdo mediante el que la sociedad rechaza o desestime la operación debe estar razonablemente fundado. Insisten los autores en que el acuerdo de liberación influye sobre el derecho del socio, dado que el valor de la participación social viene determinado de forma importante por las expectativas. Hay, incluso, una razón de protección a las minorías que podría fundarse, analógicamente, en el art. 159,1,c) LSA relativo a la exclusión del derecho de suscripción preferente⁵².

Por otra parte, como es natural, las razones que se aleguen resultarán decisivas, en el caso de impugnación del acuerdo, para determinar si éste se adoptó o no con lesión al interés social y en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (art. 115,1 LSA). Añadamos aún que, en particular, deben indicarse tanto las ventajas o beneficios como los inconvenientes que puedan derivarse para la sociedad de la liberación. Casi es innecesario decir que la exposición y estudio de estas razones ante los accionistas competente a los administradores, sobre quienes recae la correspondiente obligación. Cosa que hace irrefutable la interpretación que sostenemos acerca de que esas intervenciones de ninguna manera pueden entenderse comprendidas en la reprobación de la «influencia del administrador» que efectúa el art. 127 ter.2 LSA.

No será infrecuente, en este orden de ideas, que para sostener el rechazo de la oportunidad se aduzca por administradores (y auditores, en su caso) como circunstancias excluyentes del interés de la sociedad tanto el carácter de la inversión propuesta extraño o marginal al negocio que de hecho se haya convertido en la actividad social principal, como la falta de recursos para afrontar la inversión (que pudiera obligar a acudir a un aumento del capital con aportaciones de los accionistas, atendidas las limitaciones que resulten de la capacidad de crédito de la sociedad).

Ambas, a mi juicio, parecen en principio adecuadas para apoyar la liberación. Respecto de la primera, sin reserva alguna, si el negocio de la sociedad es completamente distinto del propio de la oportunidad, los riesgos de uno y otro, del todo diversos y hay razones para pensar que su compaginación (más allá del ámbito instrumental o subsidiario a que me he referido más arriba) no constituya una alternativa razonable para la entidad de acuerdo con su volumen.

Y respecto de la segunda (ausencia de recursos financieros), si bien una ya antigua doctrina tanto española como norteamericana, insiste en que la mera falta de liqui-

52. Así, PORTELLANO DIEZ: «Las oportunidades de negocio...», cit., pág. 2890.

dez no justifica una situación de imposibilidad⁵³ (¡por cierto tampoco exigida por la ley española), es obvio que la argumentación aducida por consejeros y auditor acerca de haber alcanzado la compañía el agotamiento de su capacidad de endeudamiento con la lógica necesidad de acudir, en su caso, a un aumento de capital, devuelve (ahora por otra vía, la de la modificación estatutaria) la soberanía plena de la decisión a la mayoría de la junta general y justifica sobradamente una decisión favorable a la liberación.

Por fin, exige la ley como último requisito (al que hemos hecho alusión reiteradamente) que el acuerdo haya sido adoptado sin la influencia de los administradores.

Una y otra vez he insistido en la lectura que debe hacerse de la expresión utilizada por el legislador, que ha de subordinarse a la necesidad de que los administradores cumplan con sus obligaciones primordiales al servicio de la compañía, entre las que se encuentra la de analizar y juzgar acerca de las oportunidades de negocio y la de informar con el mayor detalle a los accionistas cuando deban pronunciarse acerca de ellas (como ocurre en este caso) en junta general. La ley, con tan poco afortunada expresión, quiere protegerse de un uso torcido por parte de los administradores de su capacidad de influir en los socios. Eso es todo. Viaje para el que no se precisaban esas perturbadoras alforjas: tanto el control de los acuerdos en relación con el interés social como la acción de responsabilidad (únicas reacciones posibles incluso en el estado actual de nuestra legislación frente a un abuso de este tipo) constituyen, sin más aditamento, mecanismos de suyo suficientes (cual están regulados y predisuestos) para satisfacer el bien jurídico que se trata de proteger.

53. Cfr. BROWN, D.J.: «*When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudny & Clark And ALL Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims*», J. Corporation L., 1986, págs. 263 y 264; TURNBULL: «*The Doctrine of Corporate Opportunity: An Economic Analysis*», Canadá-U.S.L.J., 13 (1988), págs. 189 y 190; PORTELLANO DIEZ: «*Deber de fidelidad de los administradores...*», págs. 63 y ss.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTÍCULO 262 LSA

JORGE CARAMÉS PUENTES

**Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Abogado**

SUMARIO

1. Introducción	235
2. Delimitación del supuesto de responsabilidad ex artículo 262 LSA y 105 LSRL. Disolución y concurso.....	236
3. Naturaleza jurídica y alcance objetivo de la responsabilidad.....	243
4. Alcance subjetivo de la responsabilidad	249

1. Introducción

El régimen de la llamada responsabilidad por deudas que corresponde a los administradores sociales al amparo de lo dispuesto en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), de por sí oscuro y generador de numerosas cuestiones polémicas en su interpretación, ya desde su redacción original, ha venido a complicarse notablemente por las reformas introducidas en la LSA y en la LSRL por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC)¹, así como por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España².

Particularmente, la primera de las normas reformadoras ha planteado la necesidad de la adecuada coordinación entre la reglamentación concursal y la societaria para el supuesto de disolución de la sociedad y, más concretamente, en el consistente en la reducción de patrimonio por pérdidas significativas que lo sitúen en cantidad inferior al capital social, en cuanto que frecuentemente –aunque no por fuerza– ésta situación suele coincidir o ser preludio del caso de insolvencia, que a su vez constituye presupuesto objetivo del concurso (artículo 2 LC). Se está así, o se puede estar –y ésta parece ser la hipótesis contemplada por el legislador– ante una causa objetiva de disolución de la sociedad y, al propio tiempo, en el escenario de solicitud del concurso, sea necesariamente –porque la insolvencia ocurre ya– sea facultativamente –porque es previsible en el futuro inmediato, caso de lo que la LC denomina «insolvencia inminente» (artículo 2.3 LC)–.

En este contexto, se trata de discernir cuál es el verdadero régimen de responsabilidad; es decir, cuándo y en qué casos se produce la responsabilidad de los administradores o, si se quiere expresar de otro modo, cuál es la conducta que deben observar éstos para evitar la responsabilidad que les atribuyen los preceptos societarios citados.

1. En concreto, por las Disposiciones Finales 20.^a y 21.^a, respectivamente.

2. Disposiciones Finales 1.^a y 2.^a, respectivamente.

Por su parte, la segunda reforma más arriba mencionada ha venido a limitar el ámbito objetivo de la responsabilidad por deudas, al circunscribirla únicamente a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Además, introduce también una norma presuntiva sobre este hecho que requiere un exhaustivo análisis de su eficacia para determinar, junto con otras cuestiones, cuál es el alcance de la responsabilidad, que ha de considerarse en sus aspectos subjetivo y objetivo.

Por fin, continúa en pie, en vista de una jurisprudencia vacilante, la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad que nos ocupa, que también es un aspecto determinante de los supuestos en que procede. Aquí se enfrentan la consideración de esta responsabilidad como objetiva y de carácter sancionador frente a la introducción –ciertamente no muy clara– de elementos culpabilísticos, de lo que constituye especial muestra la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2006.

2. Delimitación del supuesto de responsabilidad ex artículo 262 LSA y 105 LSRL. Disolución y concurso

La situación de insolvencia actual o inminente, presupuesto del concurso, puede concurrir con cualquiera de las causas de disolución previstas en el artículo 260 de la LSA y 104 de la LSRL. Pero realmente la que interesa para lo que ahora nos ocupa es la que, con idéntica redacción, refieren ambos preceptos al supuesto de «pérdidas significativas», concretamente, la que se produce «por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la LC». La propia dicción de este precepto parece distinguir, con carácter excluyente, el supuesto de pérdidas significativas y el de procedencia del concurso (insolvencia), de suerte que –según resulta de la simple interpretación literal del precepto–, cuando proceda concurso no tiene caso la causa de disolución por pérdidas significativas.

A mayor abundamiento, el artículo 260.2 de la LSA y el 104.2 de la LSRL establecen que «la declaración del concurso no constituirá por sí sola causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación, la sociedad quedará automáticamente disuelta».

Es decir, concurso y disolución no son situaciones correlativas, sino más bien lo contrario, sin perjuicio de que el procedimiento concursal pueda concluir en la disolución social. Es más, en principio lo congruente con la situación concursal, en vista de las finalidades conservativas de la actividad empresarial que persigue la LC es la continuidad de la sociedad y no su disolución.

Así las cosas, el artículo 262 de la LSA y el 105 de la LSRL vienen a introducir serias dudas y dificultades interpretativas incluso respecto a preceptos de la LC (muy concretamente, en lo que se refiere al relativo a la competencia para solicitar el concurso en el caso de personas jurídicas).

En efecto, en el apartado segundo del artículo 262 LSA parece introducirse una alternativa en el comportamiento exigible a los administradores ante el supuesto de pérdidas significativas en concurrencia con un supuesto de insolvencia, conforme a la cual deberían optar entre (i) convocar la junta para que acuerde la disolución o (ii) solicitar la declaración de concurso, siendo una de estas dos conductas obligadas para evitar incurrir en la responsabilidad por deudas que regula el propio precepto.

Sin embargo, de los apartados 4.º y 5.º de ese artículo 262 de la LSA, tal parece que es la junta quien habrá de decidir sobre la disolución o el concurso, correspondiendo a los administradores una nueva alternativa entre la solicitud judicial de disolución o la solicitud de concurso si la junta no llega a celebrarse o no decide, o decide en contrario, sobre la disolución o concurso.

Y a todo esto, está el artículo 5.1 de la LC, que obliga a la solicitud del concurso en el plazo de 2 meses desde que se conozca o deba conocer la situación de insolvencia –lo que significa algo que ya ocurre y, por tanto, una insolvencia actual–, correspondiendo a la ejecución de ese deber, en el caso de personas jurídicas, que es el que abordamos, al órgano de administración, quien, conforme al artículo 3.1 de la propia LC «será competente para decidir sobre la solicitud». Esto último significa que no se está ante una simple legitimación procesal para «solicitar», sino ante la legitimación sustantiva para «decidir».

Todavía resulta más llamativo el artículo 105.1 de la LSRL. Para empezar porque, sin razón justificativa alguna que se nos alcance, establece un régimen distinto al de la LSA cuando la hipótesis es idéntica. Conforme a este precepto «la disolución o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la junta general [...]. Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso». Como es de ver, el precepto contradice a la LC en lo que acabamos de señalar como determinación de la competencia para instar el concurso, no pudiendo entenderse que esta regulación de la LSRL, precisamente introducida por una disposición final de la LC, venga a derogar o modificar la propia LC, lo que sería insólito.

Las opiniones doctrinales no son plenamente coincidentes en la interpretación conjunta de los preceptos que quedan apuntados³, especialmente en cuanto a si con-

3. Siendo este trabajo la plasmación de una comunicación congresual, se ha optado por prescindir de la cita puntual de autores a lo largo del texto, significándose ahora la bibliografía reciente que a juicio del autor es más relevante a efectos de su consultada:

ALCOVER GARAU, G.: *El ámbito de responsabilidad de los administradores en los nuevos artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Revista de Derecho de Sociedades, n.º 26/06, pp.85ss.

MARÍN DE LA BÀRCENA GARCIMARTÍN, F.: *Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital*, Revista de Derecho de Sociedades, n.º 24/05, pp.91ss.

MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M.: *Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores*, Revista de Derecho Mercantil, n.º 250, octubre/diciembre de 2003, pp.1341ss.

curre o no una alternativa de comportamiento de los administradores para evitar su responsabilidad (pedir disolución o concurso); en caso de existir, a qué supuestos se refiere, así como a quién corresponde decidirlo, lo que en definitiva permite resumir las cuestiones en si existe o no una alternativa de solicitud de concurso (frente a la disolución) y la determinación de la legitimación para solicitar el concurso para el supuesto de que también concurra causa de disolución por pérdidas significativas.

Conviene señalar que aunque, como queda dicho, la ley contempla el supuesto de concurrencia de pérdidas significativas e insolvencia, ambos conceptos, ni son equivalentes, ni tienen por qué coincidir en el tiempo. Bastará decir que una sociedad puede no estar en situación de desbalance, pero sí en situación de insolvencia, es decir, en la imposibilidad de atender regularmente sus obligaciones exigibles por carecer de liquidez y de crédito; y, al revés, cabe la situación de desbalance sin simultánea insolvencia cuando la sociedad dispone de crédito que le permite atender sus obligaciones. Lo más usual es que el desbalance constituya, al menos, preludeo de la insolvencia. Y debe tenerse también presente que la LC considera insolvencia, presupuesto de la solicitud de concurso, tanto la actual como la inminente, es decir, la previsión de imposibilidad de cumplimiento regular y puntual de las obligaciones, si bien sólo la primera obliga al concurso necesario, mientras que la segunda determina la simple facultad del deudor –y sólo del deudor– de constituirse en concurso voluntario.

Esta última distinción resulta relevante para interpretar a cuál de las dos hipótesis se refiere el artículo 260.1.4.º de la LSA (o el 104.1.e de la LSRL) al establecer la exclusión del supuesto de causa de disolución por pérdidas cuando «sea procedente» solicitar la declaración del concurso.

Desde nuestro punto de vista, la adecuada interpretación sistemática de los preceptos citados con los contenidos de los artículos 262 de la LSA y 105 de la LSRL, así como con los de la LC que se han mentado más arriba, lleva a considerar que el caso contemplado es de la insolvencia actual, de manera que, para la norma, el concurso «procede» no cuando es legítimo o posible solicitarlo, sino cuando es obligado solicitarlo; es decir, cuando constituye un deber y no una simple facultad del deudor. Parece claro que cuando ya existe insolvencia el legislador ha primado el régimen concursal frente al régimen disolutorio societario como fórmula de protección de los acreedores –a lo que se orientan ambos procesos–.

Si en tal caso –el de insolvencia actual– no tiene lugar la causa de disolución que nos ocupa, tampoco juega el régimen de responsabilidad previsto en torno a la no

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C.: *La responsabilidad de los administradores de sociedades por no haber instado el concurso, ¿un supuesto asegurable?*, Revista de Derecho de Sociedades, n.º 26/06, pp.311ss.

RUIZ MUÑOZ, M.: *Administradores y deudas sociales: derecho de sociedades versus derecho concursal*, Revista de Derecho de los Negocios, n.º 194, noviembre de 2006, pp.5ss.

SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGÍA, F. y MUÑOZ GARCÍA, A.: *La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima*, Diario La Ley, n.º 6610, 15 de diciembre de 2006.

adopción de dicha solución (que no tiene caso porque no hay causa), sino el régimen de responsabilidad concursal establecido en el artículo 172 de la LC, en el que ahora no toca profundizar.

Sentado lo anterior, ha de entenderse que las referencias a la solicitud de concurso que se contienen en el artículo 262 de la LSA y 105 de la LSRL se refieren sólo a la hipótesis de solicitud por insolvencia inminente, en cuanto que en tal caso sigue concurriendo la causa disolutoria por pérdidas significativas, que ahora puede concurrir con una insolvencia previsible y probablemente segura, pero todavía no producida de presente. La solicitud de concurso a que se refieren estos preceptos juega en el ámbito del procedimiento disolutorio y, dentro de él, viene a constituir una posible opción en la solución de la situación económica de la sociedad, que tiene así tres posibilidades: (i) recomponer la situación patrimonial mediante la ampliación de capital (la reducción resuelve la causa disolutoria, pero no la insolvencia inminente), (ii) encaminarse por el régimen liquidatorio resultante de la disolución y (iii) acudir al sistema concursal, sin perjuicio de que si en el *interim* la insolvencia se convierte en actual, éste sea la única vía posible.

Con este criterio se resuelve también la aparente contradicción –especialmente en el caso de la SRL– en punto a la competencia para decidir la solicitud de concurso. En nuestra opinión, incluso en el caso de la SRL y pese al tenor literal del artículo 105.1 de la LSRL, en el supuesto de insolvencia actual la competencia –y también la obligación– para la solicitud del concurso reside en el órgano de administración. Siendo tal solicitud un comportamiento debido y de orden público, no puede quedar dispensado por los socios, lo que, además, no relevaría de responsabilidad a los administradores, ni de la concursal, ni de la societaria por daños, ex artículo 133.4 de la LSA.

Por lo demás, en la hipótesis de que la junta no acordase la solicitud de concurso por insolvencia actual se estaría ante un acuerdo nulo por infracción de ley imperativa que, por esto mismo, los administradores no sólo no están obligados a cumplir sino que abstenerse de hacerlo. Aparte de lo dicho, no se alcanza a ver para qué habría que convocarse una junta cuyo resultado es obligado y que, en otro caso, puede y debe ser desconocido, dando lugar, además, a que terceros acreedores, en vista de la convocatoria, se adelanten en la solicitud del concurso.

En definitiva, la alternativa que parecen plantear los preceptos examinados se produce entre la disolución por pérdidas significativas y la solicitud de concurso en el supuesto de insolvencia inminente. Y tal alternativa tiene lugar en el procedimiento de disolución –para continuarlo o, en su caso, sustituirlo por el concurso– y se desarrolla a través de la previa e inicialmente preceptiva intervención de la junta.

Ciertamente, los artículos 262 de la LSA y 105 de la LSRL son particularmente oscuros en la cuestión que nos ocupa, lo que sin duda es consecuencia de una deficiente técnica legislativa que ha llevado a introducir reformas significativas en el derecho societario por vía de disposiciones finales y sin la debida coordinación, apareciendo así la insolvencia como un cuerpo extraño en el sistema de disolución de la sociedad, que ha llevado a algún autor a entender que, en el caso de las sociedades anónimas, el deber de solicitar el concurso establecido en la LC para la insolvencia se transforma en una facultad alternativa a la de convocar la junta general, y sólo en

auténtico deber de los administradores cuando la junta adopte acuerdo contrario a concurso; y, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el deber de solicitar el concurso se convertiría en un deber de convocar la junta para que ésta acuerde su solicitud.

Ya hemos dicho que la confusión se elimina si se entiende que el supuesto de insolvencia actual es el único contemplado en el artículo 260.1.4.º de la LSA y en el 104.1.e de la LSRL, y que en tal caso, sencillamente, desaparece la causa de disolución, de manera que no tiene lugar el proceso disolutorio ni, consiguientemente, la obligación de los administradores de convocar junta, sin por ello incurrir en la responsabilidad de los artículos 262 de la LSA y 105 de la LSRL; sino, en su caso, en la responsabilidad concursal regulada por la LC, además de las responsabilidades indemnizatorias de régimen societario ordinario de responsabilidad (por lo menos, en la responsabilidad por daños a la sociedad).

En consecuencia, la interpretación del artículo 262.2 (párrafo 2.º) de la LSA resultaría clarificada si al sustantivo «insolvencia» que cita se añadiese el calificativo de «inminente». Por otra parte, se desharía la aparente contradicción entre el régimen de solicitud del concurso en tal supuesto de insolvencia entre la LSRL y la LSA si en el mismo párrafo del referido artículo se señalase que la solicitud que expresa es una solicitud dirigida a la junta.

De esta manera se resuelve que la solicitud de concurso por insolvencia inminente es un acto facultativo, pero ciertamente extraordinario, que corresponde a la junta general de socios, lo que constituye una norma interna de régimen societario que no contradice las reglas de la LC. La solicitud del concurso corresponde a los administradores, a quienes se encomienda la iniciativa, pero cuando la razón de la solicitud sea una insolvencia inminente se requiere la previa decisión de la junta. Si efectivamente la junta acuerda la solicitud de concurso, los administradores deben obrar en consecuencia, en cumplimiento de acuerdos sociales por ellos mismos promovidos; y, en tal caso, ni habrá disolución ni responsabilidad por deudas por no disolver.

De acuerdo también con la interpretación que venimos sosteniendo, no hay propiamente una alternativa entre disolución y concurso, sino más bien una opción entre uno y otro en el caso de insolvencia inminente y dentro del proceso disolutorio de la sociedad (en la que sigue concurriendo causa de disolución), que ya no tiene caso si se opta por el concurso. Cualquiera de las opciones –así como, naturalmente, la recomposición de la situación económica– liberan de la responsabilidad por deudas si efectivamente las acuerda la junta o si, en el caso de no acordarlas, los administradores realizan la oportuna solicitud judicial dentro del plazo legal.

Por lo mismo, la solicitud de concurso no es una obligación cuyo incumplimiento desate la responsabilidad societaria por deudas. Si se refiere a la insolvencia inminente, la solicitud de concurso es facultativa; y otra cosa es que, de no plantearse, la liberación de la responsabilidad sólo se produzca si se insta ante la junta la disolución y, si ésta no la acuerda, se solicita judicialmente. Si la insolvencia es actual, sí que hay obligación de solicitar el concurso, pero en el estricto plano de la legislación concursal, con las consecuencias previstas en ella en otro caso. Y no, en cambio, en

el ámbito de la legislación societaria (a quien no le compete decidir sobre la obligatoriedad del concurso), sin que ello determine la responsabilidad por deudas ex artículo 262.5 de la LSA o 105.5 de la LSRL porque su presupuesto es que medie causa de disolución, lo que ya no ocurre, precisamente, por la situación de insolvencia actual, según resulta del artículo 260.4 de la LSA y del 104.1.e de la LSRL.

Sentado lo hasta aquí dicho, cabe establecer resumidamente el que, a nuestro criterio, debe ser el comportamiento de los administradores en la pretensión de evitar incurrir en la responsabilidad por deudas en el caso de desbalance por pérdidas significativas, según seguidamente exponemos.

(a) Si la disminución patrimonial concurre en su origen o llega a concurrir –y desde que esto ocurre– con una situación de insolvencia actual, sucede lo siguiente:

- La sociedad no está incurso en causa de disolución.
- Por lo mismo, no tiene caso de aplicación el artículo 262 de la LSA o el 105 de la LSRL, ni, por tanto, existe responsabilidad de los administradores por las deudas sociales (pese a que, ciertamente, hay desbalance por pérdidas), con independencia de que cumplan o no con su deber de solicitar el concurso. En caso de no hacerlo, jugarán las responsabilidades reguladas en la LC, derivadas de la calificación culpable, cuyo presupuesto presuntamente se produce, entre otras razones, por no haber solicitado concurso. Y, asimismo, tendrá lugar, en su caso, la responsabilidad ordinaria societaria por daños y, desde luego, la exigible por acción social, según resulta de su régimen y de lo establecido en el artículo 48.2 de la LC.
- Como no se está en supuesto de disolución, no existe obligación de los administradores de convocar la junta general, ni en la SA ni en la SRL. En cuanto a esta última, según ya se ha indicado más arriba, pese al tenor literal del artículo 105 de la LSRL, en nuestra opinión, no tiene sentido entender tal norma como impositiva de una reunión y decisión de la junta general para el caso que ahora nos ocupa, para un acuerdo que es obligado y que caso de ser contrario a la obligación no tiene que ser observado.
- Todo lo anterior, para el caso de coexistencia de la causa disolutoria y de la insolvencia actual, o para el supuesto de que esta última se produzca o surja dentro del plazo que tienen los administradores para convocar junta en el proceso disolutorio. Si la insolvencia actual surge con posterioridad, entonces en el *interim* concurre la causa disolutoria y los administradores han de proceder en consecuencia (solicitando la disolución) para evitar su responsabilidad, que, en todo caso, cesa cuando se produzca la insolvencia actual, que supone la desaparición de la causa de disolución y el desplazamiento del procedimiento disolutorio al concursal, para lo que basta recordar que también pesa sobre los liquidadores el deber de solicitar el concurso por insolvencia actual.

(b) Si la disminución patrimonial concurre con una situación de insolvencia inminente.

- En este caso, sí se está en causa de disolución, que sólo queda excluida por la insolvencia actual.
 - Por lo mismo, los administradores están en el caso de iniciar el procedimiento de disolución previsto en el artículo 262 de la LSA y 105 de la LSRL, es decir, están obligados a convocar la junta en el plazo de dos meses desde que concurra la causa de disolución (y tal ocurre cuando la situación de desbalance se conoce o puede conocer sin necesidad de esperar al momento de formulación de cuentas anuales, en atención al deber de diligencia de los administradores y su obligación y presunción de conocimiento de la marcha de la sociedad).
 - En vista de la insolvencia inminente, los administradores pueden –pero no están obligados a– plantear a la junta la alternativa entre disolución o solicitud de concurso o una de estas dos opciones, aparte de la posibilidad que tiene la junta de recomponer la situación económica. La solicitud de concurso se dirige, por tanto, inicial y preceptivamente a la junta y constituye una opción dentro del proceso de disolución –y de ningún modo una obligación de los administradores (puesto que la solicitud en este caso es una facultad y no un deber)–.

En ningún caso la solicitud de concurso es una alternativa a la convocatoria de la junta: si la insolvencia es actual, no hay alternativa, tanto porque solicitar el concurso es un deber y competencia de los administradores, cuanto porque en tal caso no existe causa de disolución; si la insolvencia es inminente, la consideración de la solicitud de concurso corresponde a la junta y no puede ser planteada directamente por los administradores, quienes sólo pueden hacerlo si la junta no llega a celebrarse o no adopta el acuerdo.

- Corresponde, así, a la junta, en principio, la decisión, y habiéndose convocado la junta y habiendo tomado ésta la decisión, los administradores quedan liberados de responsabilidad, desde luego, si se decide la disolución y, en el caso de decisión de concurso, si efectivamente la ejecutan.

Una interpretación literal del artículo 262.5 LSA podría llevar al entendimiento de que acordado el concurso por la junta quedan exonerados los administradores de la responsabilidad por deudas desde ese instante, con independencia de la ejecución del acuerdo; y ello en razón de que el referido precepto sólo prevé la responsabilidad si los administradores no actúan cuando «el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o concurso». No parece sostenible este criterio, ni siquiera con base en el principio de interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, porque además de su carácter puramente formalista significaría admitir como legítimo el incumplimiento de los acuerdos sociales por los administradores, así como también, para lo que ahora directamente nos ocupa, el de los deberes legales por razón de la causa disolutoria, que imponen la responsabilidad salvo que se acuerde o solicite la disolución o se lleve a cabo la posibilidad alternativa de solicitud de concurso.

- Por fin, los administradores, si hay acuerdo de la junta, deben llevarlo a cabo en sus términos sin poder alterar la decisión y, por tanto, solicitar concurso si la junta decidiera la disolución, o viceversa.

En consecuencia, si el acuerdo es contrario a la solicitud de concurso, no le es dable a los administradores solicitar este procedimiento, sin perjuicio de que si con posterioridad sucede la insolvencia actual no sólo podrán, sino que vendrán obligados a ello.

Si el acuerdo es favorable a la solicitud de concurso, vincula a los administradores, y sólo solicitando el concurso quedarían exentos de responsabilidad.

Si la junta no adopta ningún acuerdo, o adoptado, éste es contrario a la disolución y al concurso, a nuestro criterio lo que procede –para exonerar la responsabilidad– es que los administradores soliciten lo que resulte más adecuado al interés de la sociedad y de los acreedores sociales (interés que, en este caso, también corresponde salvaguardar a los administradores).

En resumen, sólo en los términos que quedan expuestos cabe entender la existencia de alternativa en el supuesto de concurrencia de causa disolutoria e insolvencia. La alternativa es, en realidad, una opción entre las posibles a plantear a la junta, y siempre referida exclusivamente al caso de insolvencia inminente, así como de las que corresponden a los administradores si la junta no acuerda nada o su acuerdo es contrario a ambas opciones. Los administradores se liberan de responsabilidad si convocan la junta para que ésta decida sobre la disolución o la solicitud de concurso y, asimismo, para el caso de que la junta no llegue a constituirse o no decida nada, o decida en contrario de lo propuesto, cuando dentro del plazo legal soliciten, según la mejor conveniencia de la sociedad y de los acreedores, la disolución o el concurso. Escogido el concurso en cualquiera de las hipótesis planteadas, no tiene caso la disolución de la sociedad, pese a lo cual los administradores quedan exonerados de la responsabilidad por deudas.

3. Naturaleza jurídica y alcance objetivo de la responsabilidad

3.1. Naturaleza jurídica

Parece oportuno reflexionar brevemente sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad por deudas ex artículo 262 de la LSA y 105 de la LSRL, con el sólo propósito de determinar si en razón de este elemento puede establecerse, también, algún límite al alcance de dicha responsabilidad.

Tradicionalmente y casi sin discusión en la doctrina, se ha venido sosteniendo que nos hallamos ante una responsabilidad-sanción de carácter abstracto y objetivo, de manera que la responsabilidad se produce por el mero hecho objetivo de incumplirse la obligación legal de convocar junta o, en su caso, de solicitar disolución o

concurso (en los términos expuestos en el epígrafe 2 anterior) dentro del exiguo plazo legal de 2 meses, siempre que concurra causa de disolución por pérdidas significativas generadoras de desbalance.

Así pues, podría postularse *prima facie* que lo único discutible son los presupuestos fácticos de la pérdida patrimonial y la fecha en la que se puede entender producida (que sirve de *dies a quo*) para el cómputo del plazo para convocar junta⁴.

Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo ponen en crisis lo que se acaba de indicar, al introducir en su argumentación y fallo razonamientos que parecen hacer migrar esta responsabilidad al campo de la culpa, disipando por tanto su carácter objetivo.

Las soluciones judiciales en cuestión resuelven supuestos en los que parece comprensible, en el plano de la estricta justicia material, la exoneración de responsabilidad del demandado. Empero, su argumentación –ciertamente poco clara– reconduce el *quid* a los parámetros de la responsabilidad extracontractual tradicional, al menos en la exigencia del elemento culpabilidad, que se contradice con la consideración de la responsabilidad objetiva. Y ello pese a que las propias sentencias emplean este calificativo para describir la responsabilidad que tratamos.

Son expresión de esta línea las recientes SSTs de 22 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2007 y 7 de febrero de 2007, en todas las cuales correspondió la ponencia al magistrado D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. La fundamentación jurídica de las tres, tras señalar el criterio de la Sala acerca de que la responsabilidad de que nos ocupa es de carácter abstracto o formal y de naturaleza «objetiva o cuasi-objetiva», de tal manera que «no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico», establece no obstante que:

«[...] esta caracterización de la responsabilidad no impide, que los principios del sistema que rige en nuestro ordenamiento jurídico, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil y la jurisprudencia que los desarrolla, determinen la necesidad de templar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; y así, entre las primeras esta Sala ha considerado relevante para mitigar el rigor del régimen de los artículos 262-5º de la Ley de Sociedades Anónimas y 105-5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y para exonerar de responsabilidad al administrador el conocimiento del acreedor reclamante de la situación económica de la sociedad en el momento de la generación del crédito Sentencias de 16 de febrero y de 28

4. Nunca hay discusión sobre el *dies a quo* para la hipótesis de efectiva convocatoria de junta y la posterior obligación de los administradores de solicitar judicialmente la disolución o concurso si la junta no llega a celebrarse, o no acuerda nada, o su acuerdo es contrario a la disolución o al concurso. En este caso, la fecha es cierta.

de abril de 2006, del Pleno, y, en términos más amplios, su actuación contraviniendo las exigencias de la buena fe Sentencia de 12 de febrero de 2003, la solvencia de la sociedad o la existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman Sentencia de 28 de abril de 2006, del Pleno; y entre las segundas, se ha atendido al hecho de que los administradores, aun cuando deban soportar la carga de la prueba, demuestren una acción significativa para evitar el daño, lo que se ha de valorar en cada caso en este sentido, vid. Sentencia de 28 de abril de 2006, de Pleno, o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo, por haber cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución Sentencias de 28 de abril de 2006, de Pleno, y de 26 de mayo de 2006, entre las más recientes, o, en términos generales, por haberse encontrado ante una situación ya irreversible Sentencia de 28 de abril de 2006. Todos estos casos, expuestos a título meramente enunciativo, contemplan en palabras de la Sentencia de 26 de junio de 2006 situaciones que resultan incompatibles con el concepto de responsabilidad entendido con arreglo a los requisitos de la responsabilidad extracontractual en general».

La atemperación de la responsabilidad en razón de la conducta atendiendo a las circunstancias de carácter subjetivo y objetivo concurrentes, se llame como se llame, supone la consideración de la imputación culpabilística; y mucho más si se invoca que tal proceder tiene como fundamento las reglas generales del artículo 1902 del CC.

Sin embargo, las circunstancias subjetivas y objetivas que se mencionan a título enunciativo, así como las que en cada una de las sentencias se han tenido en cuenta como *ratio decidendi*, no parecen apuntar al criterio culpabilista, sino a otras consideraciones, cuales son, (i) la conducta del demandante que, por ejemplo, tenía pleno conocimiento de la situación de la sociedad, y más concretamente, de la existencia de un plan de viabilidad con el que colaboró y tras el cual continuó la relación negocial determinante de su crédito, o (ii) auténticos supuestos de imposibilidad o extrema dificultad del demandado para conocer la concurrencia del supuesto de disolución y, por ende, poder cumplir con la obligación de convocar la junta.

En estos casos, lo que ocurre es, o bien, en el primero, un ejercicio abusivo del derecho o contrario a la buena fe (incardinado en el artículo 7 del CC), lo que nada tiene que ver con la cuestión culpabilística; o, en los segundos, un supuesto de exoneración de responsabilidad por imposibilidad.

Sin embargo, en alguna de las sentencias citadas (señaladamente la de 22 de noviembre de 2006) y, todavía más, en la STS de 23 de marzo 2006 (Ponente: Villagómez Rodil)⁵, se incorpora claramente el elemento culpabilista, que a nuestro criterio

5. En esta sentencia se exonera de responsabilidad a una co-administradora solidaria que sólo formalmente fue administradora durante un corto espacio de tiempo, y que, precisamente por eso, a pesar de sus esfuerzos, no tuvo oportunidad de tomar cabal conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, añadiéndose que *de facto* no fue gestora.

es manifiestamente desviado en la primera de las sentencias y puede tener sentido, en cambio, en esta última a la que se acaba de aludir.

En efecto, es claro que nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza sancionadora y, por tanto, abstracta, en cuanto que la *pena* no está vinculada con la conducta como administrador, siendo indiferente si el daño (de ordinario, el impago de un crédito) es o no consecuencia de una ordenada o negligente gestión del administrador. La ley no trata de proteger de la actuación gestora del administrador *in re ipsa*, sino del perjuicio que supone o puede suponer para el acreedor el desconocimiento de la efectiva situación de desbalance (por ejemplo, por hacerle contratar sobre la base de una falsa representación mental del *status* patrimonial de la sociedad con quien contrata). Puede hablarse, así, como con carácter general lo hacen las sentencias del TS, de una responsabilidad cuasi-objetiva y sin vinculación causal.

Por lo mismo, la STS de 22 de noviembre de 2006, que estima la acción de responsabilidad –no dando lugar al recurso de casación del administrador– por «la falta de acreditación de ninguna conducta por parte del administrador tendente a la disminución de las deudas sociales», contiene una poco ortodoxa fundamentación, por cuanto que *a sensu contrario*, es decir, si el administrador hubiera acreditado una conducta dirigida a disminuir las deudas sociales, el juzgador habría llegado a la solución opuesta y, por consiguiente, a constituir la responsabilidad por deudas en una responsabilidad causal y culpabilista, lo que no cabe deducir del artículo 262 LSA.

Otra cuestión es que la abstracción y el carácter objetivo hayan de entenderse referidos a la producción del daño, es decir, a la razón causal del impago de la deuda del acreedor (que tal es su daño). Por el contrario, sí que cabe hablar del elemento culpa en el cumplimiento de la obligación que determina la exoneración de la responsabilidad por deudas, esto es, el deber de convocar la junta general sobre la base de la previa existencia de la situación de desbalance por situación de pérdidas significativas.

Respecto a esta última consideración, puede decirse que la ley presume la culpa, aunque cabe la prueba en contrario, que debe determinar que, como dice la STS de 28 de abril de 2006 (Ponente: Montés Penadés), no se establezca la responsabilidad en cuanto a los administradores que no hayan podido, a pesar de un esfuerzo diligente, conseguir que se convoque la junta o que se pida la disolución o, en su caso, el concurso.

En tales casos no hay culpa y ello determina la inexistencia de responsabilidad. Piénsese en los casos más extremos de imposibilidad física de realizar los actos en plazo o, supuesto un órgano colegiado de administración, el caso del administrador minoritario que no consigue los acuerdos pertinentes del órgano.

En resumen, la responsabilidad que nos ocupa es objetiva en cuanto a la independencia entre el daño reclamado y la conducta que lo causó y, en este sentido, constituye una sanción; por el contrario, sí cabe hablar de culpabilidad en punto al cumplimiento de la obligación legal establecida en el artículo 262 de la LSA o el 105 de la LSRL.

Por otra parte, la jurisprudencia, de manera muy discutible, ha entendido en algún caso procedente la exoneración de responsabilidad sobre la base de acreditar una imposibilidad de tomar conocimiento de la situación patrimonial por parte del administrador, pese a sus esfuerzos diligentes al efecto.

3.2. Alcance objetivo

La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, introduce un cambio significativo respecto al régimen anterior, que extendía la responsabilidad que nos ocupa a todas las deudas sociales, lo que, entre otras cosas, venía a suponer la inutilidad práctica de todos los demás regímenes de responsabilidad de los administradores en supuestos de insolvencia social. En efecto, la responsabilidad societaria por deudas era más desfavorable para los administradores que la responsabilidad concursal que, por lo demás, solamente juega en el caso del concurso culpable.

Ahora, tras la indicada reforma, la responsabilidad se limita a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. A pesar de la aparente claridad de la norma, quedan pendientes algunos problemas, incluidos los de la significación o eficacia de la presunción que establece el párrafo segundo del apartado 5 del artículo 262 de la LSA y del mismo apartado del artículo 105 de la LSRL, en cuya virtud «las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior».

Para empezar, está la cuestión del elemento determinante de la anterioridad o posterioridad de la deuda, en el sentido de si es la fecha del título constitutivo de la obligación, o más bien la de devengo y exigibilidad, así como cuál es el canon en los supuestos de obligaciones periódicas de tracto sucesivo o en los supuestos de aplazamiento convencional (plazos de cortesía, etc.). En principio, parece que el criterio debiera ser el de exigibilidad; pero tampoco sería lógico que quedara exento de responsabilidad el administrador que, conocedor de la perspectiva patrimonial de la sociedad, gestione y consiga un aplazamiento de la deuda, salvo que se entienda que, en tal caso, la que actuará será la responsabilidad indemnizatoria ordinaria (artículo 133 y ss. LSA).

Por otra parte, clarificada en el caso concreto la fecha de la obligación, cabe plantearse si en todo caso se responde de todas las deudas posteriores incluidas, por tanto, las que lo sean a la eventual aparición del supuesto de insolvencia actual, posterior al desbalance. En esta hipótesis, según se ha dicho más arriba, desaparece la causa de disolución de la sociedad y el régimen concursal desplaza al societario, de modo que si efectivamente se acordó o se instó la disolución, el proceso liquidatorio queda sustituido por el proceso concursal; y si los administradores no habían convocado la junta o, en su caso, solicitado judicialmente la disolución, ésta ya no tiene caso, una vez aparecida la insolvencia actual, pero, ciertamente, hasta ese momento se incurrió en responsabilidad. Pues bien, si el suceso de la insolvencia actual desplaza el régimen societario, los administradores, que están incurso en la respon-

sabilidad que nos ocupa por no haber cumplido sus obligaciones dirigidas a la disolución, sólo responden de las deudas que sean posteriores a la causa de disolución, pero hasta el momento de la posterior insolvencia actual. Y no de las posteriores a ese último hito, que quedarán sujetas a la responsabilidad concursal, compatible, por lo demás, con la responsabilidad societaria ordinaria por daños.

Por lo que se refiere al momento de acaecimiento de la causa de disolución, que a su vez constituye el *dies a quo* para el plazo de 2 meses de la obligación legal de los administradores, es pacífico que habrá de estarse al de la efectiva posibilidad de conocimiento, supuesto que los administradores son conocedores y tienen el deber de conocer la marcha de la sociedad y, por tanto, sin necesidad de esperar a la formulación de cuentas anuales, como momento determinante del conocimiento de la situación y del cómputo de los plazos.

No resulta clara, en cambio, la verdadera eficacia de la presunción contenida en el último párrafo de los preceptos en estudio. No parece que tenga sentido su entendimiento literal, es decir, que lo que se presume de fecha posterior es el crédito reclamado, por cuanto normalmente su fecha es de fácil prueba directa y no requiere presunción alguna. Más bien parece que la presunción ha de referirse a que es «anterior» a la fecha del crédito el supuesto de la causa de disolución, cuya fecha sí que es problemática.

A este respecto, lo que ha de probarse en la reclamación correspondiente es que concurre la causa de disolución y que se da el supuesto de responsabilidad, es decir, que han transcurrido 2 meses desde tal causa sin que los administradores hayan puesto en marcha la actividad que les incumbe como obligación. En buenos principios, la carga de esa prueba corresponde al demandante (como hecho constitutivo de su pretensión); sin embargo, la aplicación del principio de proximidad a los medios de prueba o facilidad probatoria (217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), puede desplazar –y en los más de los casos, así lo hará– la carga de la prueba a los administradores, a quienes indiscutiblemente les resulta más fácil la acreditación de tales elementos fácticos.

Si esto es así, la presunción establecida por la ley no añade nada. Si se interpreta la expresión legal en términos estrictos, no resuelve ningún problema, por cuanto que para desencadenar la responsabilidad no basta con que la fecha de la deuda sea anterior al acaecimiento de la causa de disolución, porque lo que realmente interesa es que ésta haya sucedido hace más de 2 meses desde la reclamación, pues sólo en ese caso se produce la responsabilidad. Si, por el contrario, se entiende que la presunción implica también la de que ha transcurrido este plazo, se estaría alterando el régimen de responsabilidad para los supuestos de grave dificultad probatoria por parte de los administradores porque la presunción, en definitiva, llevaría a entender que todas las deudas son anteriores y, por tanto, que la responsabilidad alcanza a todas ellas, lo que es contrario a lo que ahora dice la ley. Si se descarta, entonces, esta interpretación y se tiene en cuenta que la más restringida no resuelve el problema ni constituye auténtica presunción, en realidad en lo que estamos es ante un simple desplazamiento de la carga probatoria a los administradores, que es lo que venía ocurriendo por el principio de proximidad o facilidad probatoria.

4. Alcance subjetivo de la responsabilidad

Por último y para culminar el objeto acotado de esta comunicación, es preciso realizar una breve referencia a las personas afectadas por la responsabilidad. Es claro que ésta, desde el punto de vista del reclamante, se refiere a todos los administradores que estén incurso en el supuesto de responsabilidad que nos ocupa, es decir, aquellos que pese a concurrir la causa de disolución –y desde que ésta concurría– no llevaron a cabo el cumplimiento de las obligaciones que la ley les impone, sin más límite que el que deriva de la prescripción de la acción, para lo que habrá de estarse a lo que resulta del régimen del artículo 949 del Código de Comercio.

En consecuencia, el acreedor insatisfecho puede reclamar la responsabilidad a los administradores de hecho y de derecho que lo son en la actualidad o que lo fueron con anterioridad desde que concurre la causa de disolución y que no estén exonerados por la prescripción de la acción.

Ahora bien, en el supuesto de órganos colegiados y teniendo en cuenta que la responsabilidad es solidaria, reclamado un concreto administrador, cabe plantearse contra quién puede repetir éste; es decir, si puede hacerlo contra todos aquellos a quienes podía reclamar el acreedor insatisfecho –pero no lo hizo– o sólo contra aquellos con los que hubiese coincidido en el órgano de administración. En nuestra opinión, la solución es esta última en virtud de las reglas que ordenan el régimen de responsabilidad del consejo de administración.

LA RSC Y EL DERECHO DE SOCIEDADES*

JAVIER WENCESLAO IBÁÑEZ JIMÉNEZ
Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO

1. Introducción	253
2. RSC y derecho societario: conexiones	255
3. Conclusiones.....	271

* Escrito en el marco del G.I. «Derecho, Mercado y sociedad global sostenible».

I. Introducción

En la literatura especializada, y principalmente en los ámbitos, tanto académicos (organización y dirección de empresas, sociología económica) como especializados no académicos (expertos de organizaciones internacionales y gubernamentales, factores y especialistas corporativos, consultores y representantes de grupos de interés privados o de la *sociedad civil*, entre los principales agentes), úsanse los términos responsabilidad social *corporativa* (RSC) o, menos frecuentemente al no provenir de equivalente angloamericano, responsabilidad social empresarial (RSE¹), en varios sentidos principales:

- a. La expresión de un *desideratum*, concretada en una prescripción moral: el comportamiento socialmente íntegro o recto del empresario, traducido en actos o actuaciones internas y externas² que cabe calificar como socialmente responsables; esto es, aceptables por la sociedad en su conjunto, solidarias con los agentes sociales, con la sociedad civil. Y por lo general, dícese de tales actuaciones que son *debidas* cuando acontecen en el con-

1. Es el caso de la *Subcomisión de RSE* del Congreso, presidida por Ramón JÁUREGUI e impulsada en 2004 por *Convergencia i Unió* para debatir una posible ley de fomento de la RSC, entre representantes de empresas, sindicatos, ONG, Academia y otros expertos. Fruto de aquella es el *Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas* (BOCG serie D, nº 423, 31.07.2006; en adelante, *Informe*). El 3 y 4.11.2005, las Fundaciones Euroamérica y Carolina concluían en una *Conferencia Internacional sobre RSE* (Madrid) que el modelo español del debate RSE bien podría replicar el nórdico de *partnership* entre Administraciones y *stakeholders* (R.U., Dinamarca, Suecia), alineando interés público y corporativo.

2. Generalmente son actos jurídicos del empresario («acciones» o «actividades», dice EMBID, *Perfil jurídico de la RSC*, 2), por ser voluntarios; su proyección es social o comunitaria extracorporativa, allende las fronteras de la empresa. Son además negocios jurídicos cuando la «integración voluntaria de preocupaciones sociales» (*Informe*, 1.1) sea contratada con algún grupo de interés (p.e., asociaciones, fundaciones, administraciones públicas); no se tratará de simples hechos jurídicos, dada la «voluntariedad» que se predica de la RSC.

texto genuinamente corporativo, esto es, el desarrollo del objeto que le es propio, en el devenir de su intervención en el mercado³. Desde esta perspectiva propulsora de la legitimidad social de la empresa, la RSC aparece como concepto carente de contenido jurídico, al menos en el sentido privatista contractual que conecta a deudores y acreedores; porque, precisamente, se refiere a la autonomía moral privada, a la *self responsibility*, de quien reputa justo y se considera obligado, *allende el Derecho vigente*, por exigencias de la sociedad en su conjunto, desde la propia convicción ética que le impulsa a mejorar el entorno. Tal convicción altruista (*pour autrui, alteris, uti alienibus*) entronca derechamente con otra: la autoconciencia de la insatisfacción que produce al empresario ceñirse a lucrarse cumpliendo pulcramente los diversos regímenes legales de responsabilidad convergentes sobre la esfera jurídica circundante⁴. La adecuada, incluso perfecta atención de tales requerimientos no basta al empresario que se proclama y actúa en el mercado como agente o unidad corporativa socialmente responsable. La RSC, así, encierra una componente moral *beyond mandatory rules*.

- b. Un universo de *estrategias y políticas* corporativas activas, de sesgo voluntario y *dinámico*, de las que irán respondiendo los *corporate governors* en un *continuum* de adecuación e interacción social⁵. Desde este punto de vista la RSE cae de plano en el ámbito del gobierno de las sociedades, por cuando emanan de los administradores y demás gestores los programas y sendas que componen el marco de las actuaciones corporativas donde concretan todas las estrategias y programas que *in genere* atañen al marco de lo «socialmente responsable». Por fuerza, las políticas y estrategias de RSC se planean e implementan (independientemente de quién proveyan las iniciativas), especialmente en el caso de las sociedades cotizadas, desde el órgano de administración, sin perjuicio de que la junta apruebe los programas, actuaciones, sub-políticas y costes/beneficios asociados a cada concreto sistema o plan de actuaciones de RSC. Dichas actuaciones vienen revestidas en el manto de dos rasgos básicos: uno económico, la objetivación y mensurabilidad; y otro jurídico, la documentabilidad y au-

3. Quienes niegan que exista RSE (ésta vendría a ser la «dimensión social inherente a todas sus responsabilidades»; *Informe*, 1.3) ponen tácitamente de relieve su dimensión ética o moral; pero olvidan el *desideratum socialis*, la exigencia social de *meliora mores societatis*, nacida de la parquedad de la Ley.

4. «Las empresas no sólo deben preocuparse por los resultados, sino también por la forma en la que los obtienen y por su contribución a la sociedad» (*Informe*, 1.1.).

5. Reputar dinámico el proceso constructivo del concepto de RSC como «aprendizaje gradual» de los gestores «permitiría adoptar una visión más realista del asunto, incorporando el factor temporal al análisis y previniéndonos contra los excesos de entusiasmo o pesimismo cuyas huellas son perceptibles en el actual debate» (*Informe*, 1.4)

ditabilidad para la transparencia. Estas actuaciones y políticas corporativas deben ser objetivables, con proyección interna y externa. Los sistemas de objetivación, medición y auditoría (*accountability*) entrañarán la incorporación de los parámetros *Global Reporting Initiative* (Naciones Unidas) u otras guías internacionalmente aceptadas, en los informes o memorias de sostenibilidad o RSC que las documenten.

- c. Un conjunto de iniciativas y actuaciones *normativas extracorporativas*, o si se prefiere, legislativas o de hetero-regulación, normalización y encauzamiento de los programas, acciones y comportamientos empresariales socialmente responsables (ámbito público normativo). En este terreno se debe, en nuestra opinión, arrancar del respeto a la autonomía de la voluntad. De suerte que toda ley (hetero-norma) sobre RSE, en la medida en que la iniciativa originaria de la empresa es voluntaria, debe limitarse a fijar un marco de *minima necesaria*; siendo, extramuros de las reglas de control de cumplimiento de los mínimos de transparencia, de aplicación voluntaria, de modo análogo a como sucede en el ámbito del *corporate governance*, que igualmente es un campo de autodesarrollo moral o ético corporativo⁶. Los *minima* fijarían principios, criterios e indicadores estándar, asegurando el *benchmarking* de las empresas con gran proyección pública (cotizadas), y promoviendo el de las PYMES que voluntariamente decidan incorporar la RSE. Éstas deben disfrutar de «incentivos» legales, por ser el coste relativo de implantación superior al de las grandes sociedades, y la proyección social menor, comparativamente.

2. RSC y derecho societario: conexiones

2.1. La concepción institucionalista de la sociedad y su entronque con la noción actual de la RSC

Establecida una precisión siquiera escueta sobre la extensión y naturaleza de la RSC, tiene sentido preguntarse sobre la conexión entre la RSC y el Derecho societario actual, y particularmente, sobre las esferas de incidencia recíproca de ambos campos de conocimiento. Para esto, en primer lugar, nos valdremos del pilar conceptual del Derecho de sociedades que es la naturaleza de la «sociedad», concebida por la doctrina como institución bicéfala donde confluyen contrato societario y persona moral.

6. Así lo ven los economistas especializados (*per omnia*, SALAS, FUMÁS, V., *¿Buen gobierno o RSC?*, Universidad de Zaragoza, 2004, *passim*). Sindicatos y ONGs, por el contrario, entienden que la voluntariedad es principio «insuficiente» en materia de «derechos humanos, de avances medioambientales o de opciones estratégicas de las empresa», y de ahí la necesidad de «instrumentos legislativos... para controlar la acción» corporativa de RSE en el marco de Naciones Unidas y otros organismos globales que establecen «obligaciones claras» y «mecanismos de cumplimiento y exigencia» allende el «libre albedrío» (*Informe, loc. cit., infra*).

La conocida, aunque parcialmente exitosa en el pasado siglo, teoría germánica del *empresario en sí*, realza, dentro del tándem citado, la vertiente de la sociedad como persona moral, frente a la otra que la complementa, la de la sociedad como contrato societario (entre socios) y, en última instancia, como red de relaciones jurídicas entre sociedad-persona y socios, entre socios y gestores de la sociedad, y entre éstos; incluso, entre todos los anteriores y terceros (relaciones sociales externas). Esta tesis nunca llegó a negar el valor del contrato como generador de la persona. Sin embargo, su orientación ha sido con razón tildada de *transpersonalista* o pluralista; diríase hoy, adolecente de una *multistakeholder vision*, en jerga angloamericana de *corporate governance*. Pese a las críticas recibidas por orientar de la empresa hacia un interés no excluyente, pero sí trascendente del primario del socio, potencialmente pernicioso para éste⁷, lo cierto es que esta suerte de institucionalismo impregnó el sistema normativo alemán de cogestión, y sirvió de inspiración del legislador para diversos preceptos societarios a lo largo del siglo pasado. Pues bien, hoy revive esta corriente, remozada en una suerte de *neoinstitucionalismo*, por la puesta en marcha de programas de RSC, tendentes a tutelar intereses más extensos que los del socio, en el desenvolvimiento del objeto social (RSC ordinaria, exigible al contratar con trabajadores, proveedores o Administraciones) o allende el mismo (RSC especial o extraordinaria, generada por programas de actuación ajenos a la actividad típica o propia de dicho objeto)⁸.

2.2. La RSC como expresión de la actividad orgánica societaria

En las modernas sociedades anónimas, y particularmente en las cotizadas, las políticas de RSC son, como se ha dicho, políticas o programas de relación con terceros interesados. Pero vienen establecidas desde los órganos sociales, de ahí que conciernen ampliamente al Derecho societario. En concreto, tales políticas vienen programadas o elaboradas, y además propulsadas, desde el órgano de administración y, en ese sentido, forman parte del *corporate governance* como una parcela más, sin

7. Cf. PARKINSON, J.E., *Corporate power and responsibility: issues in the theory of company law*, Bookcraft Ltd., Midsomer Norton, Bath 1993; caps. 6 ss., passim; WEDDERBURN, K.W., *The legal Development of Corporate Responsibility: For Whom will Corporate Managers be Trustees?*, en K.J.HOPT / G.TEUBNER (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, Berlín 1985, 3; desde la óptica del ordenamiento legal alemán, LAUX, Franck, *Die Lehre vom Unternehmen an sich. Walther Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik (Schriften zur Rechtsgeschichte, RG 74)*, Berlín, Duncker und Humblot GmbH, 1998, 19-44).

8. Ambas vertientes constituyen objeto de la RSC en la concepción de la Comisión Europea, como destaca el *Libro Verde «Fomentar un marco para la RSC»*, Bruselas, 18.07.2001, COM (2001) 366 final, par. 21: junto a la integración de preocupaciones sociales o ambientales en las «operaciones comerciales» también se pretende la sostenibilidad de otras «relaciones con los interlocutores» sociales.

identificarse con todo su ámbito, más amplio (toda la administración societaria)⁹. Para vincular a la sociedad, sin embargo, es requisito ineludible su refrendo o aprobación por la junta general de accionistas. Requisito que resulta indispensable, siquiera cumplido tácitamente vía respaldo a los informes y políticas de RSC de los administradores, no ya para su aplicación jurídicamente válida o para su imputación legal a la empresa (para esto basta la actuación de los propios administradores), sino sobre todo para la conformidad de los socios con actividades virtualmente corrosivas del patrimonio corporativo, por muy socialmente responsables que sean. Sólo la aquiescencia de los socios puede conseguir para las políticas y programas de RSC el mérito de una genuina consideración de «corporativas», de forma que su implementación venga atribuible, no tanto ni sólo a la dirección de la empresa, sino a los titulares del interés social, los socios, y a la empresa misma (cf. art. 127 bis LSA). No ya a la corporación en cuanto empresario, sino en cuanto *corpus sociorum*, donde se da el *animus coeundae societatis*, la voluntad de emprender juntos, el interés común o colectivo del fin perseguido; en este caso, programando y ejecutando las acciones de RSC. La eventual impugnación de un programa o acción de RSC, precisamente, vendrá propiciada por la falta de voluntad de los socios, vale decir, por la ausencia de interés social o del colectivo corporativo¹⁰.

2.3. Voluntariedad vs coercibilidad de los programas de RSC: un debate figurado, visto a la luz del Derecho societario y del Derecho privado

Si administradores y socios son corresponsables en la puesta en funcionamiento de las estrategias y actividades de RSC, los primeros como mentores y programadores, y los segundos como aquiescentes activos vía junta general, entonces el paradigma de la «voluntariedad» de la RSC como característica sustancial y rasgo configurador¹¹ parecería quedar en entredicho, considerando varios argumentos convergentes.

9. Expertos de la *Subcomisión* confunden (¡aún en 2006!) buen gobierno societario y RSC; otros, con más acierto, interconectan ambas esferas; representantes de las instituciones de inversión, en fin, argüían que el *governance* debe regularse mercantilmente *ratione materiae* y la RSC no, dado su carácter ético o de «deseo» (*Informe*, 2.1). Nada más erróneo, pues el *gobierno de la empresa* también es asunto ético, y a su turno, la RSC involucra al legislador en cuanto éste decida estandarizar procesos, como iremos viendo.

10. Nótese que este colectivo puede descansar sobre bases ajenas al ánimo de lucro; paradigmáticamente en el caso de las cooperativas (cf. art. Ley 27/1999, de 16.07, de Cooperativas [RCL 1999, 1986] donde aparece junto a la satisfacción de «necesidades y aspiraciones económicas» como fin corporativo, la de otras «sociales», no en el sentido de «societarias», sino de «orden social» general, esto es, pertenecientes al ámbito social o comunitario extracooperativo o extracorporativo).

11. Así lo sostuvimos en *La responsabilidad social de las empresas y las finanzas sociales*, en IBAÑEZ JIMÉNEZ (coord.), *Responsabilidad social de la empresa y finanzas sociales*, Akal, Madrid 2004, 18 ss.

El primero se basa en la juridicidad de la costumbre (art. 2 C. de Comercio); el segundo, en la virtualidad de los actos unilaterales como fuente de obligaciones; y el tercero, vinculado a ambos, en la doctrina de los propios actos. Esta triada argumental redobra su valor especialmente cuando se anuncian públicamente las políticas o programas de RSC, generando en el mercado una expectativa razonable de cumplimiento. Así sucedió en el caso que juzgó la sentencia de 26.06.2003 del Supremo estadounidense, el cual mantuvo que la publicidad comercial de informes o documentos (*statements*) de RSC *constreñía a la multinacional anunciante a cumplir lo anunciado*, no tanto ni sólo por el deber de lealtad publicitario, sino más bien en aplicación de la teoría de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la doctrina de los actos propios en el terreno de la costumbre mercantil aplicada por sociedades de capital. El 10 de enero de ese año el Supremo ya acordó revisar la decisión del tribunal californiano a quo, que responsabilizaba a la demandada, NIKE, de actuar en el tráfico según las prácticas éticas expuestas en sus informes de RSC (*CSR ethical performance*), al calificarlas como «discurso publicitario» (*commercial speech*), y por tanto, como sostenía el demandante, Marc KASKY, contrario a las buenas prácticas comerciales del Estado, además de conculcar la normativa local sobre publicidad engañosa. La decisión del Supremo reputó en cambio los informes de RSE como expresiones de transparencia societaria, en la medida en que reflejaban políticas corporativas, y no meras prácticas publicitarias. La consecuencia a partir de 2004 ha sido palmaria: la reducción de costes de RSC por la firma demandada y por otros competidores, que han abandonado ciertas prácticas de transparencia en materia de RSE ante el riesgo legal de su implantación¹².

Obviamente, la doctrina de los actos unilaterales resulta aplicable a oferentes que operan en el ámbito del mercado públicamente y vinculan su actuación socialmente responsable con las excelencias del producto. Por definición, los planes de RSC publicados (en su caso, además, publicitados con intención comercial) a través de informes corporativos especiales, no se olvide, se encaminan a hacer transparentes, en interés del mercado en general, y en particular de accionistas y consumidores, políticas de gobierno corporativo que, por definición, son sostenibles o duraderas, y por tanto generan una línea de actuación. La eventual ruptura injustificada de dicha línea (por ejemplo, por cambios en la composición del consejo de administración o del accionariado de control) supone ir contra los actos propios; específicamente, contra los usos comerciales propios.

Desde el ángulo del debate sobre la voluntariedad o no de la RSC, con todo, no ha de desnortarnos el argumentario señalado a favor de la coercibilidad (judicial o arbitral) de los programas e informaciones de sostenibilidad: en origen, las actuaciones de RSC son libres, constituyen expresión del principio de autonomía de la voluntad, y, como derivación de sus rasgos inherentes de eticidad y consensuabilidad social, no pueden emanar de la Ley ni de la intervención pública, sino sólo de la voluntad

12. Cf. www.mallenbaker.net/csr/CSRfiles/page.php?Story_ID=773; http://intranet.Csreurope.org/news/csr/oneentry?entry_id=113449; <http://www.nike.com/nikebiz/news/pressrelease.jhtml?year=2003&month=06&letter=f> (consultas en mayo de 2007).

de gestores y socios, siendo coercibles exclusivamente la medida en que, por dolo o negligencia de los administradores, queden conculcadas las obligaciones autoimpuestas o publicitadas por la compañía. Lo que no es incompatible con la aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

2.4. Breve nota sobre la evolución del concepto de interés social: hacia la asunción por el mercado de la conveniencia de disponer de mecanismos de RSC

Incuestionablemente, la evolución reciente de la idea de «interés social» favorece la acogida jurídico societaria de la RSC como mecanismo no sólo productor de obligaciones, sino además tutelar e impulsor del interés de los socios, en la medida en que los programas o actuaciones de RSC generen valor, objetivo tradicional del Derecho de sociedades compatible con políticas correctas de RSC que propicien el desarrollo corporativo sostenible¹³.

Bajo la perspectiva ius-societaria contractualista, «interés social» significa satisfacción de las expectativas comunes de los socios, incremento del beneficio empresarial repartible para los socios. En la visión institucionalista se contempla además, como es sabido, la expectativa extradominical (trabajadores, proveedores, clientes o suministradores, e incluso ciudadanía). El debate sobre la consideración que merecen los grupos de interés distintos de la propiedad, tópico dentro del Derecho de sociedades y reavivado desde 1998 al socaire del problema relativo a la función y optimización del *Corporate Governance*¹⁴ queda superado a la vista, por una parte, de la incidencia de ONGs, organismos internacionales y demás instituciones ajenas a la actividad empresarial sobre diversos *stakeholders*, y por otra, de la imparable necesidad de integrar otros intereses allende el beneficio entre los objetivos empresariales, singularmente en la empresa cotizada, vinculada al mercado de capitales. Institución ésta cuyo buen fin atañe hoy, merced al consabido fenómeno de popularización y reintermediación del ahorro bursátil vía instituciones inversoras colectivas, a la sociedad en su conjunto¹⁵.

13. Así lo expusimos en el trabajo *La responsabilidad social de la empresa cotizada y la creación de valor, en RSE de la empresa y finanzas sociales* (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. coord.), cit., 118-123.

14. Conforme EMBID IRUJO, J.M., *Perfil jurídico de la RSC*, 62-74 Revista Valenciana de Economía y Hacienda (RVEH) 12, III/2004, 10; ÍD., *Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)*, RVEH, 7 (2003), 80-83.

15. Cf. LIZCANO, *Información corporativa sobre responsabilidad social e intangibles. Normalización e integración*, en IBÁÑEZ, J.W.; PARTAL, A.; y GÓMEZ, P. (coord.), *El paradigma de la ética económica y financiera*, Marcial Pons 2006, 151 ss.; entre los mercantilistas, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada*, RDM, 246 (2002), 1653-1665; ARROYO, I., *Interés social c/ Interés de la mayoría*, en VÍTOLO, D.R., y EMBID, J.M. (dir.), *Las*

Antes de generalizarse el uso de códigos de buen gobierno en la praxis societaria europea (proceso iniciado en Reino Unido con la publicación del *Cadbury Report*, e importado en España por la CNMV en 1997, época de formación de la primera comisión para elaborar un código de buen gobierno de las cotizadas, el que se llamaría *Olivencia*) predominó en nuestra doctrina una orientación que identificaba los intereses de los socios (máximo beneficio) con el interés social, sobre la idea matriz de «creación de valor para el accionista» (*shareholder value*), patrón único que guiaría a los administradores de la sociedad cotizada¹⁶. Matizar este planteamiento contractualista no ha llevado demasiado tiempo, sin embargo: el análisis doctrinal y también de *expertise* sobre la función y estructura del Consejo y los deberes de los administradores, pilar de los estudios sobre *Corporate Governance*, condujo pronto a replantear la extensión del círculo de titulares del interés social, que, por definición, es el de la empresa, pero cuyo titular *subyacente*, al menos en sociedades de gran tamaño, difícilmente es contemplable como club exclusivo de unos socios que, precisamente en un contexto de divorcio entre propietarios dispersos (o minorías accionariales) y gestores, tienden irrefrenablemente a monopolizar dicho interés cuando gozan de la consideración de socios *de control* o, al menos, de socios *significativos*, ciertamente en frecuente connivencia con consejeros o con administradores de hecho, preferentemente de perfil *ejecutivo*¹⁷.

Nada extraña que, en el contexto de pandemia bursátil de 2000 y crisis posttecnológica (2001-2003, sobre todo desde la entrada en vigor de la *cuasipenal* 2002 *Sarbanes-Oxley Act*), se expandiera la creencia de que los administradores deben cuidar no sólo el objetivo de creación de valor para su *mandante*, sino también el sostén de la empresa en un horizonte temporal amplio, lo que acerca ineluctablemente a estimar como *corporativos* los intereses, diversos y dispersos cuando no dispares, de colectivos de personas o entidades en contacto. De ahí a la generalización de políticas y programas de RSC por parte del órgano de administración sólo media un paso: precisamente el que suponía en la Unión la publicación en Bruselas del Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas».

sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil, Granada, Comares, 2003, 699 ss.

16. Por todos, v. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El deber de diligencia*, en ESTEBAN VELASCO, G. (dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, 419-425; cf. GRUPO ESPECIAL DE TRABAJO SOBRE UN BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS, *Informe*, 19-05-2006, Anexo I, Recomendación 7.

17. En Francia existe una fuerte corriente en esta dirección. Afirma Franck BANCEL que hoy la *création de valeur... ne peut se résumer au seul enrichissement de l'actionnaires* (*La gouvernance des entreprises*, Economica 1997, cap. 1, 33 ss.; ID., *Redéfinir la notion de création de valeur*, *Échos de la recherche* 1 (1999), abril, 1-32. En España, el Código Unificado de Buen Gobierno (GRUPO ESPECIAL, *Informe*, loc. cit.) dispone que «el interés de los accionistas», que es el «interés social» contractual (crear valor máximo), debe, no sólo lograrse legalmente, sino cumpliendo *bona fide* los contratos con «otros interesados» y «observando» los principios de RSC que adopte la empresa «para una responsable conducción de los negocios», creciendo de forma «sostenida».

Generalización que, todo sea dicho, tampoco cercena el principio de voluntariedad: no parece de recibo afirmar que a la empresa que no ejecute o planifique las acciones o programas precitados le sea imputable responsabilidad por causar un daño antisocial, o presumir que esté abusando de su derecho (cf. art. 7.2 CC). Entre otras razones, argumento tal no puede aceptarse si se repara en la inherencia al sistema de RSC que posee la precitada *eticidad* (metajurídica *a se*), que define a cualquier comportamiento socialmente responsable. Antes bien, es perfectamente imaginable cumplir con formas legales sin que los gestores asuman internamente una cultura de RSC. Se trata de una dimensión personal interna, que escapa al orden jurídico, porque no es productora de obligaciones; sí lo es la dimensión documental y contractual que exterioriza la RSC, en la medida en que, fundamentalmente, integra el contenido de la *firm governance* y sea exigible a los gestores en general, y particularmente a los administradores de las sociedades capitalistas: por ejemplo, el balance social en la medida en que venga a ser reglado; las prácticas medioambientales y laborales homologadas por agentes certificadores o por entidades auditoras autorizadas; o los compromisos *contraídos* con grupos de interés por vía de códigos internos de conducta¹⁸.

Las aproximación legislativa societaria a la RSC, a falta de una Ley reguladora de la gestión de RSC, propuesta y estudiada pero rechazada por intervencionista por los partidos y grupos de presión de afinidad liberal (con excepción del nuevo régimen sobre el informe de gestión de las sociedades anónimas, donde desde 2004, según el art. 202 LSA reformado por Ley 67/2003, cabe introducir información no financiera de RSC, concretamente ambiental, en interés de la *societal full disclosure*) apenas ha iniciado su singladura, y lo hace tímidamente a partir de la entrada en vigor de la reforma de la LSA introducida por la llamada *ley de transparencia* de 17.07.2003, correlato legislativo, y en concreto jurídico-societario, *mutatis mutandis*, de la Ley Sarbanes-Oxley estadounidense. La nueva expresión del interés social en sede del *munus fidelitatis* (art. 127 bis LSA) como «el interés de la sociedad», se distancia de la posición contractualista sin ningún género de dudas, pues, al margen del desacierto en la redacción que supone la redundancia (interés empresarial es el interés del empresario social, viene a decirse), se soslaya la versión del proyecto de ley que concretaba dicho interés, al modo contractualista, como el «común de los socios». Esta formulación ensancha el círculo de interesados tanto como se desee, incluso alcanzando al colectivo de empresas consorciadas (así, de grupo o grupal en cuanto se estime superior al de las sociedades dominante o dominadas por separado¹⁹).

18. Cf. arts. 2.1, 3 y 6 a 8 de la *Proposición de Ley 122/210, de 10.05.2002, «Responsabilidad social de las empresas»* presentada por el GPS; *Libro Verde*, cit., 63-73; *Informe*, 1.1 y 1.2. Sobre la problemática asociada a la gestión integrada de los procesos, los trabajos de CSR EUROPE y el *Copenhaguen Centre*; *Informe*, cit., 7.2, recomendando observar los «principios adicionales de RS que hubiera aceptado voluntariamente».

19. *Per omnia*, ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a L., *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 213 ss.

La polémica alusión del *Informe Aldama* (2003), referencia ética y de normación autorregulatoria que inspiró la citada Ley de transparencia, al «bien de la empresa» como objetivo de la actuación de los administradores en el marco de sus deberes que les incumben, no es fruto de la casualidad: se trata de una fórmula calculadamente ambigua que elude explícitamente la referencia exclusiva al interés de los socios como único objetivo posible de la administración corporativa. Jamás podrá decirse que la creación de valor deba hoy dar la espalda al accionista; siempre será éste el grupo de interés principal y rector de las sociedades en la medida en que es grupo propietario del capital. Pero parece no haber vuelta atrás hacia el contractualismo puro²⁰. Otro tanto cabe decir de la autorregulación propugnada por la CNMV a partir de la aprobación del precitado Informe²¹, que abraza como legítimos a la hora de ejecutar la gestión, siquiera somera y subsidiariamente, otros intereses en la empresa ajenos al de sus socios. En Europa, por lo demás, la corriente neo-institucionalista se consolida inequívocamente en la redacción de los últimos códigos de buen gobierno, orientando la legislación societaria; se observa, sobre todo, cómo ha calado en los mercados la idea de sostenibilidad, después de los últimos escándalos, guiando a las sociedades de capital o, al menos, a las cotizadas, hacia un paradigma donde, para la tutela del mercado, es preciso contemplar como interés social el de

20. En las comparecencias de 2005 y 2006 de representantes de organismos o instituciones de inversión a la Subcomisión de RSC «se reitera la idea de que la empresa responsable abandona el paradigma clásico de la maximización de beneficios como único objetivo del cual habría de responder» (*Informe*, 1.1 *in fine*). Nótese bien: eso no supone que toda empresa lo abandone (aún con razón dijo Marta DE LA CUESTA, del *Observatorio para la RSC*, que faltan «consenso, contenidos concretos o soluciones claras a los problemas que se plantean», y que la RSC aún «no ha pasado hasta el momento de ser un mero debate»; *Informe*, 1.2) aunque una mayoría, al querer ser y *parecer* responsable socialmente, sobre todo cara a la reputación bursátil, está asumiendo el desplazamiento del centro gravitatorio del paradigma contractualista hacia otro *neoinstitucional*.

21. El «Reglamento tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de buen gobierno», *sub* «Misión del Consejo» (cap. II) presenta la creación de valor como objetivo para el accionista, pero acogiendo también «otros intereses» (art. 7), de modo que «la maximización del valor...en interés de los accionistas necesariamente habrá de desarrollarse por el Consejo...respetando las exigencias impuestas por el Derecho, cumpliendo de buena fe los contratos explícitos e implícitos concertados con los trabajadores, proveedores, *funders* y clientes y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente imponga una responsable conducción de los negocios». Según EMBID (ob. cit., 67) la CNMV se exige aquí de su función e incluso «interfiere en el contenido del Derecho de sociedades», aunque su propuesta se dirija sólo a sociedades cotizadas, al no disponer de habilitación normativa suficiente; cierto que esa insuficiencia es ilegal, pero no lo es menos que el supervisor (sin que esto sirva en su descargo) persigue *bona fide* fomentar, al modo europeo, la autonormación. Hoy, el Informe Anual de Gobierno Corporativo que han de publicar las cotizadas ex art. 116 LMV y Circular 4/2007, de 27.12 de la CNMV (Anexo I, B. 1.10) impone a estas declarar si el Consejo en pleno se reserva aprobar «la política de RSC», y si no lo hace, explicar por qué.

no socios relaciones, sobre todo en el largo plazo. Trátase así por diversos medios de huir de la desestabilización bursátil inducida por los propios accionistas cuando operan según consignas *cortoplacistas*; no digamos ya de situaciones de volatilidad intensa que traigan por causa el *tunnelling* societario o la conculcación de los deberes ordinarios de los administradores²².

2.5. Nota sobre los pretendidos conflictos de interés generados por la aplicación de programas de RSC

Año tras año crece el gasto societario que genera la creación, diseño e implementación de programas de RSC, incluyendo, claro está, la elaboración de informes o, como suele decirse en el argot, *triples balances* (social, financiero, medioambiental), y de códigos de conducta socialmente responsable. Tampoco es menor el coste de gestión de esas estrategias, cuando se han de plasmar en decisiones corrientes. De ahí surge, además, la necesidad de auditar, interna y externamente, el sistema de implementación o ejecución del programa. Nuevo coste añadido, que la Junta general de la sociedad anónima debe aprobar, refrendando la política de los administradores plasmada, financieramente, en las cuentas anuales (cf. art. 95 LSA), sin perjuicio de la eventual extracción extraordinaria de los fondos sociales necesarios para acometer programas o políticas especiales, que debe asimismo refrendar la junta correspondiente (art. 96).

En el caso de que el coste sea excesivo, o desproporcionado en función de la estructura de la cuenta de resultados y de la política de distribución de dividendos del ejercicio, es obvia la posibilidad de impugnación de los acuerdos de la junta (ex art. 115 LSA), e incluso de los del consejo donde éstos de la junta encuentran su origen

22. El *Österreichischer Corporate Governance Kodex* (febrero de 2006) ya entroniza como objetivo de la entidad cotizada la creación responsable (*verantwortliche*) de valor a largo plazo (*langfristige Wertschaffung*) de conformidad con el Derecho societario y del mercado de capitales austriaco, y siguiendo las orientaciones de los *OECE Principles of Corporate Governance*; la meta es servir a los intereses ¡de todas las partes cuyo bienestar depende del éxito corporativo!: «Mit dieser Zielsetzung ist den Interessen aller, deren Wohlergehen mit dem Erfolg des Unternehmens verbunden ist, am besten gedient. Mit dem Kodex wird ein hohes Maß an Transparenz für alle Stakeholder des Unternehmens erreicht» (*sic*, I. *Präambel*, 5). Por su parte, la nueva versión de 12.06.2006 del *Cromme Kodex* alemán de 2004 toma por «responsable» la gestión «transparente», *id est*, la que fomenta la *fides omnium hominum*, aun reconociendo el primado del interés del socio como *stakeholder* que, por soportar el riesgo inversor, es el tutelado principal: «Der Kodex verdeutlicht die Rechte der Aktionäre, die der Gesellschaft das erforderliche Eigenkapital zur Verfügung stellen und das unternehmerische Risiko tragen» (*Präambel*, 1). Sobre el *tunneling* como extracción desleal de *corporate opportunities* v. S. JOHNSON, R. LAPORTA, F. LÓPEZ DE SILANES y A. SCHLEIFER, «*Tunneling*», *American Economic Review* (Paper Proceedings), 2000, 22-31; entre nosotros, C. PAZ-ARES, *Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores*, *The Third Meeting of the Latin American Corporate Governance Roundtable*, México, 8-12.04.2002, 2-42, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/19/2576714.pdf>.

(art. 143 LSA). La cuestión clave es descubrir cuándo quedaría leso el interés social, y por tanto, debería prosperar la impugnación. En primer término, adviértase, sería preciso probar el beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (115.1 LSA), y no parece fácil que este sea el caso dada la naturaleza ética y, en su caso, filantrópica de las acciones y programas presentados, salvo, claro está, falsedad de la información servida, desviación de fines o de activos sociales, y otras actuaciones fraudulentas, que entrarían casi derechamente a contemplarse desde la perspectiva delictiva societaria, y no tanto a plantearse sobre la base de la responsabilidad por deslealtad (menos, por negligencia) de los administradores. La visión institucional del interés de la sociedad, apoyada en el art.127 bis LSA, permitiría considerarlo así.

Considerando las dificultades para la impugnación, es más que probable un desplazamiento de las inversiones hacia sociedades no gestionadas por criterios de RSC, cuya superior competitividad atraería un flujo de accionistas. A no ser que, a la vista de la *performance* de las *CSR investments*, algunos accionistas se preguntasen por la conveniencia de permanecer en su inversión según criterios de sostenibilidad a largo plazo. Lo crucial es, de nuevo, la forma de gestionar la inversión en la sociedad; conocer si las políticas de RSC generan gasto, o si son inversiones; si éstas son sostenibles, y por tanto, dan beneficio a largo plazo. La pregunta ahora es: ¿la propia política de RSC es sostenible? Sobre esto tratará el próximo epígrafe²³.

En definitiva: la implementación de políticas de RSC puede generar nuevos conflictos de interés entre accionistas (favorables y contrarios a su apoyo, vale decir, dispuestos y renuentes a su aplicación), y también entre socios y administradores, en la medida en que los renuentes traten de impugnar los acuerdos del consejo o decisiones individuales de gestión de contenido social. Pero, nótese, se trata de confrontación de intereses, y no de conflictos en sentido técnico, en la medida en que no existe *self-dealing* o anteposición de intereses propios (o de tercero beneficiario connivente) al interés social²⁴; se trata simplemente de un reencuentro con *otra no-*

23. En efecto, (SALAS, V. *¿Buen Gobierno o responsabilidad social corporativa?* 20) «los accionistas no son personas altruistas que invierten dinero para que se beneficien otros colectivos», por lo que los directivos deberán explicarles muy bien «porqué es bueno para ellos que la empresa cree riqueza en lugar de beneficio (dos conceptos que desde el punto de vista económico no significan lo mismo)».

24. Virtual e idealmente, el interés de administradores y directivos (mandatarios) convergería con el de los accionistas (mandantes). Los primeros hacen carrera profesional en ella; los segundos, prosperan como propietarios. La divergencia de intereses surge naturalmente, empero, cuando el socio, de facto, no manda sobre el gestor, apoyado en ciertos socios o grupos de accionistas dominantes del capital o del poder de designar a los propios administradores. Sosláyase así el interés del accionariado disperso, incluyendo a veces a institucionales sin poder negociador con el *núcleo duro* o accionariado *de referencia*, por lo general vinculado a los administradores, en la medida en que de hecho puede designar y destituir a éstos *ad libitum*. De ahí el actual interés que suscita la moderna teoría del *stakeholder management*, según la cual, en contextos de «incertidumbre irreductible» (N. WEISZ, R.S. VASSOLO, J. GARCÍA, *Motivación emprendedora y teoría de los stakeholders*, *Empresa y*

ción de interés social; reencuentro que, en su desenvolvimiento práctico, se muestra conflictivo o, por mejor decir, no pacífico, en cuanto generador de tensiones sobre el modelo de gestión, sobre la propia misión y visión corporativas.

2.6. El caso particular de cooperativas e instituciones no lucrativas

Téngase presente que la contemplación plural de los grupos de interés, desde la perspectiva societaria neo-institucionalista que parece irse instaurando, ya no es, ni mucho menos, privativa de ONGs, o entidades sin ánimo de lucro. Precisamente debe recordarse aquí que la pretendida ausencia de ánimo de lucro como factor que determina la exclusión de algunos entes del ámbito del Derecho mercantil contradice la nueva orientación de un legislador que mimetiza crecientemente las reglas societarias mercantiles en punto a organización y funcionamiento²⁵. Ciertamente, la ausencia de ánimo de lucro hace pensar *prima facie* en un mejor acomodo de RSC en la gestión, dada además la presencia legislativa del interés general en su régimen, legitimadora de la intervención administrativa o gubernamental en la ordenación general de su estatuto jurídico (así, la *descalificación* de una cooperativa, o la retirada de la autorización a una fundación, en interés general, por el Protectorado). Con todo, las Administraciones intervienen en las entidades mercantiles en interés general en otros supuestos (p.e., en el caso de interés «social» o público o de la «economía general» ex 265 LSA, impidiendo la disolución voluntaria de una sociedad anónima ex 260.1.1º), por lo que la ausencia de ánimo de lucro no es por sí sola elemento determinante de la aproximación a sistemas o programas de gestión sostenibles, ni un elemento configurador o determinante de un régimen jurídico de

Humanismo, vol. X, 1/7, 2007, 216-227), la maximización de valor «intertemporal» se torna «objetivo imposible», por lo que la gestión se conduce por *otras* consideraciones. Es, así, al manifestarse dispar criterio gestor y/o interés entre minorías, mayoritarios y, en su caso, administradores, cuando cobran relieve los aspectos éticos vinculados a la tutela de terceros *stakeholders* (p.e. trabajadores). Aun veladamente, pasan a primer plano las facetas éticas al calor del debate societario interno, pues a cualquier *litis* entre grupos de interés subyace una pugna ética, allende el enfrentamiento económico, político o legal. No se olvide que el enriquecimiento *injusto* del *manager* (*ilegal*, además, si concurre violación del deber de lealtad o del deber de fidelidad), paradójicamente se da con aquiescencia formal de una Junta de accionistas (a veces desinformada), a través de propuestas de negocios *in limine* benéficos para la compañía, cuyo provecho real (o prioritario) es para el gestor. Si este no aplica la regla *disclose or abstain*, el conflicto no se resuelve *pro societate*, sino para agio del *self-interested*. Desde esta perspectiva son impugnables los programas y actuaciones de RSC que, por deficiencias del mandato u otro negocio entre grupos de interés, desvíen patrimonio corporativo u opciones de negocio social hacia el feudo patrimonial del gestor o el de sus personas vinculadas.

25. Conforme, ALFONSO SÁNCHEZ, R., en ALONSO ESPINOSA, F. (dir.), *Curso fundamental de Derecho Mercantil. II (Derecho de sociedades)*, Murcia, Fundación San Antonio, 2004, 531.

RSC especializado, ni, por descontado, una cualidad de las entidades que prefigure el modo de plantear o de resolver los conflictos de interés entre órganos rectores y base social o accionarial con origen en una actuación, política o programa de RSC.

2.7. Eficiencia de la gestión socialmente responsable: el verdadero debate

El futuro de la RSC como pieza del sistema gobierno corporativo y, sobre todo, como orientación de la empresa digna de reconocimiento jurídico explícito, en particular por los preceptos del Derecho de sociedades, pasa inequívocamente por la *posibilidad de eficiencia* de la gestión que se califica como socialmente responsable; el socio no arriesga para perder, sean cuales fueren los sistemas de gestión. Lo cual no hace, por otra parte, sino confirmar el requisito de sostenibilidad corporativa que los propios partidarios de la empresa socialmente responsable preconizan como pilar del concepto mismo de RSC o RSE.

En efecto, *si el sistema de RSC beneficia al accionista, es menester que el Derecho de sociedades lo regule, al menos dispositivamente, en lo concerniente a la reconducción del concepto de sociedad y de interés social, de un lado, y de otro, en lo que respecta a su incidencia en la administración societaria*: sería preciso entonces reformar los controles sobre la dirección y la administración en el sentido de incrementar la exigencia de responsabilidad no sólo por socios y otros administradores o cogestores, sino también por parte de los propios tenedores de intereses ajenos a la propiedad y a la gestión. Nótese que hablamos de responsabilidad corporativa reglada por el Derecho de sociedades, no de otros mecanismos de responsabilidad (administrativos, tributarios, laborales o civiles –por ejemplo, en el terreno medioambiental).

Tradicionalmente se argumentaba contra un modelo legal de sociedad que acogiese intereses de estos terceros que la responsabilidad social sacrificaba el beneficio, sobre la base de tres ideas:

- a. La ineficiencia que supone el uso subóptimo (o, sin usar términos parecidos, sencillamente, despilfarro) de recursos en este terreno; es célebre la sentencia de Milton FRIEDMAN en tal sentido: *The social responsibility of business is to increase its profits*²⁶. A esta idea se encadenan varias consecuencias: la distracción de tiempo y recursos por parte de gestores dedicados a tareas ajenas a la optimización de recursos para el socio; la pérdida subsiguiente de confianza del inversor; o el encarecimiento del coste del capital y la reducción de negocio futura, como último eslabón de la cadena de ineficiencias.

26. Esta frase es a la vez título del artículo publicado en BEAUCHAMP / BOWIE (eds.), *Ethical Theory and Business*, 1988, sobre la base del texto inicial del autor publicado por vez primera en 1970. Para una extensión del argumento de FRIEDMAN v. N.C. SMITH, *Morality and the Market: Consumer Pressure for Corporate Accountability* (1990), 60-76.

- b. La inadecuación de fines y estrategias empresariales que supone para éstas dedicarse a asuntos sociales, que deben reservarse al Estado o a instituciones no lucrativas. Aquí podrían contemplarse, en todo caso, entidades como las fundaciones o asociaciones y, como máximo, fundaciones-empresa que, como las Cajas de Ahorro, contraigan obligación legal (y estatutaria, para concreción de fines y políticas) de desarrollar programas sociales («obra social»). Los déficits sociales debe cubrirlos, así, el Estado o los operadores sociales, y en ningún caso entes mercantiles²⁷. Que una fundación persiga un fin general, por ejemplo, se ubicaría en el polo opuesto de la actividad empresarial, según este argumentario de la dejación (*deference*), que, ciertamente, comienza a quedar trasnochado, no tanto porque se admita la figura de la fundación-empresa o porque se permita a las fundaciones crear empresas, sino porque la noción de empresa responsable, precisamente, borra la incompatibilidad entre fin social y fines de mercado, lo cual, por cierto, comienza a reconocer el legislador mercantil²⁸. Argumentaba HAYEK que las empresas que hiciesen políticas sociales se harían incontrolables para sus socios (*centres of uncontrollable power*)²⁹, donde los propietarios no podrían revelar sus preferencias individuales; la gestión se habría torcido en su finalidad, y, a la postre, el propio Estado habría de retomar las riendas reordenando las preferencias sociales, mientras las empresas se habrían desnaturalizado como centros de decisión económica privada. Así, los administradores llegarían a ser elegidos, según el propio HAYEK, por procedimientos de selección propios de un político, socavando *the very foundations of our free society*.
- c. Por último, los socios se verán despojados de sus derechos económicos (cf. art. 48 LSA) y aun morales, en la medida en que el gasto tutele el interés de terceros no accionistas, o se use el beneficio para financiar programas sociales.

Los correlativos contraargumentos podrían así sintetizarse:

- a. Los ordenamientos jurídicos, y en particular las normas de Derecho mercantil, tanto de Derecho del mercado como de Derecho societario, poseen, en combinación con las normas administrativas relacionadas (también de ámbito medioambiental o laboral, pero, mucho más cercanamente, merced a su tangencia con el Derecho de sociedades en el caso español, las

27. Conforme, POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Boston 1986, 396. Sobre la fundación-empresa en España, v. arts. 2 y 25 Ley 50/2002 de 26.12, y los comentarios de EMBID, *Perfil jurídico*, cit., 69 ss.

28. Cf. EMBID, *Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro*, Revista Valenciana de Economía y Hacienda 7, 79-100, 2003.

29. La referencia es de PARKINSON, *Corporate power*, cit., 308. Cf. en línea similar a HAYEK, WEDDERBURN, *Trust, Corporation and the Worker*, 23 *Osgoode Hall Law Journal* 1985, 229

de Derecho del mercado de capitales) una virtualidad productora de los rendimientos sociales deseados, o, si se prefiere, correctora de los fallos de mercado y, por tanto, pueden alinear la maximización del beneficio con la maximización de la riqueza social. Si los controles externos de la autorregulación (p.e., controles de la CNMV o de las Administraciones en materia de supervisión de gobierno corporativo, de códigos de RSC o de autonomas semejantes, incluyendo disposiciones estatutarias y extraestatutarias), son capaces de ajustar o adecuar el comportamiento de los gestores al contenido de las propias políticas, estrategias y programas elaborados por la empresa, podrá afirmarse que su actuación ha sido eficiente, y mal podrá imputárseles la tacha de intervencionismo. Y no hay aún evidencia en contra.

Desde la óptica del argumento de eficiencia, por otro lado, debe recordarse la dificultad de evaluar los efectos netos de las prácticas de RSC en la maximización de la riqueza (p.e., la inversión en técnicas de protección ambiental, la orientación hacia energías renovables, los costes del reciclaje; respecto a los empleados, la inversión –gasto– en ergonomía para los trabajadores de la empresa; respecto a los consumidores, la inversión en calidad total fundada en consideraciones de respeto social). En suma: en la medida en que la ejecución de prácticas o actuaciones de RSC redunde en la cobertura o eliminación de *market failures*, el principio de eficiencia quedará salvado. El propio legislador societario por vía indirecta y, seguramente el del mercado de valores derechamente, podrán recomendar, en su caso, imponer, requisitos de eficiencia a la gestión de los administradores que tenga ocasión en, o traiga por causa, el desarrollo de una sedicente estrategia, política o planificación de RSC. En el caso de fundaciones-empresa, merced a la inserción del fin de interés general en la estructura corporativa, la lógica de la explotación empresarial se orienta *natural o constitutivamente* a interesados no accionistas, sin perjuicio de lo cual la fundación, como las asociaciones u otras entidades no lucrativas, pueden contraer compromisos de RSE extraños a su objeto, capaces de complementar su propio y específico *telos, uti universi*.

Por último, recuérdese que la *voluntary disclosure* que una gestión de RSC lleva aparejada, incluyendo documentación para accionistas, formación de trabajadores y directivos, y auditorías de RSE, (siempre que se cumpla el requisito de fiabilidad y homogeneidad en la información servida), contribuye decisivamente a la corrección de imperfecciones de mercado. Y la posición relativa de consumidores, clientes y público en general se ve mejorada sensiblemente, produciéndose un *efecto reputacional* positivo, no previsto en el Derecho de obligaciones y contratos y, tampoco, en las normas societarias. La explotación de la ignorancia del cliente, por ejemplo, no sólo no es más rentable, sino que es más ineficiente que la información del mismo sobre el producto (publicidad), o sobre la propia responsabilidad social del fabricante o del vendedor. El resultado final de la implantación de estrategias sociales redundará en una disminución de costes transaccionales, como los de obtención de datos sobre los productos o servicios; las deci-

siones del comprador o del cliente (y, por extrapolación, las de los propios accionistas en cuando inversores) se toman a mayor velocidad y con más precisión cuando existe una *sobreinformación socialmente responsable*. La *disclosure* de los intereses del vendedor genera cambios estructurales: aumenta la competitividad corporativa, generando ingresos potenciales³⁰.

- b. Examinado el contraargumento de eficiencia, haremos lo propio respecto a la idea de *tergiversación y reemplazo de fines*, sean los propios del objeto social propio de la compañía, sean los configuradores del tipo, sean los generales que tutela el Derecho societario, en favor de otros fines sociales que les son ajenos. Obviamente el argumento no es aplicable a fundaciones, entes no lucrativos y de fin público; ni a cajas de ahorro, estas últimas de estatuto *semipúblico* (público formal y totalmente en Alemania) y, en su virtud, compelidas *ministerio legis* a ejecutar su obra social. Ciertamente, la moda de la RSC, curiosamente, constituye el *contrafenómeno* de la mercantilización de las entidades no lucrativas (y, por extensión, de las cooperativas, que realizan operaciones con terceros como las sociedades mercantiles puras; incluso, de las cajas, prácticamente asimiladas a los bancos). Supone, por así decirlo, la *socialización* de las compañías mercantiles, puesta de manifiesto en el constante incremento presupuestario del gasto en programas de RSC por las compañías cotizadas. Es en efecto en ellas donde los efectos sociales de la actividad adquieren mayor repercusión real (también mediática, no se olvide), y eso, unido al fenómeno de generalización de los controles administrativos sobre las políticas de *governance*, es acicate bastante para la extensión de aquellos programas, que, más que iniciativas voluntarias, parecen exigencias sociales, y se consolidan como *costumbre mercantil*. En ese camino de ida y vuelta hacia el punto medio entre la entidad lucrativa y la filantrópica, las cajas han sido vistas como precursoras de la conducta de RSC. Sin embargo esto no es exacto: el cambio de modelo corporativo *no supone que las sociedades mercantiles invadan el terreno de las organizaciones no lucrativas, sino que, siguiendo la senda de eficiencia, se involucren socialmente*, de acuerdo con las nuevas demandas sociales, pero también, según una noción de eficiencia *coordinada* con dichos objetivos. Dicho de otro modo: la *optimal resource allocation* no riñe con la ocupación en asuntos sociales; es más, éstos deben ser atendidos para lograr la sostenibilidad, según el consenso social y la evidencia empírica de los fracasos cosechados por firmas *insociables o antisociales*³¹. Cuando las reglas societarias, por lo demás, se muestren inefi-

30. Conforme, ASHBAUGH (2005), *Ethical issues related to the provision of audit and non-audit services: evidence from academic research*, 52 *Journal of Business Ethics*, 2004, 2.

31. Es bien conocida la vieja posición de ENGEL (*An Approach to Corporate Social Responsibility*, 32 *Stanford Law Review* 1979, 2-5 y 34-36), manteniendo que las leyes sociales deben ser infringidas si el coste de la infracción es menor que el incremento del beneficio para el accionista. Esta posición prácticamente es desechada por la literatura actual, que considera el meca-

cientes, por intervencionistas, o por su inaplicación social, o por su encas- tre inadecuado en el ordenamiento (piénsese de nuevo en el art. 265 LSA, a propósito de la continuación forzada por el Gobierno en interés social), la potenciación de reglas y sistemas de RSC constituye una alternativa no sólo deseable, sino incluso necesaria, para lograr un adecuado equilibrio entre el interés general y el particular de las empresas, incluyendo el del mercado como institución de confluencia o encuentro económico de los operadores. Lo que equivale a decir que no debe despreciarse la función de interés general que compete *privativa o exclusivamente* a la empresa, en cuando operador social. Asumir esta apreciación constituye, para los contractualistas a ultranza, una renuncia a sus principios; lo que sucede es que la propia sociedad donde se inserta la empresa ha evolucionado de modo tan significativo que lo que se consideraba hasta hace poco como asunto social pasa a ser, por la penetración en el tejido social (también en el corporativo) de nuevos valores de solidaridad y justicia (tanto conmutativa como distributiva) a ser asunto corporativo, a ser campo de acción posible (y deseable desde la perspectiva de crecimiento sostenible) para los gestores empresariales.

- c. Respecto al tercer argumento, el crecimiento de costes asociados a la RSC, que detraerá dividendos y/o reservas, ya podemos a estas alturas imaginar cómo se configura el contraargumento. En ausencia de un mercado perfecto, donde la RSE sería incompatible por definición de su mecanismo con la supervivencia, las empresas pueden trasladar en una proporción razonable a sus interesados destinatarios sus costes respectivos³². Cuando la búsqueda del beneficio a corto plazo sea atemperada por consideraciones sociales, los inversores consienten tácitamente el gasto o la inversión correspondiente, que refleja el precio de la acción. En tal caso, la cotización (o, en el caso de los fondos éticos, el valor liquidativo de la participación en el fondo que presenta la gestora) refleja la expectativa anticipada de un descenso del dividendo esperado. Pero esta expectativa es independiente de su contraexpectativa: el superior retorno futuro a largo plazo esperado como fruto de la sostenibilidad corporativa. O, simplemente, como fruto de la satisfacción presente y futura de pertenecer a una compañía sostenible, lo cual es perfectamente legítimo. Este análisis es adecuado para describir lo que debería ser una aproximación del legislador societario a la determinación de los fines sociales que los jueces y tribunales deberían amparar, según las circunstancias históricas actuales. Por lo demás, el principio de autonomía voluntad, y la posibilidad de libre configuración

nismo del mercado como ineficaz para revelar las preferencias sociales de consumidores y clientes, entre otros (por todos, v. G. TEUBNER, *Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries: A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility*, en HOPT/TEUBNER (eds.), *Corporate Governance and Director's Liabilities*, Berlín 1985, 149).

32. Cf. PARKINSON, 333.

estatutaria, constituyen el marco societario suficiente y necesario para que el objeto social se adecúe a políticas o fines congruentes con políticas ulteriores (y sistemas de gestión) socialmente responsables. Dicho resumidamente: el mercado es también soberano para elegir empresas que alberguen el paradigma gestor de la RSC como alternativa inversora; siempre que, además, las políticas construidas sobre la base de dicho paradigma sean eficientes, la responsabilidad (societaria) de los gestores estará a salvo, y la inversión del accionista, también³³.

3. Conclusiones

1. Para lograr el objetivo actual de Europa hacia un desarrollo sostenible se precisan tanto crecimiento económico y empleo (objetivos inmediatos) como tutela empresarial (y también pública, no se olvide) de objetivos sociales y medioambientales, que son parte consustancial de la sostenibilidad. Sin respeto al medio natural y a la ciudadanía no puede durar crecimiento alguno; toda hipótesis de crecimiento ha de contemplar por fuerza, entonces, tales objetivos. De este modo a RSC no parece ya abocada a la condición de «moda» que gozaba cuando en la cumbre de Lisboa de marzo 2000 se apelase desde la Comisión Europea a la RSC en materia de organización interna, inclusión social y orientación a un desarrollo sostenible (Libro Verde, par.2). Pasado un septenio, se consolida como necesidad social preferente y permanente. Necesidad, como expuso recientemente Aurelio Menéndez en su investidura como *Doctor Honoris Causa* en la Pontificia Comillas (marzo de 2007), merece atención legislativa, en particular por el regulador societario.
2. El legislador mercantil ha de responder al fenómeno de consolidación de esta perspectiva neo-institucionalista del interés de la sociedad mercantil (*uti universi omnistakeholder*) superando la contemplación del beneficio (dividendo) o del crecimiento patrimonial como única orientación posible de la actividad de empresa, aun sin perder de vista tal orientación como principal.
3. En el caso del Derecho de sociedades, la adopción por el empresario, particularmente de medio o gran tamaño, de políticas o programas de RSC debe ser considerada como estrategia legalmente posible y válida dentro del principio de autonomía de la voluntad, con el límite de no conculcar el interés social. Sólo un examen coste-beneficio *tempestivo* puede elucidar la eficiencia de los programas o políticas de RSC adoptadas por un operador económico.

33. Por eso PARKINSON sentencia (335): «there is no need to regard the shareholders as having a moral right to the largest posible profits», en la línea constructiva de «templanza» moral, justicia en la gestión y capacidad de liderazgo que, entre nosotros, patrocina MELÉ CARNÉ, D., *¿Cómo se originan los escándalos financieros?*, en IBÁÑEZ, PARTAL y GÓMEZ (coord.), *El paradigma de la ética*, cit., 62-67.

4. Las normas societarias existentes resultan, a priori, neutras desde el punto de vista de la consecución de los fines sociales asignados a tales políticas o programas, donde cabe la iniciativa del socio y donde la implementación y control corresponde al órgano de administración, suscitándose de paso toda la problemática relativa a las relaciones entre socios y administradores que es reglada por preceptos societarios.
5. El hecho de llegar a situaciones extraordinarias de la empresa (operaciones corporativas, insolvencia *secundum lege concurrentium*) no debe alterar las políticas de RSC en mayor medida que otras políticas o estrategias del órgano de administración. La medida en que la empresa «sigue recolectando un *goodwill* específico³⁴» o fomenta su competitividad es la que requiere la situación de intervención, sustitución o adaptación del sistema de gobierno que la Ley establece en cada caso; de nuevo, la RSC constituye un elemento de política corporativa más, y no mera filantropía a la que, en tiempos de crisis, haya que abonarse como salvamento corporativo.
6. La regulación (imperativa) de mínimos sobre los programas y acciones de RSC puede erigirse en el futuro próximo en elemento decisivo para consolidar una confianza beneficiosa a todos los grupos de interés y a los mercados, incluido el de capitales. Dado que prácticamente todas las empresas que cotizan confeccionan *triple balance* o publican memorias de RSC según el principio de voluntariedad, y no *ex preceptis mandato*, las normas no deben regular la RSC en sí, sino proponer códigos o reglas estándar sobre contenidos, documentación, publicidad y auditoría, acogiendo en su caso el principio *comply or explain* como criterio de intervención máxima, cual sucede en materia de gobierno corporativo. Así lo recomiendan los clubes y organizaciones empresariales especializadas (en el mundo, *SiRi Group*; en Europa, CRS; en España, Forética, Fundación Entorno, Club de la Sostenibilidad, Ecología y Desarrollo...), apuntando al desenvolvimiento progresivo de departamentos de RSE capaces de promover un I+D+I específico³⁵.
7. El Derecho societario, en combinación con la regulación del mercado de capitales, puede (y, tanto en cuanto se profundice en el consenso político-legal, *debe*) intervenir creando reglas imperativas, en aras de la eficiencia, en materias como:
 - a. La medición de los resultados concretos de las políticas, que al ser intangibles (imagen, en reputación corporativa, en percepción social, en empatía ciudadana), no se cuentan como «resultados contables», pero es necesario medirlos de modo estándar, en la medida en que son datos relevantes para la sociedad cotizada (art. 82 LMV) aunque sean de naturaleza no financiera; por eso se requiere un sistema de documentación y comunica-

34. *Sic*, con tino insólito, EMBID, *op. cit.*, 73.

35. En el *Informe* (1.2) se ha subrayado el rol del «nuevo departamento de RSE», cuyas actuaciones «colorearán en cierta medida el conjunto de la Gestión», sin reemplazarla ni condicionarla.

ción reglado que asegure la comparabilidad de los datos, orientada a la racionalidad de la inversión que requiere el mercado.

b. La documentación a través de informes estándar comunes (señaladamente, el de gestión que regula ya la norma contable, reformada en 2003 en el caso español) o especiales (informes de sostenibilidad o de RSC). La mayor parte de las empresas actualmente opta por servirla vía «memorias de sostenibilidad» específicas, para cuya elaboración transparente es imprescindible acometer un proceso de homogeneización normativa. El legislador societario debe intervenir en este punto de modo más amplio a como lo hace, por ejemplo, en el art. 202 LSA al introducir en el informe de gestión la posibilidad de informar de materias medioambientales y otras referentes a la sostenibilidad corporativa.

c. La presentación de contenidos. Quizá el campo decisivo para lograr una transparencia útil sobre RSC para la toma de decisiones racionales de inversión y de contratación o posicionamiento de mercado en el caso de otros *stakeholders*, es el del contenido del informe de RSC. Los expertos actualmente se muestran partidarios de que se unifique en torno al contenido estándar del GRI el sistema de reporte de RSC, en la medida en que probablemente es la herramienta más universal en ese terreno.

d. La auditoría o verificación profesional de contenidos de RSC. Hoy se viene proponiendo que la verificación del reporte cuente con mecanismos perfeccionados y específicos. El sistema de auditoría clásico (de cuentas) verifica información financiera, pero al tratar contenidos de RSC, las auditoras verifican de manera muy diferente los reportes, generando asimetrías de control, posteriores disimetrías informativas entre núcleos de interesados e, incluso, en el terreno de la verificación contable profesional, intrusismo, competencia desleal e ineficiencias de *performance*, llegando hasta el extremo de la apropiación de términos o *contrabando semántico*.

8. El legislador mercantil societario debe ocuparse de precaver los efectos adversos que en el mercado de consultoría y auditoría de RSC crea la novedad relativa de los procesos de *accountability*, seguramente promulgando normas especiales que depuren responsabilidades por actuación desleal de los auditores no especializados o no certificados. De nuevo, el problema legislativo colateral será el del registro y normalización de las entidades certificadoras. Cabe apuntar incluso, como óptimo auditor, hacia el *stakeholder* interesado, quien, por tanto, debe participar en los procesos de control y suscripción de *triples memorias*.

9. Es hoy lugar común entre reputados expertos, gubernamentales, empresariales y sociales, que la RSE, aun siendo *res privata* donde reina la autonomía de la voluntad de los socios, merece «fomento» público. Incluso, que requiere intervención legislativa, en interés general, en procesos concretos, como los de normalización documental y de auditoría, de acuerdo, en este último campo, con el grueso de la industria auditora.

10. El proceso de aproximación hacia la uniformidad legal en estas materias es lento y delicado, como lo es la propia consolidación de la RSC como pieza de la cultura corporativa, allende el marketing coyuntural³⁶.
11. Si la cultura de la empresa en la sociedad actual se yergue, en Europa y también en España, la RSE como parte de la estrategia básica corporativa, en la medida en que los clientes pertenecen a sociedades bien informadas, capaces de premiar y castigar en el consumo y en las inversiones, también, entonces debe asumirla el legislador (*ubi societas, ibi ius*). En esa misma medida, la RSC deja de adscribirse al *marketing reputacional* para entrar de plano en el ámbito de las preocupaciones básicas de los administradores de las sociedades de capital. Los dirigentes de las empresas deben pasar *filtros legales eficientes* (al margen de exámenes mediáticos, mercadotécnicos o políticos), que consoliden el derecho de los *stakeholders* (empezando por el inversor) de control sobre la dirección de la empresa, superando definitivamente el paradigma que en éstas ve meros centros maximizadores de beneficio para los propietarios, para abrazar en definitiva cierta visión institucional (*recte*, social) del interés de la empresa mercantil, y su misiónseudopública.
12. La configuración del concepto empresario responsable socialmente o empresa sostenible, es un problema que debe resolver *preferente* y prioritariamente el legislador mercantil³⁷, en cuanto que éste gire sobre la noción de empresa que participa en un mercado donde, hoy, se busca no sólo asignar recursos eficientemente, sino hacerlo sin desatender valores y demandas universales de honestidad, equidad o atención social indeclinables para clientes e inversores. Lo que se va entendiendo como parte de la cultura corporativa y como presupuesto del crecimiento corporativo sostenible, vale decir, genuinamente rentable en un horizonte temporal indefinido, cual es el de la mayoría de las propias sociedades de capital pese a los avatares del mercado.

36. No en vano la última comunicación de la Unión Europea deja en las solas manos de la iniciativa empresarial el fomento de la RSE, soslayando así la Comisión Europea el papel impulsor paneuropeo que asumía al publicarse el *Libro Verde*; papel cuyo testigo recogen hoy ONGs y organismos internacionales especialistas en cooperación y desarrollo, por su alto compromiso con la ética que es trasunto de la RSE.

37. Como advierte FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (*Derecho, Ética y Negocios*, cit., 30), aplicar la Ley es lo idóneo para recomponer la moral negocial y crear confianza (IBÁÑEZ JIMÉNEZ / SÁEZ DEL CASTILLO, *Analistas y abuso de mercado, en RSE y finanzas sociales*, cit., 161-164; cf. de la CUESTA GONZÁLEZ, M. de la: «Responsabilidad social del sector bancario: su contribución a un desarrollo más sostenible», *Economistas*, 108, 173-189; EMBID IRUJO (2006), «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», *Economistas*, 108, 63-72; GARROUSTE, P. / SAUSSIER, S. (2005): «Looking for a theory of the firm: Future challenges», *Journal of Economic Behaviour and Organization*, Vol. 58, 178-199; PORTER, M. / KRAMER, M.. 2002. «The competitive advantage of Corporate Philanthropy», *Harvard Business Review*, 80, 56-58.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: ASPECTOS PROCESALES¹

JOAN PICÓ I JUNOY

**Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rovira Virgili**

Profesor visitante de la Facultad de Derecho - ESADE

SUMARIO

1. Marco normativo de la acción individual de responsabilidad del administrador social	277
2. Legitimación activa.....	279
3. Legitimación pasiva	281
4. Prescripción de la acción.....	283
5. Procedimiento aplicable	287
6. El problema de la acumulación de acciones de responsabilidad del administrador social y de la sociedad mercantil.....	287
7. La prueba de la responsabilidad.....	295

¹ El presente estudio se enmarca dentro del “Grupo de Investigación Emergente sobre Gobierno Corporativo de la Empresa”, reconocido por la AGAUR, de la Generalitat de Catalunya, y la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, y coordinado por el Dr. Daniel Vázquez Albert.

1. Marco normativo de la acción individual de responsabilidad del administrador social

Como es bien sabido, la actuación del administrador social es susceptible de generar un doble ámbito de responsabilidad: la responsabilidad por daños producidos al patrimonio de la sociedad, exigible por ella misma en méritos de la acción social prevista en el art. 134 LSA; y la responsabilidad por daños causados a los socios o a terceras personas, exigible por éstos a través de la acción individual de responsabilidad. Esta acción contra el administrador social exigible por terceras personas se encuentra prevista en diversos preceptos:

- a. Con carácter general, en los arts. 133 y 135 LSA, que fijan la acción de indemnización que los socios o terceros pueden ejercitar por actos de los administradores sociales que lesionen directamente sus intereses².
- b. Y, en segundo lugar, en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL³. En ambas normas se establece un régimen de responsabilidad especial por deudas sociales en los casos de concurrencia de determinadas causas de disolución, que si bien en función de la reforma de 1989 se extendía a todas las obligaciones sociales de los administradores (esto es, tanto las anteriores como

2. Sobre el contenido y alcance de esta acción me remito *per omnia*, por su novedad y rigurosidad, a la obra de MARÍN DE LA BÀRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de capital (art. 135 LSA)*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2005. De especial interés resulta también el estudio de ESTEBAN VELASCO, G., *La acción individual de responsabilidad*, en "Responsabilidad de los administradores", dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, a pp. 155 a 211.

3. Existen otras normas que atribuyen responsabilidad individual al administrador social, si bien su ámbito de aplicación es menor. Así, por ejemplo, el art. 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, una vez abierta la fase de liquidación, prevé dicha responsabilidad por el importe de los créditos que no cubra la liquidación de la masa activa cuando la sociedad gestionada sea declarada en concurso y calificada por la sentencia como culpable.

a las posteriores del incumplimiento de la obligación de disolución de la sociedad⁴), ahora, en méritos de la reforma introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, tan sólo alcanza a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución.

Este ámbito de responsabilidad del administrador social previsto en la LSA es aplicable para todo tipo de sociedad mercantil en virtud de las normas de remisión previstas en los diversos textos que las regulan⁵.

En la práctica forense, hasta la actualidad, ha sido frecuente justificar la responsabilidad del administrador social en base al segundo conjunto de preceptos normativos, dado que, como veremos, el actor tiene muchas más facilidades probatorias dada la objetivización de la responsabilidad del administrador social. Sin embargo, la reducción del ámbito de responsabilidad que acabo de indicar puede provocar el resurgimiento del clásico art. 135 LSA (y similares), pese a que, como veremos, se mantiene la complejidad probatoria que, en su momento, originó el escaso uso de esta norma.

La estimación de la responsabilidad individual del administrador social ex art. 135 LSA exige la concurrencia de tres elementos: el daño, la culpa o negligencia, y la relación de causalidad entre ambos; mientras que para la estimación de dicha responsabilidad prevista en el art. 262 LSA es intrascendente el requisito subjetivo de la culpabilidad o negligencia del administrador social en la falta de convocatoria de la Junta General para lograr la disolución de la sociedad, pues se objetiviza su responsabilidad. Como muy bien destaca la STS de 28 de abril de 2006 (JUR 2006\ 157664), en su f.j. 3º: "La recurrente parte de que los artículos 133 a 135 LSA tipifican y regulan una responsabilidad objetiva, y detalla que el daño (no poder cobrar su crédito) tiene relación con que la administradora demandada ha desempeñado el cargo con negligencia [...] no cabe aceptar que la responsabilidad que para los administradores de las sociedades anónimas y de las limitadas (por remisión del artículo 69 LSRL) establecen los artículos 133 a 135 LSA pueda ser considerada objetiva, a menos que se dé a la expresión un sentido muy peculiar. La responsabilidad de que se trata se regula de modo especial, innovando en parte la regulación general de la responsabilidad extracontractual contenida en los artículos 1902 y siguientes del Código civil y desarrollada tan ampliamente por jurisprudencia y doctrina, pero no admite la

4. Al respecto, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y Beltrán, E., *Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima*, en "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles", T. XI, edit. Civitas, Madrid, 1992, vid. pp. 71-72. Para un estudio de la acción del art. 262.5 LSA, me remito al trabajo de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y Huerta Viesca, M^a. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, edit. Aranzadi. Cizur Menor, 2004.

5. Así, vid. el art. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; el art. 152 del Código de Comercio de 1885 (para la sociedad en comandita por acciones); el art. 44 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Sociedades de Garantía Recíproca; o el art. 43 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

calificación de objetiva, por más que se impute bajo presunción de culpa (art. 133.3 LSA), que se establezca expresamente como solidaria, o que se alargue el plazo de prescripción de la acción. Pero en todo caso requiere una lesión directa del interés del reclamante, en el supuesto de la acción individual del artículo 135, ya que la social trata siempre de defender el interés de la sociedad, o de restaurar su patrimonio (social) y, ejercitada por la sociedad o por los socios, no deja de ser un supuesto de responsabilidad contractual, en tanto que si la ejercitan los acreedores constituye un caso de ejercicio por subrogación. Y ese daño directo no puede consistir en la insolvencia de la sociedad, pues, como ha señalado la doctrina, estos preceptos no convierten a los administradores en garantes de la sociedad, a diferencia de lo que se obtendría de una de las lecturas posibles de la acción ex artículo 262.5 LSA. La viabilidad de la acción individual de responsabilidad requiere, pues, una lesión directa en los intereses del acreedor reclamante derivado de un acto o acuerdo (o una mera omisión, aunque más difícilmente), y exige la relación de causalidad entre daño y actuación, suponiendo una culpa, aunque bajo la presunción, que puede destruir el afectado (133.3 LSA). No hay, pues, una responsabilidad que pueda calificarse como objetiva. Y en el caso que nos ocupa, no hay un daño directo derivado de una actuación (positiva o negativa) de la administradora demandada y de la valoración de la conducta no se deduce un comportamiento lesivo⁶.

2. Legitimación activa

La acción individual de responsabilidad contra el administrador social la puede interponer tanto los socios como a los terceros perjudicados por actos de administradores que hayan lesionado directamente sus intereses (art. 135 LSA).

2.1. Los socios

Respecto a los socios, al existir un daño directo sobre su patrimonio, no se les condiciona (ni se les puede condicionar) su derecho fundamental a reclamar judicialmente la protección de sus intereses a la existencia de un acuerdo de la Junta General, como así sucede cuando se ejercita la acción social⁷.

Por supuesto que también tiene legitimación el resto de administradores sociales cuando consideren que se han dañado directamente sus derechos⁸, sin que tam-

6. De igual modo, vid. las SSTs de 22 de marzo de 2006, f.j. 8º (JUR 2006\139503), o la de 30 de noviembre de 2005, f.j. 3º (RA 2006\35); así como la SAP de Barcelona –sección 15ª– de 14 de mayo de 2004, f.j. 3º (JUR 2004\224865).

7. Art. 134. 1 y 4 LSA.

8. La STS de 10 de junio de 2005 (RA 6498), en su f.j. 3º, destaca que tienen legitimación “también los demás Administradores que se consideren perjudicados por el acto de uno de ellos, cuando se lesionen directamente los intereses de aquellos”. En esta misma línea, cfr. las SSTS

poco requieran de "habilitación" previa de la sociedad para ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por último, debemos destacar que la sociedad en ningún momento puede ejercitar la acción individual de responsabilidad contra sus gestores, pues legalmente los daños que se produzcan sobre el patrimonio social pueden reclamarse mediante la acción social ex art. 134 LSA⁹, sin que ello suponga cercenarle el mencionado derecho fundamental de acceso a los tribunales pues, como acabo de indicar, siempre tiene a su disposición el ejercicio de la acción social. Como es obvio, si el administrador, actuando al margen de su cargo social, genera un daño a la sociedad, ésta tendrá a su disposición el ejercicio de la genérica acción de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC.

2.2. Los terceros

De igual modo, todos los terceros perjudicados por los actos de gestión del administrador social están legitimados, sean o no acreedores de la sociedad¹⁰.

Sin embargo, como indica reiteradamente la jurisprudencia, no tienen legitimación aquellos terceros que, conociendo la situación de crisis empresarial, optaron por contratar con la sociedad, pues como indica la STS de 26 de abril de 2005 (RA 3767), en sus ff.jj. 1º y 2º: "la contratación tuvo lugar conociendo la recurrente, conforme lo que queda dicho, las dificultades económicas de la sociedad, y las aceptó [...] resulta inaplicable [la acción de responsabilidad del administrador social] desde el momento en que los administradores realizaron los pedidos a la compañía vendedora que conocía suficientemente las dificultades que se presentarían para el cobro de su precio [...]"¹¹.

de 17 de diciembre de 2003, f.j. 2º (RA 2004\195); o la de 21 de noviembre de 1992, f.j. 3º (RA 4274); entre otras.

9. Así, vid. la STS de 1 de diciembre de 1993, f.j. 3º (RA 9480).

10. En este sentido, afirma SANCHEZ CALERO (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV, edit. EDERSA, Madrid, 1994, pp. 322-323) que la legitimación corresponde a "los terceros, comprendiendo dentro de éstos, tanto a los acreedores perjudicados por los actos de los administradores, como otras personas, pues el concepto de "tercero" dentro de este artículo ha de entenderse en contraposición al de socio; de manera que no sólo el acreedor que se ve perjudicado, sino cualquier otra persona que haya sufrido daño como consecuencia de los actos ilícitos de los administradores, podrán ejercitar –si concurren los demás presupuestos que en su caso se exijan– la acción contra los administradores (v. gr., por actos de competencia desleal, daño por la publicación de un folleto para suscripción de valores, el producido por actos de publicidad, etc.)".

11. Así, respecto a la acción ex art. 262.5 LSA, vid. las SSTS de 7 de febrero de 2007, f.j. 3º (RA 781); 6 de abril de 2006, f.j. 3º (JUR 2006\1892); 27 de mayo de 2004 (RA 3547); o la de 12 de febrero de 2003, f.j. 3º (RA 1007); y con referencia a la acción ex art. 135 LSA, vid. la STS de 26 de abril de 2005, f.j. 2º (RA 3767).

Al igual que para los socios, la jurisprudencia ha establecido que la responsabilidad exigible por un tercero a un administrador social debe necesariamente derivarse de los actos realizados en el ejercicio de su cargo, por lo que si estamos ante actos que se llevan a cabo al margen de sus propias funciones, la acción indemnizatoria está al margen de lo previsto en el art. 135 LSA¹².

3. Legitimación pasiva

El único legitimado para ser demandado, con base a los arts. 135 y 262.5 LSA, es el administrador social que ha causado la lesión directa sobre los intereses de los socios o terceros (art. 135 LSA), o bien ha incumplido su obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo sociedad (art. 262.5 LSA)¹³. La menor dosis probatoria exigida para que prospere el ejercicio de la acción del art. 262.5 LSA ha conducido, hasta hace muy poco, a que haya sido ésta la acción ejercitada judicialmente con mayor frecuencia, si bien ello esta cambiando debido a la reciente limitación de responsabilidad del administrador prevista en dicha norma, que alcanza sólo a las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, introducida en la reforma de la LSA mediante la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

En el supuesto de existir una pluralidad de administradores causantes del daño producido, todos ellos responden solidariamente¹⁴, por lo que el perjudicado podrá accionar contra cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de repetición que in-

12. Así, cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., ob. cit., p. 325.

13. Se plantea aquí el problema de determinar cuando se inicia la obligación del administrador de convocar en el plazo de dos meses la junta general para, en su caso, disolver la sociedad. Al respecto, en la doctrina se discute si la obligación surge cuando el administrador tiene conocimiento real de la pérdida del patrimonio social (o no puede ignorarla), o bien al presentarse las cuentas anuales –y en caso de falta de presentación, desde el último día del plazo legal previsto a tal fin, esto es, el del art. 171.1 LSA–. Sobre esta problemática, me remito a los estudios de ROJO, A., *Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas*, en “Estudios en homenaje a F. Sánchez Calero”, vol. II, edit. Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 1460 a 1462; BELTRÁN, E., *La responsabilidad por las deudas sociales*, en “Responsabilidad de los administradores”, dirigido por A. Rojo y E. Beltrán, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, a pp. 223 a 226; y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, edit. Cívitas, Madrid, 2005, pp. 422 a 425.

14. En este sentido se pronuncia reiteradamente nuestra jurisprudencia: cfr. las SSTs de 7 de noviembre de 2005, f.j. 5º (RA 7719); 10 de junio de 2005, f.j. 2º (RA 6489); 22 de enero de 2004 (RA 207); 26 de mayo de 2003 (RA 3926); o la de 28 de octubre de 2002, f.j. 2º (RA 9145); entre otras muchas.

ternamente tendrán entre sí los diversos administradores en función del grado de participación en la producción del daño¹⁵.

El ejercicio de la acción debe realizarse contra el administrador que se encuentre en su cargo, siendo irrelevante su dimisión con posterioridad al hecho ilícito imputable¹⁶; por lo que no responde el administrador que haya cesado en su cargo con anterioridad a los hechos litigiosos¹⁷. A tal efecto, según la jurisprudencia más reciente, a partir del cese del administrador que conste en escritura pública empieza a exonerarse de responsabilidad, no siendo constitutiva la inscripción del cese en el Registro Mercantil –STS de 22 de marzo de 2007 (RA 968)^{18–19}. De igual modo, tampoco puede responder el nuevo administrador por los hechos producidos con anterioridad a su

15. Al respecto, me remito a ESTEBAN VELASCO, G., *La acción individual de responsabilidad*, en “Responsabilidad de los administradores”, dirigido por A. Rojo y E. Beltrán, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, a pp. 204-205.

16. Como indican las SSTs de 28 de abril de 2006, f.j. 2º (JUR 2006\157664); o la de 4 de febrero de 1999, f.j. 2º (RA 335).

17. Así, vid. las SSTs de 28 de mayo de 2005, f.j. 1º (RA 5755); 26 de febrero de 2004, f.j. 2º (RA 648); o la de 20 de noviembre de 2003, f.j. 3º (RA 8341).

18. De igual modo, vid. la STS –Pleno de la Sala 1ª– de 28 de abril de 2006 (RA 4087), o la de 7 de febrero de 2007 (RA 781). Con anterioridad existía jurisprudencia contradictoria: así, por ejemplo, no exigía esta inscripción registral la STS de 10 de mayo de 1999 (RA 4253), en cuyo f.j. 2º se afirma: “Ciertamente que el no desempeño del cargo de administrador no libera a los demandados de sus responsabilidades como tales, pero la Audiencia da como probado que la situación de Asturlaca SA que produjo perjuicio a la actora, se reveló después de que los señores F.V y F.P. fuesen cesados legalmente de sus cargos, sin que en modo alguno puedan considerarse constitutivas las inscripciones registrales correspondientes por no imponerlo precepto legal alguno. Si tales inscripciones no se han practicado por causas que no le sean imputables, no puede pretender ningún tercero que respondan como titulares de un cargo cuando no lo son”. Y, sin embargo, la STS de 30 de octubre de 2001 (RA 8140) sí establecía la necesidad de inscripción registral del cese para exonerar la responsabilidad al administrador social demandado, indicando su f.j. 3º: “El motivo parece porque, como con acierto ha señalado la sentencia de primer grado, al no haberse inscrito la citada renuncia no puede operar respecto a terceros y, por tanto, su responsabilidad no cesa desde tal acto. Así, se deduce del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y de otros preceptos, como los artículos 2.3 y 86.5 del Reglamento de Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956. El artículo 72 resulta decisivo al respecto porque el nombramiento del Administrador surte efecto, no desde su designación o nombramiento, sino desde la inscripción en el Registro Mercantil. Luego, *a contrario sensu*, el cese o renuncia para terceros no se producirá sino desde su proclamación registral”.

19. En todo caso, de entender que la inscripción registral del cese tiene carácter constitutivo, el administrador podría exonerarse de responsabilidad mediante el mecanismo del art. 133.4 LSA, esto es, acreditando no haber intervenido en la adopción y ejecución del hecho litigioso y el desconocimiento de su existencia.

nombramiento, salvo que se mantenga la situación de crisis empresarial e incumpla su obligación de convocar la junta general para adoptar el acuerdo de disolución.

Finalmente, debemos indicar que esta legitimación pasiva se extiende no sólo al administrador de derecho sino al de hecho²⁰, pudiendo ser éste tanto el que gestiona una sociedad irregularmente constituida, el que posee un nombramiento irregular, o el que tiene su cargo caducado, actuando todos ellos en el tráfico mercantil con la apariencia de ser los verdaderos administradores de derecho²¹.

4. Prescripción de la acción

4.1. Determinación del plazo de prescripción

Uno de los debates doctrinales y jurisprudenciales que ha dado lugar a mayor discusión sobre la responsabilidad de los administradores sociales ha sido el del plazo de prescripción de la acción. Como hemos tenido ocasión de indicar, la exigencia de responsabilidad individual al administrador social puede venir dada por un tercero o por cualquier socio, y tanto por motivos extracontractuales como contractuales: si es un tercero quien exige la responsabilidad, ésta tendrá naturaleza extracontractual dado que la relación negocial la entabló con la Sociedad y no con el administrador; si es un socio quien ejercita la acción individual, ésta normalmente tendrá una naturaleza contractual. En función de todo ello, se discutía que la responsabilidad contractual era exigible en el plazo de cuatro años establecido por el art. 949 CCom, mientras que el plazo la responsabilidad extracontractual del administrador venía

20. De ejercitarse la acción del art. 135 LSA (cfr. STS de 26 de mayo de 2003, f.j. 3º, RA 3926). Se discute si ello también es así cuando se ejercita la acción del 262.5 LSA, pues como indica el f.j. 2º de la STS de 28 de abril de 2006 (JUR 2006\157664) ésta "sólo ha de ser exigida, por su naturaleza, a los administradores de derecho, no a los de hecho". En este caso, lo que si es cierto, como indica esta misma sentencia, es que la dimisión o renuncia del administrador de derecho que debería realizar la promoción de la liquidación legal de la sociedad, no le exonera por sí misma de la responsabilidad si dicho acto se produce después de haber incurrido la sociedad en causa de liquidación. Sin embargo, de la STS de 26 de mayo de 2003 (RA 3926) –que cita otras resoluciones del Alto Tribunal–, se deduce, en su f.j. 3º, la responsabilidad del administrador de hecho por todos aquellos hechos que puedan causar perjuicios a terceros y que, a meros efectos formales, son realizados por los administradores de derecho, simples testaferros que actúan fraudulentamente la voluntad del administrador de hecho. Sobre el alcance de la responsabilidad del administrador de hecho en las sociedades mercantiles me remito a los estudios de LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, edit. Comares, Granada, 2003, pp. 153 a 198; y DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de hecho de las sociedades*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 167 a 194.

21. En este orden de ideas, vid. las SSTs de 26 de mayo de 2003, f.j. 3º (RA 3926); 11 de octubre de 2002, f.j. 1º (RA 9851); o la de 24 de septiembre de 2001, f.j. 1º (RA 7489).

determinado por el año de prescripción fijado en el art. 1968.2º CC, tanto si la acción se ejercita por los socios como por los terceros²².

Este debate se encuentra hoy en día resuelto jurisprudencialmente a favor del plazo común de los cuatro años del art. 949 Ccom. Así, entre la más reciente, debemos indicar la STS de 17 de febrero de 2005 (RA 1136), en cuyo f.j. 1º, tras efectuar un planteamiento descriptivo de este problema, concluye: "La más reciente doctrina jurisprudencial se evidencia por la aplicación del plazo de cuatro años a la acción individual de los administradores, aunque se trate de responsabilidad extracontractual (sentencia de 30-11-2001). En igual sentido se pronuncian las sentencias de 20 de julio de 2001, 15 de marzo de 2002 y 7 de mayo de 2004"²³.

En mi opinión, el plazo de prescripción siempre debe ser el de los cuatro años previstos en el citado art. 949 CCom., según el cual: "La acción contra los socios Gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración". Y ello debe ser así porque la previsión de un plazo específico de prescripción de la acción debe prevalecer sobre el plazo genérico de la prescripción de la responsabilidad extracontractual establecida en el art. 1968.2º del CC, máxime cuando en la concreta formulación del plazo de prescripción de la responsabilidad del administrador del CCom. no se hace distinción alguna respecto al tipo de responsabilidad o a la persona que la exige, por lo que *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*.

4.2. Inicio del *dies a quo*

El *dies a quo* de estos cuatro años de prescripción, según el art. 949 CCom., se inicia "desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración"²⁴. Si el daño emerge con posterioridad al cese de dicho plazo se plantea el problema de si su cómputo debe empezar desde la fecha en que el perjudicado adquiere conocimiento del daño, aplicando analógicamente la regla general del art. 1968.2º CC para la responsabilidad extracontractual. Se plantea aquí el conflicto entre dos valores: el de seguridad jurídica, que viene fijado por el establecimiento de un límite temporal de exigencia de responsabilidad social (el de los cuatro años), o el la justicia del caso concreto, ya que de lo contrario el cómputo del plazo de una acción empezaría a

22. En este sentido, vid. POLO, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, en "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles", T. VI, dirigido por R. Uría, A. Menéndez, y M. Olivencia, edit. Civitas, Madrid, 1992, pp. 379-380.

23. También en esta línea, vid. las SSTS de 16 de diciembre de 2005, f.j. 3º (RA 2006\1222); 25 de abril de 2005, f.j. 5º (RA 3757); 22 de marzo de 2005, f.j. 6º (RA 2607); 26 de mayo de 2004, f.j. 3º (RA 3976); 7 de mayo de 2004, f.j. 2º (RA 2155); o la de 24 de marzo de 2004, f.j. 1º (RA 2066); entre otras.

24. Y así nos lo recuerda la STS de 16 de diciembre de 2005, f.j. 3º (RA 2006\1222).

correr antes de causarse el hecho justificador de su interposición²⁵. Por ello entiendo, con ESTEBAN VELASCO, que habrá que analizar en cada caso las conductas activas u omisivas de los administradores para fijar el comienzo del plazo, siempre en relación con el hecho dañoso que permite el ejercicio de la acción²⁶.

4.3. Interrupción de la prescripción

Este plazo de prescripción se interrumpe por la interposición de una reclamación judicial (art. 1973 CC). En todo caso, esta interrupción se produce sólo respecto de la concreta acción ejercitada judicialmente y no sobre otras acciones por muy conexas que puedan ser, como pueden ser la acción individual del art. 135 LSA, en la que se reclama la responsabilidad-indemnización, y la del art. 262 LSA, en la que se exige la responsabilidad-sanción. En este sentido, la SAP de Barcelona –sección 15ª– de 29 de abril de 2005 (LA LEY JURIS 1988/2005), en su f.j. 3º establece: “Resulta pacífica la jurisprudencia que sostiene que la acción ejercitada antes y la que después se usa han de ser las mismas y que esa acción interruptora debe ser la procedente (STS de 3 de mayo de 1972), siendo absolutamente necesario para estimar la interrupción prescriptiva de una acción determinada, que se haya ejercitado dicha acción y no otra que con ella tenga mayor o menor analogía (SSTS de 8 de marzo de 1975 y 16 de noviembre de 1985) sin que las acciones ejercitadas puedan ser distintas e independientes a aquella cuyo plazo prescriptivo se interrumpe, ya que en este caso la interrupción no tendría lugar (STS de 20 de junio de 1994)”, por lo que considera en su f.j. 4º: “No pudiendo compararse, por consiguiente, esta responsabilidad-sanción por deuda ajena, con aquella responsabilidad-indemnización por daño (toda vez que la que ahora se estudia, no demanda la existencia de perjuicio alguno, ni consecuentemente, que el mismo se halle en relación de causa a efecto con la conducta del administrador), no puede provocar el pretendido efecto interruptivo el ejercicio de la acción de responsabilidad individual en relación con la que ahora se ejercita, que pudo y debió ser agitada también de manera simultánea en aquella ocasión, no manteniendo, con ello, de manera indefinida la incertidumbre del eventual destinatario de las mismas”.

4.4. Alegación de la prescripción como excepción material

La prescripción que acabamos de analizar es una excepción material, que necesariamente debe formular el demandado en su contestación a la demanda y que deberá

25. Esta es la solución que adopta el art. 133 de la “Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles” de 16 de mayo de 2002 –elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación–, al establecer: “Prescripción de las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores. La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”.

26. ESTEBAN VELASCO, G., ob. cit., p. 206.

resolverse en la sentencia, esto es, cuando se enjuicia el fondo de la cuestión litigiosa, por lo que no procede su discusión y resolución en la audiencia previa pues, propiamente, no estamos en presencia de una circunstancia que pueda impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (art. 425 en relación con el art. 416 LEC)²⁷.

Al tratarse de una excepción, impide que el juez pueda apreciar de oficio la prescripción de la acción que no fue debidamente alegada en la contestación a la demanda, como destaca el f.j. 2º de la STS de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006\83650). Sin embargo, en contra de lo que sostiene esta sentencia, si se alega la prescripción pero indicándose un plazo distinto del que legalmente le corresponde, entiendo que el juez de instancia debe aplicar el plazo previsto en la ley y no el indicado por el demandado pues, en virtud del art. 218.1.II LEC, “el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. En este caso, es claro que el tribunal no acude a un fundamento de hecho o de derecho distinto del que el demandado ha querido hacer valer, esto es, la prescripción de la acción, y resuelve conforme a la norma que corresponde aplicar, a saber, el art. 949 CCom^{28,29}.

27. Al respecto, como bien indica la SAP de Barcelona –sección 14ª– de 28 de noviembre de 2003 (JUR 2004\28742), en su f.j. 2º, “la prescripción de la acción no es una cuestión de carácter procesal que pudiera resolverse en la audiencia previa regulada en el art. 414 y ss. de la nueva LEC”. De igual modo, el AAP de Lleida –sección 2ª– de 10 de julio de 2002 (JUR 2002\244311), en su f.j. 3º, destaca: “La cuestión estriba entonces en determinar si la excepción de prescripción de la acción es una circunstancia procesal análoga a las expresamente previstas en el art. 416 de la LEC, en cuyo caso, a tenor de lo dispuesto en el art. 425 deberá resolverse en la audiencia previa. Y la respuesta a tal cuestión ha de ser forzosamente negativa [...]”.

28. Además, no existe en este caso ninguna modificación de la demanda en la medida en que no se alteran los hechos alegados, esto es, que la aplicación del año o de los cuatro años se circunscriban siempre a unos mismos hechos litigiosos. Por ello me parece más acertada la STS de 16 de diciembre de 2005 (RA 2006\1222), en cuyo f.j. 3º destaca que el plazo legal de la prescripción puede determinarse de oficio. Dicho en otros términos, el cambio introducido respecto al año o los cuatro años no altera el planteamiento o enfoque jurídico de los hechos alegados por el demandando, esto es, la alegación de la prescripción, por lo que en virtud del *iura novit curia* el tribunal de oficio puede aplicar correctamente el plazo legal de prescripción de la acción, como expongo más extensamente en mi obra *La modificación de la demanda civil. Reflexiones sobre la prohibición de la mutatio libelli*, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 30 a 32.

29. Evidentemente, en este caso, como bien indica la sentencia, lo que no es admisible es que el demandado pretenda modificar su alegación de la prescripción en fase de recursos (vid. mi trabajo *La modificación de la demanda civil. Reflexiones sobre la prohibición de la mutatio libelli*, ob. cit., pp. 101-102)

5. Procedimiento aplicable

La determinación de la responsabilidad del administrador social deberá ventilarse a través del correspondiente juicio declarativo por razón de la cuantía, siendo lo más habitual que sea el procedimiento ordinario. En este procedimiento podrán discutirse todas aquellas acciones que deban ventilarse igualmente a través del mismo tipo procedimental –o a través del juicio verbal en méritos del art. 73.1.1º *in fine* LEC– y siempre que el conocimiento de todas las acciones esté atribuido a los Juzgados de lo Mercantil. De esta manera, por ejemplo, pueden acumularse la acción del art. 135 LSA con la del 262 LSA³⁰; o cualquier de ellas puede acumularse con la de impugnación de acuerdos sociales, ya que ambas se tramitan por el mismo cauce procesal (así, para este último de materias los arts. 249.1.3º LEC y 118 LSA prevén el procedimiento ordinario) del que conoce el mismo tipo de tribunal (art. 86 ter 2 LOPJ)³¹.

Mayores problemas plantea la acumulación de esta acción con la acción negocial que surge del contrato existente entre el tercero y la sociedad demandada (*ad exemplum*, por incumplimiento de una compraventa, un contrato de distribución, etc), problemática que paso seguidamente a analizar.

6. El problema de la acumulación de acciones de responsabilidad del administrador social y de la sociedad mercantil

6.1. Introducción

La acción individual de responsabilidad contra el administrador social por parte de un tercero normalmente se ejercita junto con la acción negocial derivada de la contratación realizada con la sociedad³². En principio, la lógica debería inducirnos a pensar que, en aras a la economía procesal, ambas acciones deberían poder tramitarse de forma acumulada en un solo proceso. Sin embargo, uno de los problemas que la configuración legal de los Juzgados de lo Mercantil está generando mayor perplejidad en los operadores jurídicos es el de la actual disparidad de criterios judiciales sobre la posibilidad o no de efectuar dicha acumulación de acciones (una de naturaleza estrictamente mercantil –amparable en el ámbito del art. 86 ter LOPJ– y

30. Así, STS de 28 de abril de 2006, fj. 1º (JUR 2006\57664).

31. En este sentido, *vid. extensamente* CACHÓN CADENAS, M., *Comentario al artículo 118 LSA*, con J. Franco y V. Pérez, en “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, T. 2, coords. I. Arroyo y J.M. Embid, edit. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 1189-1190 y 1196 y ss.

32. O bien, aunque es menos frecuente, junto a una acción de responsabilidad extracontractual.

otra de naturaleza civil –la ejercitada al amparo del concreto contrato suscrito con la sociedad–)³³.

En esta disparidad de criterios judiciales encontramos plasmado uno de los clásicos debates de la filosofía jurídica: el de la pugna entre la legalidad y la lógica de los principios generales del derecho, y que como indicaré sólo puede encontrar su definitiva solución mediante una necesaria y urgente reforma normativa de la LOPJ.

El estudio de este problema lo vamos a efectuar tomando en consideración críticamente cada una de las soluciones ofrecidas por las más relevantes y recientes resoluciones de las Audiencias Provinciales, para llegar a una conclusión final que atenderá a los diversos intereses en conflicto.

6.2. El problema: ¿es posible la acumulación de acciones? Y de serlo: ¿qué tribunal será competente para conocer de las acciones acumuladas?

Para la resolución del problema planteado se han ofrecido tres soluciones distintas, todas ellas con cierta base jurídica:

- a. La primera, niega la posibilidad de acumular las acciones (así, por ejemplo, el AAP de Madrid –sección 28ª– de 30 de marzo de 2006; el AAP de Pontevedra –sección 1ª– de 31 de marzo de 2006; el AAP de Sevilla –sección 5ª– de 14 de diciembre de 2005; el AAP de Alicante –sección 8ª– de 20 de octubre de 2005; o el AAP de Santa Cruz de Tenerife –sección 3ª– de 30 de junio de 2005);
- b. La segunda, lo permite atribuyendo la competencia a los Juzgados de Primera Instancia (en este sentido, por ejemplo, el AAP de Las Palmas –sección 4ª– de 20 de enero de 2006);
- c. Y la tercera, también consiente dicha acumulación si bien atrae la competencia a los Juzgados de lo Mercantil (de esta forma, por ejemplo, el AAP de Barcelona –sección 15ª– de 13 de febrero de 2006, el AAP de Madrid –sección 19ª– de 14 de julio de 2006, o el AAP de Madrid –sección 20ª– de 24 de junio de 2005).

6.2.1. Primera solución: la imposibilidad de acumular las acciones

Esta primera solución encuentra su base jurídica, básicamente, en los siguientes dos argumentos que paso a exponer de forma crítica.

33. Este problema lo apunté en mi trabajo *Los Juzgados de lo Mercantil*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, 2004, pp. 1024-1025.

En primer lugar, la aplicación del art. 73.1.1º LEC, que para la acumulación de acciones exige la denominada “homogeneidad competencial”. Este presupuesto legal no se da cuando las acciones acumuladas deben conocerlas un tribunal que carece de competencia por razón de la materia, motivo por el cual no es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que flexibiliza los requisitos para admitir dicha acumulación³⁴. Además, la “sanción” procesal por la falta de competencia objetiva prevista en la LOPJ (art. 238.1º) es la más radical posible, a saber, la nulidad de pleno derecho, razón por la cual resulta tajante la prohibición de conocer de acciones para las que el tribunal carece de competencia objetiva.

La sentencia que dicte el juzgado de primera instancia –resolviendo la eventual responsabilidad civil de la sociedad de la cual podrá generarse la posterior responsabilidad del administrador social– no tiene efecto de cosa juzgada, por lo que es cierto que pueden generarse sentencias contradictorias en ambas instancias judiciales, no siendo posible alegar el efecto prejudicial vinculante de la primera sentencia en el segundo pleito ya que no existe identidad de sujetos en ambos procesos, como exige el art. 222.4 LEC. Este problema puede solucionarse permitiendo la suspensión del proceso mercantil por prejudicialidad civil, al amparo del art. 43 LEC, aunque ello iría en contra de la economía procesal. Otra posible solución sería permitir la resolución incidental –a los meros efectos prejudiciales– de la responsabilidad contractual de la sociedad en el proceso mercantil (esto es, en el que se discute la responsabilidad contra el administrador social), por aplicación analógica del art. 42 LEC.

Y en segundo lugar, la prohibición de acumular ambas acciones encuentra otra justificación en la expresa voluntad del legislador, ya que durante la evolución parlamentaria del proyecto de reforma de LOPJ se rechazó en el Senado la enmienda núm. 9 del “Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés”, que tenía por objeto adicionar que los Juzgados de lo Mercantil tuviesen competencia para el conocimiento de las acciones conexas a las mencionadas en dicha norma, y que en concreto postulaba la inclusión en el art. 86 ter punto 2 el siguiente fragmento: “8º. De las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores”. En consecuencia, es manifiesta la intención del legislador de no permitir dicha acumulación de acciones³⁵.

34. Cfr. SSTs de 30 de mayo de 1998 y 28 de junio de 1994, comentadas en el AAP de Madrid –sección 28ª– de 30 de marzo de 2006, f.j. 2º.

35. En función de ambos argumentos he sostenido que esta es la solución legal más correcta para resolver el problema planteado, si bien entiendo que en función del principio de economía procesal debería haberse permitido dicha acumulación a favor de los Juzgados de lo Mercantil (cfr. PICÓ I JUNOY, J., *El problema de la acumulación de acciones ante los Juzgados de lo Mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse*, en “La Ley”, núm. 6499, 7 de junio de 2006, pp. 1 a 3). También en esta línea, vid. ILLESCAS RUS, A.V., en “LEC SEPIM” núm. 50, marzo, 2005, p. 23.

6.2.2. Segunda solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de Primera Instancia

Otra eventual respuesta al problema inicialmente planteado se produce permitiendo la acumulación de acciones atribuyendo la competencia a los Juzgados de Primera Instancia. A su favor encontramos diversos razonamientos jurídicos que paso a exponer críticamente.

En primer lugar, la aplicación del art. 53 LEC, que prevé la competencia judicial en caso de acumulación de acciones, indicando que en este caso será competente el tribunal “del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás”. Y ésta es la civil (incumplimiento contractual), pues de ella se deriva posteriormente la exigencia de responsabilidad del administrador social. En este sentido, el AAP de Las Palmas –sección 4ª– de 20 de enero de 2006, afirma en su f.j. 2º: “A favor de ello (de considerar procedente la acumulación de acciones ante los Juzgados de Primera Instancia) milita también el argumento analógico del art. 53.1 LEC, de que la acción referida a la reclamación de cantidad por impago del débito es fundamento de la acción mercantil de responsabilidad contra el administrador de la sociedad limitada. El Juzgado de lo Mercantil no tiene competencia por razón de la materia para conocer de una de las acciones acumuladas, la civil de reclamación de cantidad derivada del incumplimiento de obligaciones contractuales, que constituye el prius, fundamento o antecedente lógico de la acción mercantil acumulada de responsabilidad contra el administrador societario por tanto no es posible la acumulación ante dicho órgano judicial”³⁶.

Sin embargo, el art. 53 LEC regula la competencia territorial, esto es, parte de la premisa de que todos los tribunales en conflicto tienen competencia objetiva, y esto es precisamente lo que aquí se discute, ya que de la acción mercantil, al no tener naturaleza civil, sólo puede conocerla los Juzgados de lo Mercantil, los únicos con competencia objetiva al respecto.

En segundo lugar, se alega la aplicación de los arts. 85.1 LOPJ y 45 LEC, que establecen la competencia residual de los Juzgados de Primera Instancia para todas aquellos asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Al respecto, el AAP de Las Palmas –sección 4ª– de 20 de enero de 2006, en su f.j. 2º, destaca: “Los Juzgados de Primera Instancia son competentes para conocer en el orden civil de las demandas relativas a asuntos que no vengan atribuidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial a otros Juzgados o Tribunales creados en el mismo orden jurisdiccional (art. 85 LOPJ)”³⁷.

36. Este es el principal argumento que utiliza MOSCOSO TORRES para sostener esta misma tesis en “LEC SEPIN” núm. 50, marzo, 2005, pp. 21-22.

37. En similar línea argumental encontramos la opinión de SEONE SPIEGELBER, en “LEC SEPIN” núm. 50, marzo, 2005, p. 22. Este razonamiento es calificado como “de peso” por ARROYO MARTÍNEZ, I., y FRANCO ARIAS, J. (*La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores*, en “Revista de Derecho Mercantil”, núm. 259, enero-marzo, 2006,

No obstante, este argumento tampoco es válido pues el criterio residual de competencia sólo es aplicable cuando no haya ningún criterio de atribución de competencia objetiva directa, y aquí sí que la hay para determinar el conocimiento judicial de cada una de las acciones: la competencia del Juzgado de lo Mercantil para enjuiciar la acción mercantil, y la competencia del Juzgado de Primera Instancia para resolver la acción civil.

En tercer lugar, suele argumentarse que la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para enjuiciar las acciones mercantiles no es, a diferencia de lo que se prevé expresamente para resolver las acciones concursales, exclusivo y excluyente, por lo que su conocimiento puede ser atraída a favor de los Juzgados de Primera Instancia. Por ello, como indica el f.j. 2º del AAP de Las Palmas –sección 4ª– de 20 de enero de 2006: “El conocimiento de la acción de reclamación de cantidad, por razón de incumplimiento de contrato de compraventa, corresponde al Juzgado de Primera Instancia pero también le corresponderá el conocimiento de la conexas acción acumulada de responsabilidad del administrador, por no tener respecto de la misma el Juzgado de lo Mercantil competencia exclusiva y excluyente. La atribución de competencia de los Juzgados de lo Mercantil es de significado negativo, en cuanto no pueden conocer otras materias que las explicitadas en el art. 86 ter LOPJ. En cambio, los de Primera Instancia tienen competencia, genérica, residual y subsidiaria y conocen de aquellas materias conexas no atribuidas a los de lo Mercantil con carácter exclusivo y excluyente”

Sin embargo, pese a la ausencia de carácter exclusivo y excluyente de la competencia mercantil de los Juzgados de lo Mercantil, ello no es óbice para evidenciar que dicha competencia se atribuye legalmente a dichos Juzgados, motivo por el cual no puede atribuirse a otro tipo de tribunal salvo que la ley prevea expresamente lo contrario, lo que no acontece en el caso aquí planteado.

Por último, en cuarto lugar, se destaca como en el listado de competencia de los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter LOPJ) no se prevé el conocimiento de las acciones civiles nacidas de los contratos de las sociedades, lo que justifica que el enjuiciamiento de ambas acciones se atribuya a los Juzgados de Primera Instancia.

Sin embargo, este argumento no es admisible en la medida en que la acción mercantil debe conocerla el Juzgado de lo Mercantil por imperativo del art. 86 ter LOPJ. Así, si bien es cierto que los Juzgados de lo Mercantil carecen de competencias para conocer de las acciones civiles, no lo es menos que los Juzgados de Primera Instancia no tienen atribuida la competencia para conocer de las materias previstas en el art. 86 ter LOPJ.

p. 192), quienes entienden razonable la atribución de la competencia a favor de los Juzgados de Primera Instancia, si bien consideran que es muy probable que al final del debate planteado sobre esta materia se impondrá la competencia de los Juzgados de lo Mercantil debido a la mayor experiencia y formación que tendrán en estas cuestiones mercantiles, lo que en el fondo “les permitirán asumir con mayores garantías ambas acciones, a fin de resolver la controversia en el mejor modo posible” (ob. cit., p. 192).

6.2.3. Tercera solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de lo Mercantil

Finalmente, otra solución que está adquiriendo mayor protagonismo es la de permitir la acumulación de acciones atribuyendo el conocimiento de ambas a los Juzgados de lo Mercantil. En su base encontramos distintas argumentaciones que analizamos también de forma crítica.

En primer lugar, se alega la necesidad de evitar el peregrinaje procesal, teniendo que acudir a dos procesos distintos, favoreciendo de este modo la vigencia del principio de economía procesal. En este sentido, el AAP de Barcelona –sección 15ª– de 13 de febrero de 2006, en su f.j. 3º afirma: “No es frecuente, sin embargo, y además carece de sentido y contraría la economía procesal e incluso la seguridad jurídica, el planteamiento de dos demandas, por separado, ante dos órganos judiciales distintos, cuando se trata de conseguir el mismo pronunciamiento de condena frente a dos sujetos, ya sea porque son deudores solidarios o uno responsable solidario de la deuda del otro (...), o sea porque la acción indemnizatoria (al amparo del art. 135 TRLSA) dirigida contra uno de ellos, el administrador, le convierta en responsable de la deuda del otro (la sociedad), al identificarse la indemnización con el crédito del acreedor social (o con una parte del mismo). Esa hipotética situación, de demandas paralelas, por haberse prescindido de la acumulación de acciones en la misma demanda, podría dar lugar a sentencias contradictorias”³⁸.

Sin embargo, pese a que es cierto que la imposibilidad de acumular las acciones comportaría este peregrinaje procesal, no lo es menos que para que dicha acumulación pueda tener lugar, deben concurrir los presupuestos legales del art. 73 LEC, y éstos no se dan (especialmente el de la denominada “homogeneidad competencial” –art. 73.1º–). En consecuencia, deberemos plantearnos si existen soluciones legales para minimizar los inconvenientes derivados de la imposible acumulación de acciones, y ello sí puede lograrse en el proceso mercantil mediante la resolución incidental –a efectos meramente prejudiciales– de la responsabilidad civil de la sociedad, o bien mediante su suspensión por prejudicialidad civil.

En segundo lugar, se indica la necesidad de evitar la continencia de la causa, esto es, lograr que los mismos hechos litigiosos se tramiten y resuelvan ante el mismo juez. Así, se afirma que ambas acciones tienen un único objeto basado en los mismos hechos: el incumplimiento contractual, por lo que hay una evidente conexión objetiva de acciones por identidad de causa de pedir. Ello justifica la unidad de respuesta judicial, evitándose posibles contradicciones judiciales de tramitarse ambos procedimientos por separado. En concreto, el f.j. 4º del mencionado AAP de Barcelona

38. De igual modo se pronuncian ARSUAGA CORTÁZAR, J., *Nuevos Juzgados de lo Mercantil: problemas competenciales*, en “LEC SEPIN”, núm. 43, agosto, 2004, pp. 21 a 23; HERRERA CUEVAS, E. J., *De la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil*, en “La Ley”, núm. 6192, 17 de febrero de 2005, pp. 9-10; así como ARROYO FIESTAS, F.J., BAENA RUIZ, E., CREMADES MORANT, J, y FERRER GUTIÉRREZ, A., en “LEC SEPIN” núm. 50, marzo, 2005, pp. 5, 9, 11 y 12.

–sección 15ª– de 13 de febrero de 2006 indica: “Acumulándose ambas pretensiones, no se trata tanto de reconocer en ellas una conexidad que pueda justificar su acumulación (que la hay, sin duda), cuanto de admitir su dependencia en régimen de subordinación, pues, en el supuesto de acumulación, el éxito de la acción contra la sociedad (mediante la cual se reclama a la misma el pago de una deuda) deviene presupuesto de la acción de responsabilidad del administrador. Pero no puede ignorarse que esa relación de subordinación no es consustancial o genética, ya que sólo lo será si la actora acumula la demanda frente a la sociedad. De no hacerlo, si se dirige sólo contra el administrador, subsiste la necesidad de enjuiciar la deuda social, bien que ahora como requisito de la acción de naturaleza societaria-mercantil. Quiere ponerse de manifiesto con ello que, en todo caso, la acción mercantil engloba o abriga la materia propia de la acción que, en principio, correspondería al Juez de Primera Instancia, y de ahí la esencial quiebra del art. 73.1 LEC si se aplica con estricto apoyo en su literalidad y prescindiendo de su finalidad y espíritu, pues o bien conduce a sustraer del Juez Mercantil el conocimiento de uno de los requisitos de la acción de responsabilidad del administrador, o bien propicia la división de la causa dando lugar a dilaciones por prejudicialidad o, en otro caso, a sentencias que podrían ser incompatibles y contradictorias. Para evitarlo, el órgano jurisdiccional mercantil debe atraer el conocimiento de ambas demandas acumuladas, pues en todo caso, se pretenda o no la condena de la sociedad, debe resolverse sobre la materia que constituye su objeto”³⁹.

No obstante, esta problemática situación puede solucionarse sin necesidad de atribuir competencias a un tribunal que legalmente no las tiene, a saber, mediante la resolución incidental –a efectos meramente prejudiciales– de la cuestión civil en el proceso mercantil.

En tercer lugar, se destaca la *vis attractiva* de los Juzgados de lo Mercantil, que tienen atribuido un conocimiento “exclusivo y excluyente” de las materias relacionadas con la regulación societaria, por lo que aquellas que guarden conexión objetiva (causa de pedir), para no reducir este “privilegio competencial”, también deben tener competencia para su conocimiento, máxime cuando son Juzgados del orden jurisdiccional civil⁴⁰.

Sin embargo, en mi opinión, si bien la especialización y unidad de criterio es utilizada por el legislador para justificar la creación de los Juzgados de lo Mercantil⁴¹, ello

39. En esta misma línea, vid. OLARRA ZORROZÚA, J. C., *Acumulación objetiva de acciones y Juzgados de lo Mercantil: ¿una laguna legal?*, en “La Ley”, núm. 6173, 21 de enero de 2005, pp. 5-6; y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., en “LEC Sepin” núm. 50, marzo, 2005, pp. 16 a 18.

40. Esta argumentación la encontramos en OLARRA ZORROZÚA, J. C., ob. cit., p. 4; y MAGRO SERVET, V., en “LEC Sepin” núm. 50, marzo, 2005, pp. 14-15.

41. Cfr. el punto II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

no es razón suficiente para atribuirles competencias más allá de las expresamente previstas en la ley, y la acción civil contra la Sociedad no está sujeta a la regulación mercantil. De lo contrario, una lectura amplia de este tercer argumento debería llevarnos a la conclusión de que toda actuación de una Sociedad estaría sometida a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

Y, en cuarto lugar, suele razonarse el vínculo de solidaridad de la responsabilidad del administrador social y la Sociedad⁴².

No obstante, la existencia de esta solidaridad tampoco es suficiente para justificar la alteración de las normas competenciales. Además, como es sabido, la solidaridad no exige que deban tramitarse necesariamente una pluralidad de acciones en un solo proceso, ya que no estamos en presencia de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

6.3. Opinión personal

En mi opinión, pese a la existencia de sólidos argumentos que abogan por atribuir el conocimiento acumulado de ambas acciones a los Juzgados de lo Mercantil, el principio de legalidad conduce inexorablemente a tener que mantener la imposibilidad de acumularlas, ya que falta el presupuesto básico de toda acumulación objetiva de acciones, esto es, el de la homogeneidad competencial (art. 53.1º LEC); y además, la acción mercantil necesariamente debe conocerla el Juzgado de lo Mercantil (art. 86 ter LOPJ) mientras que la acción civil sólo puede enjuiciarla el Juzgado de Primera Instancia, dado que su conocimiento no ha sido atribuido expresamente por el legislador a otro tipo de tribunal.

Que sea ésta la solución jurídicamente más fundamentada no significa que sea la más lógica atendiendo a los principios generales del derecho, como el de la economía procesal. Probablemente, en orden a evitar al justiciable tener que acudir a una duplicidad de procedimientos, y a lograr el máximo ahorro de costes y tiempo, lo más adecuado sería haber permitido dicha acumulación a favor de los Juzgados de lo Mercantil. Sin embargo, como he tenido ocasión de exponer, el ordenamiento jurídico no lo permite, por lo que en la pugna entre la legalidad y la lógica el juez debe hacer prevalecer la legalidad. Por este motivo, es urgente una reforma legislativa que ponga lógica al sistema, razón por el cual es de esperar que ello se produzca en la futura y profunda modificación de la LOPJ –actualmente en tramitación parlamentaria⁴³–. Sin embargo, desgraciadamente, es muy posible que se apruebe dicha reforma sin esta necesaria modificación normativa, ya que no se encuentra prevista inicialmente en el Proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados. Pero todavía estamos a tiempo.

42. En este orden de ideas, vid. ESTEBAN VELASCO, G., ob. cit., p. 208.

43. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados, serie A, 27 de enero de 2006, núm. 69-1. Este proyecto de modificación legislativa incide sobre más de una veinte de leyes, y respecto a la LOPJ se procede a modificar cerca de cuarenta artículos.

7. La prueba de la responsabilidad

7.1. Introducción

Como se ha indicado al inicio de este estudio, la dosis probatoria cuando se ejercita la acción individual de responsabilidad al administrador social ex art. 135 LSA es superior a la exigida cuando se ejercita la acción del art. 262 LEC.

7.2. La prueba de la responsabilidad del administrador ex art. 135 LSA

La estimación de la acción individual de responsabilidad prevista en el art. 135 LSA exige la prueba de los siguientes tres elementos: el daño directo; la culpa o negligencia en el causante; y la relación causalidad entre ambos; correspondiéndole al actor, en virtud del art. 217.2 LEC, la carga de probar todos estos elementos. Como reiteradamente destaca la jurisprudencia, estamos ante una responsabilidad de tipo subjetivo, lo que exige al actor la debida prueba de cada uno de tales elementos⁴⁴.

7.2.1. El daño

Respecto al daño, debe acreditarse no sólo su concurrencia sino el carácter inmediato o directo del mismo. Así, la STS de 16 de febrero de 2000 (RA 679) establece en su f.j. 3º que “siempre ha de demostrarse por los accionistas la realidad y efectividad del daño causado directamente a ellos, no daños hipotéticos y no producidos sin prueba de la posibilidad de su realización. Tampoco se puede dejar para ejecución de sentencias la prueba de la existencia de los daños, sólo su cuantificación [actualmente, con la LEC 1/2000, ello tampoco sería posible en virtud de sus arts. 219 y 253]; el primer extremo requiere la amplitud y garantías que implica el proceso declarativo, dado que es la sustancia de la acción ejercitada”.

Este daño debe ser directo sobre el patrimonio del socio o tercero, no pudiéndose tomar en consideración el daño secundario que pueda sufrir a través del desvalor que pueda tener el patrimonio de la sociedad. En este sentido, la STS de 22 de enero de 2004 (RA 207), en su f.j. 3º destaca que la acción individual de responsabilidad social “tiende, no a la indemnización de daños indirectamente causados al socio o al acreedor a través del patrimonio de la sociedad, que se designan como daños

44. *Ad exemplum*, entre las más recientes, vid. las SSTS de 28 de abril de 2006, f.j. 3º (JUR 2006\157664); 22 de marzo de 2006, f.j. 8º (JUR 2006\139503); 30 de noviembre de 2005, f.j. 3º (RA 2006\35); 10 de junio de 2005, f.j. 3º (RA 6498); 28 de mayo de 2005, f.j. 3º (RA 5755); 26 de abril de 2005, f.j. 2º (RA 3767); 25 de abril de 2005, f.j. 5º (RA 3757); o la de 27 de mayo de 2004, f.j. 3º (RA 3547).

secundarios, sino a indemnizar al tercero directamente perjudicado por tal demandante en su patrimonio y que se designan como daños primarios⁴⁵.

7.2.2. La culpa o negligencia del administrador

Estamos en presencia de un elemento muy difícil de probar dado su carácter marcadamente subjetivo. La jurisprudencia es unánime en exigir su concurrencia: así, *ad exemplum*, la STS de 7 de diciembre de 2004 (RA 7914) destaca su exigencia en estos términos: “El art. 135 no establece de modo automático que la responsabilidad de los administradores procede cuando la marcha de la sociedad no es próspera y se descapitaliza y si la favorece respecto a las actividades antijurídicas que puedan imputárseles antes de su cese. Para la aplicación y acogida del precepto en casación es preciso que la sentencia recurrida hubiese establecido como hechos probados que las gestiones que se imputan a los administradores hubiesen sido realizadas con malicia, negligencia o dolo (sentencia de 16-2-1995), así como la existencia de daño y efectiva relación de causalidad (sentencias de 26-10-2001, 19-11-2001, 25-2-2002, 14-11-2002, 20 y 24-12-2002, 4-4-2003 y 16-2-2004)”.

Al tratarse de un elemento fáctico de muy difícil prueba, en la práctica ha originado el escaso uso de la responsabilidad prevista en el art. 135 LSA, máxime cuando existen otras vías procesales para exigir igualmente dicha responsabilidad en la que se ha objetivado la conducta del demandado (art. 262 LSA). Sin embargo, en la medida en que estas vías alternativas van reduciendo su eficacia –como ha sucedido con la citada responsabilidad del art. 262 LSA tras su reforma en 2005– vuelve a renacer el problema de la dificultad probatoria de este segundo elemento de la responsabilidad social.

7.2.3. La relación de causalidad entre el daño y la culpa o negligencia del administrador

Al igual que sucede con el anterior elemento probatorio, éste en la práctica resulta también muy difícil de acreditar, lo que como pone en evidencia SÁNCHEZ

45. En este orden de ideas, SÁNCHEZ CALERO (ob. cit., pp. 323-324) pone en evidencia como la jurisprudencia sólo admite los daños directos o primarios, por lo que no permite reclamar los daños reflejos o indirectos, indicando que “el criterio decisivo en la diferenciación entre unos daños y otros radica, a nuestro juicio, en que nos hallamos ante daños indirectos de los accionistas o acreedores, cuando por efecto de una disminución del patrimonio social, se reduzca el valor de la acción, lo que sin duda produce un daño al accionista, pero ha de estimarse reflejo o indirecto respecto al sufrido por la sociedad, como igualmente será indirecto el daño sufrido por el acreedor cuando por la disminución del patrimonio social, se reduzca la posibilidad de cobrar su crédito frente a la sociedad. En estos casos, el resarcimiento de los daños sufridos por los socios y acreedores habrá de buscarse por medio de la acción social de responsabilidad contra los administradores”.

CALERO al destacar que “la experiencia jurisprudencial nos muestra precisamente, que el fracaso de la acción individual de responsabilidad se ha debido en varios casos a la falta de prueba de esa relación de causalidad”⁴⁶.

Sea como fuere, la jurisprudencia es unánime en exigir al actor la prueba de la debida relación de causalidad entre el daño causado y la actuación negligente del administrador social. Y, en este sentido, la STS de 28 de junio de 2000 (RA 5912), en su f.j. 2º nos recuerda: “La sentencia de la Audiencia que se recurre sustenta la responsabilidad del administrador en la situación deficitaria de la sociedad, en su precariedad económica que le ha impedido el pago de las cantidades adeudadas. Pero tampoco (como la sentencia de primera instancia) establece la más mínima conexión entre la actuación del administrador y esa situación deficitaria, no se dice que por incumplimiento de sus deberes legales se ha visto abocada la sociedad a no poder pagar las deudas. Por ello esta Sala ha de aceptar la queja del recurrente de que se ha interpretado erróneamente el art. 135 LSA/1989, ante la falta de causalidad entre la actuación del administrador y la indemnización del daño que se reclama. No basta que el tercero lo haya sufrido, sino que es necesario la prueba de hechos, actos u omisiones dolosas o culposas de los administradores de los que se deriven adecuadamente los daños a tercero, indemnizables de acuerdo con el art. 135 LSA/1989, si han sido realizados como tales administradores”.

7.3. La prueba de la responsabilidad del administrador ex art. 262 LSA

Para la estimación de la responsabilidad del administrador social ex art. 262 LSA, al configurarse por la jurisprudencia dicha responsabilidad como objetiva o cuasiobjetiva⁴⁷, se reduce en gran medida la dificultad probatoria del actor, pues desaparece la necesidad de probar el elemento subjetivo de la culpa o negligencia del administrador, así como la relación de causalidad de la conducta de éste con el daño producido, debiendo acreditar únicamente el dato objetivo de no haber intentado el administrador la disolución legal de la sociedad cuando existía una causa legal para ello –al margen, como es obvio, del concreto daño que se reclama–. De esta forma, viene a entenderse que cuando en dicha situación el administrador no promueve la disolución de la sociedad es porque es negligente, motivo por el cual se origina su deber de responder solidariamente de las obligaciones sociales que surjan con posterioridad a su actuación negligente. Así, la STS de 28 de abril de 2006 (JUR 2006\157664), en su f.j. 2º, destaca como el actor no requiere probar la “estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del

46. SÁNCHEZ CALERO, F., ob. cit., p. 327.

47. En este sentido, es constante la jurisprudencia: así, vid. las SSTS de 7 de febrero de 2007, f.j. 3º (RA 781); 28 de abril de 2006, f.j. 2º, JUR 2006\157664; 7 de noviembre de 2005, f.j. 8º, RA 7719; 10 de junio de 2005, f.j. 2º, RA 6489; 28 de mayo de 2005, f.j. 4º, RA 5755; o la de 26 de abril de 2005, f.j. 2º, RA 3767; entre otras muchas.

administrador, ni lo que se ha denominado un reproche culpabilístico”; y la STS de 7 de noviembre de 2005 (RA 7719) insiste en este planteamiento cuando indica, en su f.j. 8º, que para estimar esta acción “no tiene por qué haber una relación de causalidad entre el incumplimiento de sus obligaciones por el administrador y el daño al acreedor social (STS 31-5-01) y tampoco el demandante ha de probar la culpa del administrador demandado (STS 7-6-02), pues como señala la reciente sentencia del día 1 de los corrientes, reiterando el criterio de la de 14 de noviembre de 2002, para el éxito de la acción fundada en el art. 262.5 LSA no es necesario que concurren los supuestos de la culpa”⁴⁸. En la misma línea, la SAP de Barcelona –sección 15ª– de 29 de abril de 2005 (“La Llei 1988/2005) indica que “mientras que la acción personal del art. 135 TR LSA, en relación con el art. 69 LSRL 1995, trata de proteger el patrimonio personal de los socios o terceros y su éxito demanda la existencia de un daño directo, causal y culposamente imputable a los actos de los administradores, por cuanto la responsabilidad que con ella se busca, goza de una naturaleza de origen eminentemente extracontractual y su existencia precisa la concurrencia de los mismos requisitos que la acción aquiliana que posibilita el art. 1902 CC, la acción fundamentada en el art. 105 LSRL 1995, en relación con el art. 262.5 TR LSA, también de origen extracontractual, establece una responsabilidad-sanción –consistente en responder solidariamente de las deudas sociales–, cuyo éxito no depende de la cumplida acreditación de los anteriores presupuestos, dada la naturaleza objetiva que disfruta, sino de la sola inobservancia por parte del administrador del deber que le viene impuesto en dicho precepto, atinente a convocar en el plazo de dos meses junta general para que por ésta se adopte el acuerdo de disolución, o a la falta de solicitud judicial de disolución en el caso de que aquélla no llegara a celebrarse o adoptase un acuerdo contrario a la medida pretendida, sin remover la causa de disolución”.

Vuelve a surgir aquí el problema de determinar cuándo se inicia el plazo de dos meses que tiene el administrador para convocar a la junta general a efectos, en su caso, de disolver la sociedad, y cómo se prueba dicha fecha. Si entendemos que la obligación surge cuando el administrador tiene conocimiento real de la pérdida del patrimonio social⁴⁹, el actor podrá tener dificultades probatorias para acreditar este *dies a quo*, si bien esta dificultad probatoria puede superarse mediante los mecanismos que seguidamente se analizarán. Sin embargo, si entendemos que dicha obligación surge al presentarse las cuentas anuales⁵⁰, el actor tendrá una mayor facilidad probatoria cuando de dichas cuentas se deduzca la pérdida del patrimonio social y el administrador no actúe su obligación de disolver la sociedad del art. 262.5 LSA.

48. En este mismo orden de ideas, cfr. la STS de 6 de abril de 2006, f.j. 3º (JUR 2006\1892); o la de 3 de abril de 1998, f.j. 2º (RA 1910).

49. O no puede ignorarla.

50. De no presentarse estas cuentas, la obligación de convocar la junta general surge desde el último día del plazo legal previsto a tal fin, esto es, el del art. 171.1 LSA.

7.4. Mecanismos procesales para facilitar la prueba del actor

La prueba de los elementos subjetivos de la responsabilidad del administrador social cuando se ejercita la acción del art. 135 LSA –esto es, su culpa o negligencia– constituye el gran problema de esta acción, que ha ido conduciendo a su escaso uso judicial, a favor de otras acciones, especialmente la del art. 262 LSA. Sin embargo, como hemos indicado, en la medida en que vuelva a adquirir protagonismo la responsabilidad prevista en el art. 135 LSA, dada la limitación de responsabilidad del art. 262.5 LSA –en su nueva redacción dada en 2005–, debemos buscar mecanismos válidos para flexibilizar el citado rigor probatorio que sufre el actor.

En alguna ocasión, se ha intentado reducir la dosis probatoria del demandante, alegándose la objetivación o cuasiobjetivación del tradicional sistema de responsabilidad por culpa del art. 1902 CC, básicamente mediante el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, en función de la cual, correspondería al demandado acreditar su debida diligencia. Sin embargo, ello ha fracasado jurisprudencialmente, y así podemos destacar, entre otras muchas, la STS de 25 de febrero de 2002 (RA 1908), en cuyo f.j. 3º indica que pese a que ha “declarado aplicable la técnica de la carga de la prueba en determinados ámbitos del muy amplio campo de la responsabilidad, normalmente caracterizados por el riesgo que genera la actividad del sujeto demandado como responsable del daño sirviendo como ejemplo característico el de la circulación de vehículos de motor, no significa que esa técnica sea trasladable sin más a todos los litigios sobre responsabilidad civil y, menos todavía, a aquellos en que se enjuicia la culpa o negligencia profesional. Más en concreto, acerca de la responsabilidad de los administradores de sociedad anónima fundada en el artículo 135 [...] la STS de 28-6-2000 declara que el demandante tiene que probar la acción y omisión dolosa o culposa del actor, la STS de 30-3-2001 exige la prueba del demandante no sólo del daño sino también del nexo causal y, en fin la STS de 20-7-2001 [...] y la de 21-9-1999 [...] da por consolidada la doctrina de que la carga de la prueba incumbe al demandante, con lo que cae por su base el planteamiento del motivo, pues el reconocimiento de una inversión de la carga de la prueba por la Sala en este ámbito se ha ceñido a aspectos muy concretos en que es la propia Ley la que establece una presunción en contra de los administradores”⁵¹.

Una vía de solución puede venir dada por el art. 217.6 LEC, que prevé los principios de facilidad y disponibilidad de la prueba como mecanismos para modular la aplicación

51. De igual modo, vid. la STS de 16 de febrero de 2004, f.j. 2º (RA 648). En esta misma línea, ya la STS de 28 de marzo de 1985 (RA 1252), en su primer considerando destaca: “[...] desde cuya inatacada perspectiva fáctica ha de claudicar el motivo que denuncia la violación por inaplicación del artículo mil novecientos dos del Código, ya que por mucho que se atenúe el principio de responsabilidad por culpa que este precepto consagra tal y como viene haciéndose jurisprudencialmente a través de limitaciones del criterio de interpretación subjetivista del mismo con base, singularmente en el principio de responsabilidad por riesgo e inversión de la carga de la prueba –[...]– no puede ser acogida dicha responsabilidad sin una previa declaración inculpatoria del demandado”.

de la regla del *onus probandi*. En virtud de tales principios, cuando exista una desigualdad material entre las partes que se materialice en una situación de sencillo acceso o contacto del demandado con las fuentes probatorias y a su vez en una razonable lejanía del actor con las mismas⁵², puede el juez flexibilizar la aplicación de la regla general de la carga de la prueba, y exigirle al demandado una mayor dosis probatoria. Pensemos, por ejemplo, en el actor que reclama responsabilidad al administrador de una sociedad que efectúa, culposa o negligentemente, un acuerdo mercantil con otra sociedad lo que origina el posterior incumplimiento contractual con la actora. En este caso, para probar la culpa o negligencia del administrador, el actor debería tener acceso al citado acuerdo que, como es lógico, no posee. Ante esta situación, podría aplicarse el art. 217.6 LEC y exigirse al demandado que acredite la existencia de dicho acuerdo y las ventajas que reportaba para la sociedad, quedando así probada su diligencia negocial. Además, también es lógico pensar que el demandado, en la medida en que conoce –o debiera conocer– directamente la verdadera situación económica de su propia sociedad, podrá justificar mucho más fácilmente que la actora, la falta de relación causal entre el mencionado acuerdo y el daño originado a la actora, por lo que, también en aplicación del art. 217.6 LEC, podría flexibilizarse en este punto la carga probatoria del actor. En consecuencia, como acabamos de ver, tanto la culpa o negligencia del administrador como la relación de causalidad entre ésta y el daño producido, mediante la aplicación del art. 217.6 LEC, se desplazaría hacia el demandado. En este caso, es muy aconsejable que la parte actora razone debidamente la aplicación de esta flexibilización probatoria en el trámite de conclusiones, porque así se lo permite expresamente el art. 433.2. II *in fine* LEC⁵³.

En mi opinión, aún siendo consciente de la actual doctrina jurisprudencial existente en la materia, y que ya hemos analizado, entiendo que esta solución es válida pero en casos límite, como excepción a la regla general⁵⁴, por lo que sólo cuando el demandado sea la única parte que tenga pleno y directo acceso a todas las fuentes probatorias podrá flexibilizarse el *onus probandi* del actor, pues, de lo contrario, le colocaríamos en una evidente situación de indefensión⁵⁵.

52. Al respecto, me remito a los estudios de MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, edit. J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 178 a 180; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, edit. La Ley, Madrid, 2006, pp. 142 a 172.

53. De igual modo, también cabe la aplicación del art. 217.6 LEC de oficio, pues estamos ante una norma de *ius cogens*. Sin embargo, es mejor auxiliar la labor del juez y justificar la su debida aplicación al caso concreto.

54. No debemos olvidar, como indica MUÑOZ SABATÉ, que el art. 217.6 LEC recoge una regla secundaria o complementaria a la general contenida en los puntos 2 y 3 del art. 217 LEC, lo que conduce a que “en la práctica se hace difícil evitar que el principio –secundario o complementario– sustituya a la regla (ob. cit., p. 180).

55. Evitar la indefensión es lo que justifica, en última instancia, los principios de facilidad y disponibilidad probatoria (en este orden de ideas, vid. también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ob. cit., p. 143).

Finalmente, otra vía de solución, que no es incompatible con la anterior, sino complementaria, es la que se recoge en el art. 329 LEC, en virtud del cual la falta de colaboración probatoria –en materia documental– puede comportar que el juez tenga por cierto todos los hechos alegados por la parte contraria⁵⁶. Así, el actor se asegura el acceso a los documentos que estime pertinentes para acreditar la responsabilidad del administrador social, no pudiendo éste negarse a ello, salvo que se arriesgue a que el juez valore su mala procesal y de por probado el hecho cuya verificación pretendía lograrse mediante los documentos solicitados⁵⁷.

56. En esta norma viene a recogerse la misma consecuencia negativa (la *ficta admissio*) que se prevé para la parte que se niega a comparecer para ser interrogado (art. 304.I LEC), o comparece pero no contesta (art. 307.I LEC), o contesta pero con respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307.II LEC).

57. Como indiqué en mi trabajo *El principio de la buena fe procesal* (edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2003), el incumplimiento del deber de aportación documental a instancia de la parte contraria supone una actuación de mala fe procesal (ob.cit., p. 157). No olvidemos que el comportamiento de una parte puede ser fuente continua de indicios susceptibles de fundamentar una presunción, esto es, puede adquirir valor probatorio, por lo que la actuación procesal contraria a la buena fe procesal puede sancionarse mediante la figura de la *ficta admissio* (ob.cit. pp 268-269).

LA LEGITIMACIÓN DE LOS LIQUIDADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA PARA EJERCITAR EL DERECHO DE REVERSIÓN EXPROPIATORIA

CRISTINA ARENAS ALEGRÍA
Profesora de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Introducción	305
2. El derecho de reversión como operación comercial	306
3. Conclusión.....	322

1. Introducción

El objeto de este comentario es el análisis de la Sentencia de la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo, de 8 de Febrero de 2006, casando y anulando la Sentencia de 8 de Octubre de 2002 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional, en la que se negaba legitimación a los liquidadores de una sociedad anónima en proceso de disolución para ejercitar el derecho de reversión en nombre de la misma.

El recurso de casación había sido interpuesto por la representación de una empresa en liquidación contra la resolución presunta del Ministerio de Fomento desestimatoria de petición de reversión de unos terrenos expropiados en su día para la construcción de un ramal ferroviario en el término municipal de Madrid.

La Sentencia de la Audiencia, después de calificar el derecho de reversión expropiatoria como un derecho autónomo, entendió que dicha calificación comportaba que el ejercicio de éste no puede encajarse en el concepto de “operación comercial pendiente” a que se refiere el artículo 272.c) de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre) al regular las funciones de los liquidadores, sin que tampoco quepa catalogarlo de “operación comercial nueva” precisa para materializar la liquidación, pues estimó que:

“... el ejercicio del derecho de reversión supone un abono de dinero para adquirir un bien que en su momento fue expropiado, operación distinta de las propias de un proceso de liquidación, donde prima la enajenación de activos para obtener dinero y así repartir entre los socios.”

Contra esta Sentencia se interpuso por los representantes de la empresa un recurso de casación (641/2003), denunciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa en relación con el artículo 272.c) de la Ley de Sociedades Anónimas.

Dos son, fundamentalmente, los argumentos de los que parte la Sentencia de la Audiencia Nacional. El primero no es nuevo, al contrario es directamente heredero de las Sentencias legitimadoras de la tristemente famosa expropiación de las empresas del grupo Rumasa. Supone entender, contra toda lógica a nuestro juicio, que el de-

recho de reversión constituye un derecho autónomo que nace en el momento en el que se dan las circunstancias que motivan su ejercicio, y no en el momento de la expropiación. Esta consideración implica que no puede estimarse tal derecho como un caso de ineficacia originaria, sino sobrevenida.

La consecuencia, que sobre el supuesto de hecho de la Sentencia produce la consideración de que el derecho de reversión no preexiste a su ejercicio, es que, lógicamente, no puede calificarse el derecho pretendido como una operación comercial pendiente que legitima a los liquidadores sociales a actuar, según el artículo 272 c) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Esta afirmación le lleva a la Sala a analizar en segundo término si es posible calificar la reversión como una "operación comercial nueva" que permitiese a los liquidadores su ejercicio.

Evidentemente no es de fácil encaje un derecho como el de reversión, que supone, en definitiva, una operación jurídicamente contraria a la liquidadora, dentro de lo que la LSA considera operaciones necesarias para materializar la liquidación. Y es precisamente esta dificultad la que constituye el segundo de los argumentos de la Sentencia de la Audiencia en base al cual niega la legitimación que comentamos.

Como decimos, el Tribunal Supremo casa esta Sentencia reconociendo aquel derecho a los liquidadores, pero lo hace, a nuestro juicio, de una manera forzada e incapaz de reconocer lo que entendemos evidente pero que tras las Sentencias del Constitucional¹ y del Supremo sobre el asunto Rumasa se han convertido en dogma infranqueable con el que tiene que convivir el cada vez más débil reconocimiento del derecho de propiedad.

2. El derecho de reversión como operación comercial

Para poder analizar si es posible o no ejercitar el derecho de reversión durante el proceso de liquidación de una sociedad es necesario partir de cuales son en concreto las facultades de los liquidadores sociales. Éstas aparecen reseñadas en el artículo 272 LSA. Dentro de ellas, tal y como establece la Sentencia de la Audiencia, "la única función en que pudiera incardinarse el ejercicio del derecho de reversión, sería la del apartado c); realizar operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad".

Esta competencia de los liquidadores, también llamada de gestión en sentido estricto, comprende el conjunto de operaciones materiales y jurídicas, dirigidas a hacer

1. Sentencias del Tribunal Constitucional 67/1988, de 18 de Abril y posteriormente del Tribunal Supremo de 20 de Septiembre de 1991, de 25 de Febrero de 1992, de 28 de Abril de 1995, de 20 de Julio de 2002 y de 9 de Diciembre de 2004.

posible el reparto del patrimonio social entre los socios, siendo este mismo reparto el resultado de aquellas gestiones².

Lo primero que observamos es que la Ley se refiere a operaciones “comerciales”, por lo que pudiera pensarse que los liquidadores han de limitarse a este tipo de actividad, lo que haría más que dudoso que el derecho de reversión pudiera encuadrarse en las mismas. Sin embargo, no parece que deba seguirse esta concepción tan restringida. La ley se refiere a “operación comercial” porque, lógicamente, son de esta naturaleza las que constituyen el tráfico peculiar de las sociedades anónimas, pero lo cierto es que estas sociedades pueden realizar contratos de otro tipo por lo que, sin duda, también los liquidadores podrán realizarlas³.

A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de Febrero de 2006, resalta el carácter y contenido evidentemente económico del derecho de reversión, contenido que cobra valor una vez ejercitado por lo que queda fuera de toda duda su encaje en el concepto amplio de operación comercial.

Dentro de las competencias de los liquidadores para realizar operaciones comerciales la ley señala dos:

- a. Las operaciones pendientes.
- b. Las operaciones nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.

2.1. El derecho de reversión como operación comercial pendiente

La Ley no pretende la paralización inmediata de la actividad social, sino su necesaria continuación hasta su extinción. La liquidación no produce efecto alguno sobre los contratos en curso, sobre las operaciones pendientes.

Por operaciones pendientes al tiempo de iniciarse la liquidación, habrá que entender todas aquellas que habiéndose iniciado en el periodo anterior a la liquidación, no hayan terminado totalmente al disolverse la sociedad. Se trata con esta regla de proteger el principio universal que, en aras a la seguridad jurídica, impone que la liquidación social no puede interrumpir la ejecución y el curso de los contratos.

Nos encontramos por tanto ante una necesaria protección de terceros, en el sentido de que la operación tiene que ser previa y vencida.

2. MUÑOZ PÉREZ, A.F.: *El proceso de liquidación de la Sociedad Anónima. La posición jurídica del liquidador*, Aranzadi, 2002, pág. 125.

3. URÍA, R, MENÉNDEZ, A y BELTRÁN, E.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Disolución y liquidación de la sociedad anónima. (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Civitas, 1992, pág. 150.

A juicio de ZUNINO⁴ decir que un negocio u operación se encuentra o estaba pendiente implica aludir a dos circunstancias implícitas, traducidas en que dicho negocio si bien iniciado no esté concluido, y que no lo esté en el marco referencial de un momento determinado.

En definitiva, el respeto a terceros de buena fe ha de suponer que no es posible establecer límites respecto a operaciones que ya hayan nacido. Todas las operaciones deben concluirse para que la liquidación se considere bien hecha⁵.

2.1.1. Nacimiento del derecho de reversión

Una solución lógica para legitimar el ejercicio del derecho de reversión por los liquidadores sociales es, entonces, entender que este derecho encaja en el concepto de operación pendiente, y ello sobre la base de reconocer que se trata de un derecho que ha nacido ya y cuyo ejercicio está suspendido.

Lamentablemente, esta postura ha sido rechazada de pleno por la jurisprudencia desde las fatídicas resoluciones del asunto Rumasa. Efectivamente, tal y como establece la Sentencia de la Audiencia que comentamos, en su fundamento jurídico quinto:

"En otras palabras, el derecho de reversión no es una continuación de un expediente de expropiación forzosa, sino un derecho otorgado en determinados casos a los que fueron dueños de las fincas expropiadas. El expediente de reversión no constituye parte o continuación del de expropiación".

La doctrina y la jurisprudencia que justifican esta postura lo argumentan en dos axiomas íntimamente relacionadas e interdependientes. En primer lugar, que el derecho de reversión es un derecho de mera configuración legal, lo que impide considerarlo consustancial a toda expropiación, y en segundo, que responde a un fenómeno de invalidez o de ineficacia sobrevenida.

En definitiva, la consideración del derecho que comentamos como algo autónomo o no a la expropiación está en íntima conexión con la fundamentación de la reversión.

Se cuestiona si el derecho de reversión surge en el momento en el que se produce la expropiación, o, si por el contrario, se trata de un derecho que no nace hasta que se dan los supuestos que posibilitan su ejercicio. Las consecuencias de una u otra tesis son importantes porque implican concebir el derecho de reversión como algo inherente a la causa, y a la expropiación misma, o por el contrario entenderlo como un derecho nuevo del que nada se tiene hasta que pueda realmente ejercitarse. A nuestro juicio, la respuesta a este debate depende de la forma de entender este derecho en su relación con la causa, y, como hemos apuntado, está muy vinculada a

4. ZUNINO, J.: *Sociedades Comerciales. Disolución y Liquidación*, Astrea, 1984, pág. 491.

5. URÍA, R, MENÉNDEZ, A y BELTRÁN, E.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 150.

otra cuestión, ésta es la de si se trata de un derecho garantizado constitucionalmente o simplemente de un derecho de configuración legal.

Como se ha dicho, la postura del Tribunal Supremo⁶, así como también la de la Audiencia que se comenta, ha sido afirmar, precisamente en base a su configuración legal, que el derecho de reversión es un derecho nuevo, autónomo, que no es continuación del expediente expropiatorio anterior y que, consecuentemente, surge cuando se dan los supuestos que, asimismo, condicionan su ejercicio. También un sector de la doctrina⁷ ha venido sosteniendo esta interpretación.

Por ello, doctrina⁸ y jurisprudencia⁹ fundamentan la reversión como un fenómeno de *invalidez sucesiva sobrevenida* por desaparición del elemento esencial de la cau-

6. Ente otras, Sentencia de 26 de Junio de 2000 (EDJ 22005) fundamento sexto, Sentencia de 1 de Marzo de 1999 (EDJ 4300) fundamento cuarto, Sentencia de 27 de Febrero de 1999 (EDJ 7550) fundamento tercero, Sentencia de 25 de Febrero de 1999 (EDJ 2397) fundamento séptimo, Sentencia de 31 de Marzo de 1998 (EDJ 4373) fundamento primero, Sentencia de 24 de Enero de 1991 (EDJ 637) fundamento tercero, Sentencia de 9 de Febrero de 1984 (EDJ 822) fundamento tercero, Sentencia de 10 de Mayo de 1988 (EDJ 3957) fundamento sexto, Sentencia de 9 de Febrero de 1984 (EDJ 822) fundamento tercero, y Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1988 de 18 Abril fundamento sexto.

7. PÉREZ CRESPO, F Y BERMÚDEZ ODRIOLZA, L.: «Los interdictos contra la Administración...», ob. cit., pág. 199. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «El derecho de reversión en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación», en *Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*. Servicio de publicaciones de la facultad de derecho, Madrid, 2000, pág. 179-203. CASINO RUBIO, M.: «Breves consideraciones en torno al nacimiento y la legislación aplicable al derecho de reversión», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993, pág. 254 y ss.

8. GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, 2000, pág. 325. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, ob. cit., pág. 63-64. PAREJO ALFONSO, L JIMÉNEZ BLANCO Y ORTEGA ÁLVAREZ, L: *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, 1998, pág. 674. TOLIVAR ALAS, L.: *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, ob. cit., pág. 349. ESCUÍN PALOP, V.: *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, Civitas, 1999, pág. 515. DOSSIER PRÁCTICO: *Expropiación Forzosa*, ob. cit., pág. 119. BERMUEJO VERA, J.: «Técnicas de reducción del contenido del derecho de propiedad», *Documentación Administrativa*, núm. 222, pág. 196. CARRETERO PÉREZ, A.: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Santillana, 1966, pág.158.

9. La Sentencia de 8 de Julio de 1994 (EDJ 5879) en su fundamento tercero afirma que: «... tratándose [la reversión] para la mayoría de la doctrina científica de un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación que dogmáticamente podía ser caracterizado como la consecuencia de una «invalidez sucesiva» sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa, siendo relevante a tales efectos esta desaparición por el carácter cardinal que la causa presenta, como destino a que se afecta el bien expropiado después de su expropiación, que hace, por consiguiente, normal su consideración «ex post», siendo lo peculiar de esta invalidez que sus efectos se producen «ex nunc», esto es, que no produce la invalidez originaria con que la expropiación fue realizada, sino una mera cesación de sus efectos, y no resultando alterada la causa expropiante...». En

sa. Esta fundamentación proviene de la doctrina Italiana según la cual la invalidez sucesiva comporta:

- a. un acto que inicialmente consta de todos sus elementos necesarios y no tiene ningún vicio que comprometa su existencia.
- b. en un segundo momento el acto alcanza un vicio o defecto que sea realmente tal y no se resuelve como un simple obstáculo a su eficacia.
- c. a consecuencia de ello, el acto deviene nulo o anulable.

En nuestro país el máximo defensor de esta teoría ha sido GARCÍA DE ENTERRÍA para quien la reversión es un efecto especial producido por el juego de la causa. En su opinión, "dogmáticamente debe calificarse el fenómeno de la reversión como un fenómeno de invalidez sucesiva sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa. Precisamente porque la *causa expropriandi* se configura como el destino a que se afecta el bien expropiado tras la expropiación, resulta normal su consideración *ex post*"¹⁰.

La primera objeción hecha a esta teoría proviene de la propia doctrina Italiana. Así para SANDULLI¹¹ no hay nunca invalidez sucesiva si ésta no tiene efectos *ex tunc*. GARCÍA DE ENTERRÍA salva esta crítica apuntando que lo peculiar de esta invalidez es que sus efectos se producen *ex nunc*, es decir, que no condena la validez originaria con que la expropiación fue realizada. No hay pues anulación de la expropiación, sino mera cesación de sus efectos.

Para GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO¹² es más correcto considerar la reversión como ineficacia puesto que inválido es aquel acto en el cual alguno de los elementos esenciales falta, se encuentra viciado o carece de alguno de sus presupuestos, mientras que la ineficacia es sobrevenida cuando la sanción comienza a aplicarse, no a partir del momento de la celebración del acto, sino en un momento posterior y por virtud de un hecho sobrevenido. En suma, la reversión constituye un caso de ineficacia y no

este mismo sentido la Sentencia de 5 de Octubre de 1993 (EDJ 8748) en fundamento quinto, la Sentencia de 7 de Octubre de 1994 (EDJ 8540), la Sentencia de 23 de Marzo de 1995 (EDJ 1497) fundamento tercero, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de Mayo de 1999 (EDJ 40218) en fundamento tercero, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1988 de 18 de Abril. También el Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado en el expediente 11/1971, en Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 1976, pág. 208.

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, E y, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, ob. cit., pág. 321.
11. Citado por GIMENO FELIÚ, J.M.: *El derecho de reversión en la ley de expropiación forzosa*, Civitas, 1996 pág. 99. En nuestro país GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: "El derecho de reversión: naturaleza jurídica y límites a su ejercicio", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 8, 1996, pág. 424.
12. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Legislación de expropiación forzosa*, Comares, 1999, pág. 261 y 262.

de invalidez, provocada (ya que es preciso que el reversionista ejercite su derecho) y de carácter sobrevenido (porque no tiene efectos retroactivos) y que determina, no la invalidez de la primitiva transmisión sino una nueva. Por esto último se suele denominar a la reversión como reexpropiación.

La Sentencia objeto de casación sigue fielmente esta última idea, al considerar la reversión como un fenómeno de ineficacia, que no de invalidez, sobrevenida.

En efecto en su fundamento jurídico cuarto se manifiesta:

“Así las cosas, y según la mejor dogmática, las citadas Sentencias utilizan una expresión inadecuada, cual es invalidez sobrevenida, puesto que la invalidez se caracteriza, precisamente, por una causa de ineficacia originaria, por lo que sería más correcto hablar de ineficacia sobrevenida, pues inválido es aquel acto en el cual alguno de los elementos esenciales falta o se encuentra viciado o carece de alguno de sus presupuestos esenciales, mientras que la ineficacia es sobrevenida cuando la sanción comienza a aplicarse no a partir del momento de la celebración del acto sino a partir de un momento posterior y por virtud de un hecho sobrevenido.

En conclusión, la reversión integra un supuesto de ineficacia y no de invalidez (pues la expropiación se hizo cumpliendo con todos los requisitos), provocada (es preciso que el reversionista ejercite el derecho que le asiste) y de carácter sobrevenido (ya que no tiene efectos retroactivos).”

Las tres notas que, según la Sentencia, califican a la reversión nos parecen erróneas. No puede considerarse correcta una expropiación cuando no se ha realizado la causa que la motivó o cuando ha quedado alguna parte sobrante, so pena de considerar la declaración causal una declaración nominal vacía de contenido. En la mayoría de los casos la invalidez está en el origen de la expropiación, se ocupó cuando no había motivos para ello. No nos vale la afirmación en contra de nuestra postura en el sentido de que los efectos no son retroactivos, porque, a nuestro juicio, han de serlos.

Por todo ello, hemos de considerar que no es posible afirmar que la reversión no condena, en ningún caso, la validez originaria de la expropiación realizada y consiguientemente concluir que sus efectos no se producen retroactivamente, sino *ex nunc*. Ciertamente tampoco cabe, a nuestro juicio, entender que el efecto retroactivo haya de producirse siempre.

Aunque no puede ser objeto de análisis en este lugar, la solución pasa por partir, como han hecho algunos autores¹³, de que no puede darse el mismo tratamiento, porque obedecen a distintas justificaciones, a todos los supuestos de reversión que se recogen en la LEF. Esta postura, que ya manteníamos con anterioridad a la aprobación de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (LOE), ha quedado confirmada tras la misma.

13. GIMENO FELLIÚ, J.M.: *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*, ob. cit., pág. 106.
PÉREZ MORENO, A.: “Fundamentación del derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1967 pág. 128.

2.1.2 Nuestra postura

Para rebatir la tesis jurisprudencial hemos de partir de que, la consideración de la reversión como un derecho independiente a la expropiación tiene dos consecuencias importantes¹⁴, por un lado la reversión se regulará por la ley vigente en el momento de ejercitarse, que es precisamente cuando surge, aunque el expediente de expropiación se inicie con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley. Por otro lado, el justiprecio de los bienes objeto de la reversión habrá de ir referido al estado y naturaleza de los mismos en el momento de su formalización y no a un momento anterior.

Pocos problemas prácticos pudieron plantearse respecto a la primera consecuencia antes de la entrada en vigor de la LOE que introdujo en el derecho de reversión una serie de importantes modificaciones, teniendo en cuenta que la Ley de Expropiación Forzosa se encontraba prácticamente intacta desde 1954. Las posibles dudas surgieron lógicamente tras la aprobación de mencionada Ley en cuya Disposición Transitoria 2ª afirma que:

“Lo establecido en la Disposición Adicional quinta¹⁵ será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre lo que en el momento de la entrada en vigor de la ley se hubiese presentado solicitud de reversión.”

En una primera lectura del precepto pudiera deducirse que, a juicio del legislador, el derecho que comentamos nace cuando se dan los supuestos recogidos en el artículo 54 legitimadores de su ejercicio, puesto que, en caso de entender lo contrario, estaríamos ante una norma con efectos retroactivos en grado máximo¹⁶. Adviértase, sin embargo, que la Ley no está fijando el momento de su aplicación en función de cuándo concurren o se produzcan los supuestos que condicionan el derecho de reversión, sino única y exclusivamente cuando se acciona, se solicita, su ejercicio.

14. Pudiera verse también como una consecuencia de esta consideración el hecho de que, según la nueva redacción de la reversión, la Administración legitimada para resolver sobre la reversión sea la titular del bien o derecho en el momento en que se solicite la reversión. A nuestro juicio se trata mas bien de facilitar el ejercicio del derecho puesto que la nueva Administración tendrá un mejor conocimiento sobre el cumplimiento de la causa, la localización y el estado actual del bien expropiado.

15. Es en esta disposición Adicional donde se contiene la modificación de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

16. CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, 2001, pág. 592, afirma que si se entiende nacido el derecho de reversión en el momento en que se produce la expropiación, la Disposición Transitoria 2ª impone una retroactividad máxima pues la reversión sería un derecho adquirido conforme a la antigua ley que debería en principio quedar a salvo de la eficacia retroactiva de la ley nueva en la medida que ésta modifica el alcance y la extensión del derecho de reversión.

Esta diferencia es importante porque si se trata de localizar el nacimiento del derecho de reversión en el momento en que se permite su ejercicio en base a que, de otro modo la Disposición Transitoria 2ª de la LOE estaría permitiendo una retroactividad de grado máximo, no se puede negar que la retroactividad de dicha Disposición se produce en cualquier caso. Y ello porque aun cuando interpretásemos que el derecho surge cuando se dan los supuestos legales que permiten su ejercicio, también la ley tendría eficacia retroactiva al proyectarse sobre situaciones en que esos presupuestos se hubieran dado ya y aún no se hubiera presentado solicitud de reversión¹⁷. Es decir, no puede servirnos para negar el nacimiento del derecho de reversión junto con la expropiación el simple hecho de que si así se entiende la LOE resulta de aplicación retroactiva, porque esta situación puede darse aun cuando situemos el nacimiento del derecho en el momento que el que se dan lo supuestos legales que posibilitan su ejercicio.

A nuestro juicio¹⁸, puesto que la causa ha de insertarse en el procedimiento expropiatorio de modo permanente no siendo suficiente que concurra en el momento inicial¹⁹, el derecho de reversión debe considerarse como un derecho que surge en el momento mismo de la expropiación, porque es una consecuencia de ésta, permaneciendo en estado de latencia mientras no se den los presupuestos legitimadores del mismo previstos en la ley. Cuando éstos se producen el derecho de reversión se convierte en un derecho actual y puede ejercitarse. Ciertamente para fundamentar esta postura bastaría con argumentar que el derecho de reversión tiene su raíz en la propiedad del reversionista²⁰. Sin embargo, tras las claras afirmaciones jurisprudenciales negando el carácter constitucional de este derecho y su vinculación con el derecho propiedad, no resulta superfluo añadir algunas otras justificaciones.

En primer lugar apoya la tesis del derecho ligado al nacimiento de la expropiación, el dato de que la reversión es un derecho transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*. En efecto, el Tribunal Supremo, incluso en la Sentencia que ahora comentamos, ha venido reconociendo la trasmisibilidad del derecho de reversión de manera

17. DE CASTRO VITORES, G.: *Reversión expropiatoria. Una reflexión en la perspectiva civilista*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 133.

18. Opinan así también MESEGUER YEBRA, J., en *La expropiación forzosa: el nuevo derecho de reversión*, Bosch, 2000, pág.11, GIMENO FELLIÚ, J.M.; en "El derecho de reversión en..."; ob. cit., pág. 147, BLANQUE AVILES, J.M.; en "La causa expropiandi", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. XIX, 1992, pág. 69 y CARRASCO PERERA, A.; *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, 2002, pág. 543.

19. Así lo ha afirmado en varias ocasiones el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de Diciembre de 1987 (Ar. 9268) en fundamento jurídico primero y en Sentencia de 9 de Octubre de 1985 (Ar.4518) en fundamento jurídico segundo.

20. DE CASTRO VITORES, G.: *Reversión expropiatoria. Una reflexión en la perspectiva civilista*, ob. cit., 2001, pág. 93.

constante, y en este sentido resulta incongruente afirmar su transmisibilidad *inter vivos* y, a la vez, decir que se trata de una situación jurídica no patrimonializada por el cedente en el momento de la transmisión²¹.

En segundo lugar, abona esta teoría la redacción del artículo 54.5 LEF dada por la LOE que se refiere a la preferencia de los reversionistas frente a terceros hipotecarios siempre que se haya hecho constar en el Registro de la Propiedad tal derecho. ¿Cómo puede inscribirse algo que no ha nacido?. A este respecto es necesario hacer algunas matizaciones.

El artículo 69.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa establecía que procedía la reversión incluso contra terceros hipotecarios, esto es, terceros protegidos por el artículo 34 LH. Ante tan chocante afirmación, la doctrina discutía si la reversión debía de figurar o no inscrita en el Registro junto con la expropiación para poder ejercitar tal oposición. Tanto una consideración como otra planteaban dificultades:

- Por un lado, si se consideraba que la reversión debía constar en el Registro, de lo que pudiera deducirse que era por tanto un derecho que preexiste a su ejercicio, quedaba sin sentido la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH. Según DIEZ PICAZO²² para que se pueda hablarse de la buena fe del tercero el Registro ha de publicar la titularidad del disponente, pero también una plena facultad o poder de disposición del mismo. Inversamente por tanto, en el Registro no debe aparecer la existencia de otra titularidad, ni tampoco las circunstancias o factores que puedan anular, resolver o limitar el derecho del otorgante. Si el derecho de reversión aparece junto a la inscripción de la expropiación no puede considerarse de buena fe a quien adquiere advertido por lo que la hoja registral le indica.
- Sin embargo, si se consideraba, dando sentido a la figura del tercero de buena fe, que el derecho del reversionista no había de estar expresamente inscrito, lo que reforzaba la idea de que se trata de un “derecho” que aún no había surgido, resultaba que el ejercicio el derecho de reversión frente a terceros suponía un choque frontal a los propios principios registrales.

Ante estas dificultades, con consecuencias no meramente teóricas, la Ley de 1999, de Ordenación de la Edificación optó por adecuar sus prescripciones a la clásica protección registral. Así, el reformado artículo 54.5 LEF establece ahora la necesaria inscripción del derecho de reversión, como un derecho preferente, para que pueda oponerse a terceros²³. Con ello no sólo se adecua a la normativa hipotecaria sino, lo que a nuestro entender es más importante, deja claro que el derecho de reversión

21. CARRASCO PERERA, A.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, ob.cit., pág. 542.

22. DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico reales, el Registro de la Propiedad, la posesión*, Civitas, 1995, pág. 462.

23. Nótese que ya no menciona el artículo 34 de la LH, quizá porque ya no es posible llamar así, esto es tercero de buena fe, a quien adquiere sabiendo que la facultad de disposición del beneficiario no es libre.

es algo más que una expectativa, es un “derecho preferente” que, desde el momento mismo de la expropiación, ha surgido.

Esta afirmación trae consigo consecuencias trascendentales no exentas de críticas²⁴. Implica por un lado, entender que el derecho de reversión se incorpora tras la expropiación al patrimonio del expropiado. Y si esto es así toda ley que surja suprimiendo el derecho de reversión implicará, a su vez, una expropiación legislativa del derecho de reversión. Por otro lado, esta afirmación supone entender que la reversión es el «negativo» de la causa a que se refiere el art. 33 CE e implica, por tanto, afirmar que la garantía de la reversión forma parte del contenido constitucionalizado de la expropiación forzosa.

Todo este análisis que nos llevan a concluir que el derecho de reversión es un derecho que preexiste a su ejercicio y que, por lo tanto, surge en el momento mismo de la expropiación forzosa aunque no llegue a ejercitarse, nos permite sostener con rotundidad que el ejercicio de éste derecho que comentamos debe entenderse dentro de las previsiones del apartado c) del artículo 272 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por considerarse como una “operación pendiente” al tiempo de iniciarse la liquidación, y susceptible por la misma razón de ejercitarse por los liquidadores sociales.

2.2. El derecho de reversión como una operación comercial nueva

Aunque, como se ha apuntado, no es esta nuestra postura, una vez descartada, tanto por la Audiencia como por el Tribunal Supremo, la posibilidad de considerar el derecho de reversión como una operación pendiente, sólo cabe plantearse si tiene o no encaje en las posibles “operaciones comerciales nuevas”, pero necesarias para la liquidación²⁵.

Históricamente el legislador identificaba liquidación con procedimiento de extinción, se trataba, como apuntan algunos, de una perspectiva únicamente económica del fenómeno que encomienda al liquidador desarrollar determinadas operaciones dirigidas a liberar el patrimonio. Lo cierto es que en la base de estas opiniones “vagaba” la idea de una limitada capacidad de los liquidadores e incluso de la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación.

En efecto, podría pensarse que, como a diferencia de lo que ocurre en su fase activa, la sociedad disuelta sólo puede realizar aquellas operaciones necesarias para la liquidación de la sociedad, su capacidad se modificaría en función de la nueva finalidad, reflejándose dicha limitación en el cese del poder de representación de los liquida-

24. CASINO RUBIO, M.: «Breves consideraciones en torno al nacimiento...», ob. cit., pág. 254 y ss.

25. Conforme establece el artículo 272.c) se faculta a los liquidadores para realizar las operaciones nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.

dores. Seguir esta postura supone limitar la capacidad de la sociedad a los estrictos actos de liquidación. Esta tesis debe ser rechazada puesto que:

1. Si se admite que la sociedad tiene capacidad general, para negar dicha capacidad durante el periodo de liquidación sería necesaria una norma expresa. Tal norma no existe.
2. La situación planteada no puede integrarse en el concepto de capacidad puesto que la sociedad no tiene limitaciones respecto a actos concretos a realizar siempre que vayan dirigidos a la liquidación.
3. La tesis de la capacidad limitada implicaría que la sociedad no quedaría obligada si el acto realizado por sus órganos no viniera exigido por la liquidación. Muy al contrario, la sociedad queda obligada por los actos de los liquidadores, a menos que se pruebe que el acto realizado no estaba vinculado por la liquidación y que los terceros conocían o debían conocer dicha circunstancia²⁶.

Tampoco cabe considerar la pérdida de la personalidad puesto que "la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realice,... y que es muy difícil que la firmeza de tal acuerdo coincida con la terminación de todas las operaciones sociales que no habían llegado a su conclusión y que en ese momento se pueden percibir todos los créditos que existan a favor de la sociedad y que se paguen todos los que contra ella existían y se verifique el reparto del haber partible"²⁷.

También la Dirección General de Registros y Notariado en Resolución de 5 de Marzo de 1996 ha afirmado claramente a estos efectos que "la cancelación de asientos no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma. Se impone la apertura de un proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes".

En efecto, la actividad de la sociedad en liquidación no puede impedir el desarrollo de determinadas actividades comprendidas en el objeto social²⁸. Y ello porque el concepto de "operación nueva" debe tomarse en términos amplios entendiendo que los liquidadores pueden realizar todas aquellas operaciones que hagan más ventajosa, más fácil y más rápida la liquidación de la sociedad²⁹.

26. BELTRÁN, E.: *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid. 1991, pág. 69.

27. Sentencia del Tribunal Supremo 18 de Diciembre de 2000.

28. En efecto puede apreciarse la diferencia entre la referencia del Ccom, en cuyo artículo 228 se limita a *realizar operaciones pendientes* y la de la LSA en la que se refiere a las *operaciones necesarias para liquidar*.

29. BELTRÁN, E.: *La disolución de la sociedad anónima*, ob.cit., 1991. También BROSETA PONT, M y FERNÁNDEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil*, Vol I, Tecnos, 2005, pág. 283.

Las operaciones nuevas no permitidas a los liquidadores serán aquellas que no guarden relación alguna, mediata o inmediata, con la liquidación; operaciones que, lejos de ayudar a la liquidación, intensifiquen o prolonguen la vida activa de la sociedad, porque los liquidadores tiene el deber de liquidar y no el de prolongar el periodo activo de la sociedad disuelta³⁰

Afirma Camara³¹ respecto a las operaciones nuevas, que el liquidador es impotente para crear operaciones comerciales que no respondan a las necesidades de liquidación. Ahora bien, entiende que esta afirmación no debe interpretarse de manera estricta sino *secundum subjecta materia*.

Racionalmente, al decidir los socios la disolución de la compañía entrando en liquidación, se considera que no continuará actuando como antes, pues comportaría dilatar *sine die* la extinción de la empresa enervando aquel acto, al generar nuevas y repetidas relaciones jurídicas; más hay que convenir que en los hechos, normalmente resulta imposible paralizar de golpe el tráfico económico.

Por ello es necesario atender a las circunstancias entendiendo que el liquidador está facultado para realizar todas las operaciones dirigidas a acelerar o hacer más provechosa la liquidación. En este sentido parece que puede realizar nuevas transacciones siempre que sean conexas con el fin propuesto, facilitando la mejor, más rápida o más fácil realización del patrimonio social.

En base a lo dicho reputamos excluidas del artículo 272 c) LSA, las operaciones autónomas que no guarden relación alguna con la liquidación, innecesarias a tal fin, pero no aquellas ligadas con los negocios pendientes o que tiendan a alcanzar una realización provechosa, noción que no debe entenderse en sentido técnico-jurídico sin económico.

Ahora bien, parece, en todo caso que es necesaria la existencia de una relación de medio a fin entre el acto del liquidador y la liquidación de la sociedad. Es decir la operación realizada por el liquidador ha de perseguir desafectar el patrimonio de los vínculos sociales, realizando el activo de la forma más beneficiosa posible. Por ello, se ha de preservar la integridad del patrimonio social en un sentido no solo conservativo sino optimizador³².

Así opina también la jurisprudencia, y en concreto la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Julio de 2002 (EDJ 2002/31203), en la que se niega la casación de la Sentencia de la Audiencia que no consideró dentro de las facultades de lo liquidadores sociales la celebración de un contrato de arrendamiento por no considerarla operación necesaria para la liquidación. Claro está que en la base de la decisión

30. URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 2001, pág. 429.

31. CAMARA H.: *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tipográfica Editora Argentina, S.A., 1959, pág 488.

32. MUÑOZ PEREZ, A.F.: *El proceso de liquidación de la Sociedad Anónima. La posición jurídica del liquidador*, ob.cit., 2002, pág. 127.

tomada por la Audiencia y ratificada por el Tribunal Supremo se encuentra la consideración, por un lado de que el contrato celebrado lo era por un plazo de no menos de 7 años, y por otro en la relación preexistente entre el liquidador único y el titular de la empresa arrendataria, lo que respondía a una interconexión de intereses.

A juicio de NICOLINNI³³ dentro de estas operaciones puede tratarse de: a) adquisición por adjudicación de bienes que corresponden al deudor ejecutado, b) adquisición de las acciones emitidas tras un aumento de capital de la sociedad participada y c) la adquisición de bienes complementarios a otros que ya posee la sociedad y cuya venta conjunta ofrece condiciones de liquidación más ventajosa.

En este sentido cabe por tanto que el liquidador compre nuevos bienes siempre que estas operaciones tiendan:

- a la mejor conservación o incremento del patrimonio social.
- y sean objetivamente útiles para la finalidad de extinguir la sociedad.

Sobre si el derecho de reversión cumple el primer presupuesto se hablará más adelante aunque anticipamos nuestra postura favorable si tenemos en cuenta que la indemnización expropiatoria que habrán de entregar los liquidadores es, tal y como establece el artículo 55 de la LEF, la inicialmente entregada adaptada al índice de precios al consumo. Nadie duda que normalmente los justiprecios entregados no compensan la pérdida del bien expropiado.

Mas problemas puede plantear la consideración de que la reversión sea objetivamente útil para la finalidad de extinguir la sociedad en tanto en cuanto es evidente que lo que hace es dilatarla.

¿En que medida puede considerarse, según el concepto visto, la reversión una operación de esta naturaleza?. Parece evidente que el ejercicio de este derecho no hará ni más fácil ni más rápida la liquidación en la medida en que su práctica requerirá de ulteriores operaciones tendentes a enajenar el bien expropiado ahora revertido, y al reparto de obtenido con la operación.

Es precisamente esta circunstancia la que le sirve a la Audiencia para negar la legitimación que comentamos a los liquidadores. En efecto, en su fundamento jurídico quinto apunta la Sala que:

“... tampoco sea dable hablar de “operación comercial nueva”, precisa para materializar la liquidación, puesto que el ejercicio del derecho de reversión supone un abono de dinero para adquirir un bien que en su momento fue expropiado, operación distinta de las propias de un proceso de liquidación, donde prima la enajenación de activos para obtener dinero y así repartir entre los socios...”

33. NICOLINNI, G.: “Socioglimento, liquidazione de estinzione della società per azioni”, en *Tratatto delle società per azioni*, Torino, 1998, pág. 592.

Puede ser útil a este respecto, seguir la perspectiva de la doctrina alemana que apunta la imposibilidad de señalar negocios jurídicos de los cuales pueda afirmarse en abstracto que no pueden celebrarse, ya que esta determinación solo puede enjuiciarse en atención al fin de liquidar³⁴.

En relación con lo argumentado por la Audiencia, la Sentencia del Tribunal Supremo es contundente. Por un lado, como no podía ser de otra manera, ratifica los argumentos de la Sentencia casada que niegan la posibilidad de considerar el ejercicio del derecho de reversión como una operación comercial pendiente. Ahora bien, disiente el Tribunal con la consideración de este derecho como ajeno a las funciones de los liquidadores puesto que considera que la función de éstos no está regulada como simplemente dirigida a la enajenación del haber social, sino que el artículo 272 de la Ley de Sociedades Anónimas, al precisar la función de los liquidadores, permite interpretar que dentro de las operaciones autorizadas están todas aquellas que posibiliten una mejor conservación o incremento del patrimonio social ya existente siempre que sean útiles para la finalidad de extinguir la sociedad, lo que no puede entenderse con criterio restrictivo como dirigido a obtener la liquidación del patrimonio, sino a hacerlo en las condiciones más económicamente razonables tendentes, sí a la extinción de la sociedad, pero en condiciones de suficiente rentabilidad en beneficio de los socios. En base a todo ello, la Sentencia entiende que el reconocimiento de este derecho permitirá en el periodo liquidativo:

- a. ejercitarlo recuperando el bien expropiado, que exigirá una ulterior transmisión como parte del proceso.
- b. transmitir autónomamente este derecho.

La base del razonamiento del Tribunal Supremo se encuentra exclusivamente en la consideración del derecho de reversión como una operación económicamente rentable que hace por ello más ventajosa la liquidación.

2.3. La reversión como operación económicamente rentable en la liquidación

La consideración de la reversión como una operación comercial ventajosa exige tener una visión cierta de la realidad. En efecto, en puridad si aquél que en su día se denominó justo precio lo fue realmente, la operación de reversión sería siempre desventajosa.

Y ello porque el ejercicio del derecho requiere según el artículo 55 LEF:

34. Tal y como apunta MUÑOZ PEREZ, A. F. en *El proceso de liquidación de la Sociedad Anónima. La posición jurídica del liquidador*, ob.cit, pág 144-145, la dificultad de apreciar el difícil linde entre la extralimitación y la liquidación correcta son problemas que se plantean en términos similares para determinar los criterios objetivos que permiten clarificar y valorar los actos de administración con la pretensión de excluir los ajenos al objeto social.

“... la restitución de la indemnización expropiatoria percibida por el expropiado, actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el periodo comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la de ejercicio del derecho de reversión...”

2. Por excepción, si el bien o derecho expropiado hubiera experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionaran su valor o hubieran incorporado mejoras aprovechables por el titular de aquel derecho..., se procederá a una nueva valoración del mismo...”

Si la indemnización expropiatoria se ajustase siempre al valor real y efectivo del bien, ciertamente la reversión no supondría más que una nueva carga para el reversionista que tendrá que entregar el valor idéntico actualizado al IPC. Es más si el bien ha experimentado un aumento de valor, es necesaria una actualización del “precio” de reversión.

Vistas así las cosas el ejercicio de este derecho nunca resultará rentable. Sin embargo es evidente que los justos precios casi nunca lo son, y que incluso actualizados a la fecha de la reversión, la devolución de los mismos por el expropiado a cambio del bien supone una “activo” para el mismo. Negar esta evidencia es tanto como defender que la expropiación en sí misma tiene la naturaleza de una compraventa en la que libremente se intercambia un bien o derecho por su valor.

Una de las notas caracterizadoras de la expropiación es, y ha sido a lo largo de la historia, la transferencia coactiva o ataque a la propiedad. Toda expropiación implica y ha implicado siempre privación, ablación, limitación o transformación del derecho de propiedad. La propiedad privada es, casi podríamos decirlo así, el objeto directo de la acción que implica la expropiación. Pero si ahondamos en las dos instituciones veremos que el hilo de unión entre ambas va más allá y es tal que podemos concluir que regular la expropiación implica reconocer la propiedad, y ello porque la expropiación se diferencia sustancialmente de la confiscación en el reconocimiento que todo propietario expropiado tiene a una legítima indemnización. La expropiación, por definición no atenta contra el status general de la propiedad, al que presupone³⁵.

Precisamente en base a esta última idea ha habido quienes opinaban³⁶ que la expropiación no implica privación puesto que siempre se sustituye la propiedad por su valor económico.

También el Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha definido la expropiación como una transformación en dinero del valor de la propiedad. Así por ejemplo en

35. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Tecnos, 1988, pág. 158.

36. Así opinaron SANTAMARÍA DE PAREDES, V., en *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, 1888, pág. 727 y 728, y ROYO VILLANOVA, S., en *Elementos del derecho administrativo*, 16ª ed., Valladolid, 1941, pág. 450, para quienes no existe privación en la expropiación sino simple cambio de forma.

Sentencias de 27 de Junio de 1961 (Ar. 2631) y de 17 de Marzo de 1987 (EDJ 2176). En esta última afirmó que:

“La causa de expropiar, legitimadora de la potestad administrativa, transforma un derecho con objeto de categoría patrimonial en un derecho con objeto de valor pecuniario equivalente...” (F.J. 3º).

Vistas así las cosas, la expropiación simplemente transforma el objeto de la propiedad. Pero no solo la expropiación. Siguiendo esta teoría tendríamos que admitir, a diferencia de lo que opinan algunos³⁷, que también hay en el impuesto una mera transformación de lo pagado por el servicio prestado, aunque ésta no sea como en la expropiación, inmediata.³⁸ Y no sólo en el impuesto, sino también en cualquier cambio o compraventa que se produzca entre la cosa y su titular hay una transformación o modificación del derecho.

Y es que esta perspectiva no sólo es limitada sino que, al menos en la actualidad, es absolutamente ingenua. Supone admitir que cualquier bien o derecho es exactamente equivalente a su valor económico, que al expropiado le es indiferente ser propietario de un bien o ser propietario de su valor, de lo cual el carácter necesariamente coactivo de la expropiación hace prueba en contrario. Por encima del valor objetivo que se determine, existe otra valoración subjetiva, particular, propia de cada sujeto interesado, con relación a la cosa. Mientras que para unos tiene sólo un valor sentimental para otros supone una magnífica renta de capital o puede significar el medio para conseguir otra cosa. El valor vendrá determinado en función de la relación del sujeto con el objeto³⁹ y sin que el llamado premio de afección pueda compensar en este sentido la desposesión.

Pero es que además la ingenuidad se manifiesta en presuponer que en toda expropiación se recibe como indemnización el exacto y justo valor económico. Nada más lejos de la realidad. De ello dan fe los numerosísimos procesos contenciosos que reclaman una mejor indemnización.

Desde este punto de vista de la estricta realidad, pero sólo desde el mismo, consideramos que el ejercicio del derecho de reversión puede considerarse económicamente ventajoso a los efectos de la liquidación social.

37. GASCÓN MARÍN, J. en *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público*, Madrid, 1906, afirma que “Así como el impuesto sí priva de ciertos bienes, la llamada expropiación no priva, transforma el objeto de la propiedad. Por ello, la idea de modificación en el derecho del propietario en relación con el objeto sobre que actúa, esclarece la noción de lo que denominándose expropiación forzosa no expropia, no arrebata propiedad; como no supone pérdida del derecho de propiedad la compraventa en que á cambio del objeto vendido, sobre el que se pierde el derecho, se adquiere en compensación derecho de propiedad sobre lo que constituye pago del precio convenido”, pág. 164.

38. RUIZ SERRAMALLERA, R.: “Concepto y Fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social”, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 356-357, 1958.

39. RUIZ SERRAMALLERA, R.: *Ibidem*, pág. 66.

3. Conclusión

No es la primera vez que el Tribunal Supremo hace una interpretación forzada de la Ley para sostener lo que, desde las Sentencias del Constitucional sobre el asunto Rumasa, no se le permite.

Sin duda alguna es, a nuestro juicio, mucho más lógico considerar la reversión como un derecho que se tiene, que nace, en el mismo momento en que se expropia, porque la declaración causal ha de permanecer durante toda la expropiación y con posterioridad a la misma, y por lo tanto, permitir su ejercicio por los liquidadores como resultado de una "operación pendiente" de realización.

La concepción del derecho de reversión como una operación nueva pero más ventajosa para la liquidación resulta artificial y, en todo caso, condicionada caso por caso a la aplicación de un concepto jurídico indeterminado.

Son estos los lodos que trajeron aquellos polvos, polvos que algunos creyeron necesarios para legitimar lo ilegítimo. Una vez abierta la puerta de la más absoluta desvinculación del derecho de reversión con la causa de expropiar ya nada puede asegurar su ejercicio, ni a los liquidadores, ni a los causahabientes, ni a su primitivo titular. Resulta mucho más sencillo legitimar a los liquidadores para el ejercicio de la reversión por la simple vía de equipararlos a cualesquiera herederos, porque la reversión es la garantía misma de la expropiación y del cumplimiento causal, por lo que está pendiente de cumplimiento, que acudir a la difícil interpretación de esta como una operación necesaria para la liquidación.

UN ENIGMA DE LA LEY CONCURSAL: LA NATURALEZA DE LA LLAMADA *RESPONSABILIDAD CONCURSAL* DEL ARTÍCULO 172.3. PANORAMA DOCTRINAL Y SOLUCIONES JUDICIALES

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ
Catedrático de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto
Abogado

SUMARIO

1. Por qué digo “enigma”	325
2. Delimitación del problema	326
3. Panorama doctrinal	332
4. Criterios jurisprudenciales	355
5. Breve reflexión final	368

1. Por qué digo “enigma”

Creo que no es aventurado ni exagerado afirmar que uno de los preceptos de la Ley Concursal (LC) que mayor dificultad de interpretación suscita es el contenido en el apartado 3 del artículo 172.

De hecho, como veremos luego, es patente la división de opiniones en la abundante doctrina que ya se ha manifestado al respecto y la abierta discrepancia que también se advierte entre las resoluciones judiciales que hasta el momento conocemos¹.

Es fundado, pues, hablar de “enigma”, en una acepción de esta palabra en nuestro Diccionario: “Cosa que no se alcanza a comprender, o que difícilmente puede entenderse o interpretarse”. *Enigma* que, como veremos, se traduce en *dilema*, en el sentido de disyuntiva entre dos interpretaciones radicalmente contrapuestas.

Pero la importancia de la cuestión no reside tanto en la divergencia en la forma de entender el precepto (no nos asombrará nunca la existencia de criterios contrapuestos en la exégesis de una norma cualquiera, y tampoco en otras de la misma Ley Concursal), sino en las siguientes circunstancias:

En primer lugar, en las enormes consecuencias prácticas que de ordinario resultarán de la adopción de una u otra de las dos interpretaciones que de la norma pueden hacerse.

En segundo término, en el hecho de que la regla legal que me ocupa está llamada a producir un formidable impacto en la *fenomenología* del funcionamiento de las sociedades mercantiles en nuestro país².

1. Este trabajo está *cerrado* al 4 de junio de 2007. Es la versión resumida del comentario al art. 172 LC, redactado por HERNANDO MENDÍMIL, Javier, y por el autor de estas líneas, para formar parte de un libro que, sobre la totalidad de la Ley, se publicará por Editorial Aranzadi (coordinador, PRENDES CARRIL, Pedro).

2. El precepto se refiere a administradores o liquidadores *de una persona jurídica*, cualquiera, pero es evidente que, en realidad, la previsión sobre su *alcance efectivo* trae a la mente de todos las sociedades mercantiles; más aún: las anónimas y las limitadas.

En tercer lugar, en el hecho de que la exégesis del precepto en cuestión obliga a tener en cuenta (tanto desde el punto de vista conceptual o dogmático, como desde el práctico) el régimen legal general de responsabilidad de los administradores y liquidadores de la Ley de sociedades anónimas (LSA o TRLSA) y de la de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL). Me refiero, desde luego, tanto al sistema de responsabilidad en sentido estricto (art. 133 LSA y art. 69.1 LSRL), como al peculiar de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL.

Así las cosas, no parece inadecuado que la presente aportación consista sobre todo en dejar constancia del *estado de la cuestión* en la doctrina y en la jurisprudencia³. Y al final, con particular cautela, manifestaré brevemente mi opinión sobre la controversia.

2. Delimitación del problema

A continuación me ocupo del encuadramiento legal del objeto de estudio (2.1), expongo en síntesis la alternativa que permite (mejor, impone) la interpretación del art. 172.3 (2.2), me refiero a los supuestos de la llamada *responsabilidad concursal* (2.3) y describo sus características (2.4).

2.1. Encuadramiento legal de la norma objeto de análisis

a. El art. 172 LC, en su conjunto, deriva en último término del 163. Este precepto es el primero del Título VI de la Ley, que lleva por rúbrica "*De la calificación del concurso*". Y es, a su vez, el primero del Capítulo I, de "*disposiciones generales*" (arts. 163 a 166).

El apartado 2 del art. 163 dispone que el concurso se calificará como fortuito o como culpable.

El 164, en su apartado 1, determina que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

Y el apartado 2 enumera una serie de supuestos en los que, "*en todo caso*", el concurso se calificará como culpable.

Por su parte, el art. 165 establece unos supuestos en los que, salvo prueba en contrario, se presume la existencia de dolo o culpa grave.

3. Utilizo esta palabra en su más amplia acepción, por cuanto mencionaré resoluciones de Juzgados de lo Mercantil. A despecho del apartado 6 del art. 1 del Código civil (CC), el art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil llama ya *jurisprudencia* a la doctrina de las Audiencias Provinciales.

Y el art. 166 define a las personas que se consideran cómplices.

- b. Bajo una rúbrica quizá no muy afortunada, el Capítulo II del Título VI (arts. 167 a 175) versa sobre “la sección de calificación”, con preceptos que sobre todo se refieren a aspectos procesales de la sección sexta del procedimiento concursal⁴.
- c. El art. 172, que es necesario contemplar en su conjunto para dar sentido a su apartado 3, reza:

“Artículo 172. Sentencia de calificación.

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

3º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.”

4. He dicho que quizá no sea muy acertada la rúbrica del Capítulo II. Pero podría decirse también, en términos de buena técnica normativa, que lo inadecuado es integrar en ese capítulo el art. 172, así como el 173. Estos preceptos tienen un *contenido sustantivo* que habría justificado su inclusión en el Capítulo I, de “disposiciones generales”.

Es el apartado 3 del artículo el que da lugar a la controversia objeto de este trabajo. Según terminología ya arraigada en la doctrina –aunque quizá un tanto equívoca⁵–, se da en él carta de naturaleza a una llamada *responsabilidad concursal*, cuya naturaleza jurídica debe ser desentrañada para (entre otras cosas) distinguirla de la que se menciona en las últimas palabras del número 3º del precedente apartado 2, esto es, la determinante de la condena “a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

- d. Concuera con el referido apartado 3 el art. 48 de la propia Ley, que se ubica dentro del Título III (“De los efectos de la declaración de concurso”), y más concretamente en su Capítulo I (“De los efectos sobre el deudor”).

Refiriéndose ese art. 48, precisamente, a los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica, sus apartados 2 y 3 rezan:

“2. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

3. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.”

Buena prueba de la relación entre el art. 172.3 y el 48.3 es el hecho de que algunas significativas resoluciones judiciales, de las que luego citaré, recayeron precisamente en casos en los que al juzgador le fue necesario (para aplicar el segundo de dichas preceptos) interpretar el alcance del primero.

- e. Pero, además, la interpretación del apartado 3 del art. 172 obliga a tener presentes, como antes decía, las reglas de responsabilidad de administradores en las sociedades anónimas y en las limitadas. Enseguida veremos cómo la doctrina y la jurisprudencia, cualquiera que sea su posición respecto de la *responsabilidad*

5 Creo que es equívoca, tanto por exceso como por defecto.

concurzal, se ve en la necesidad de establecer la adecuada concordancia entre el art. 172.3 LC, de un lado, y de otro los arts. 133 a 135 y 262.5 LSA (arts. 69.1 y 105.5 LSRL, respectivamente)⁶.

2.2. Las dos interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de la *responsabilidad concursal*

Aunque con ligeros matices diferenciales en algunos casos, bien puede afirmarse que la radical discrepancia en la interpretación del precepto que me ocupa se manifiesta en dos tesis o teorías. Por ahora, basta una esquemática descripción de las mismas.

Una de esas tesis entiende la *responsabilidad concursal* como una responsabilidad por daños, de carácter indemnizatorio⁷, en la que, por consiguiente, debe acreditarse la concurrencia de la especial culpa de los administradores exigida por el precepto (dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia), el daño consistente en los créditos impagados (el déficit patrimonial resultante tras la liquidación) y el nexo de causalidad entre aquella culpa y el daño. También suele decirse que es una responsabilidad *por culpa y daño*, y a veces se lee que es una responsabilidad *culpabilista*.

La otra tesis sostiene que la responsabilidad concursal es una *responsabilidad-sanción*, impuesta *ex lege*, y que por ello tan sólo requiere la concurrencia de los presupuestos (subjetivo, objetivo y material) contemplados en el art. 172.3; no siendo preciso, por tanto, que, una vez haya sido calificado el concurso como culpable, deba acreditarse la concurrencia de relación de causalidad entre el dolo o la culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia y la existencia de un déficit patrimonial tras la liquidación. La doctrina y la jurisprudencia, al referirse a esta tesis, hablan de la *función punitiva* y de la *naturaleza sancionadora* del precepto. También se suele usar la expresión de *pena civil*.

6. La referencia a estos preceptos trae a la mente el también discutido problema de la *compatibilidad* o no de la responsabilidad concursal con la acción individual de responsabilidad o la conocida como *responsabilidad por no disolución*, que también se suele llamar *responsabilidad por las deudas sociales*. Es un sugestivo problema, que en sí mismo justificaría un análisis que en este lugar no procede. Me limito a señalar que sobre la llamada *compatibilidad* (en realidad, posibilidad o no de ejercitar las mencionadas acciones de responsabilidad *dentro del concurso o a la vez que él*) se han pronunciado, en contra, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Asturias de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006/123836) y el auto del Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil de Santander de 13 de febrero de 2006. A favor de la *compatibilidad*, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao, de 29 de diciembre de 2006 (AC 2007/332).

7. Está muy arraigada la expresión *indemnizatorio*, así como la de *resarcitorio*, para sintetizar el carácter que la norma puede tener. Utilizaré estos adjetivos, que no recoge nuestro Diccionario, a modo de licencia gramatical consistente en aplicar el sufijo *-torio*, presente en otros adjetivos que sí se encuentran en nuestro Diccionario, a los verbos *indemnizar* y *resarcir*.

2.3. Presupuestos de la *responsabilidad concursal*

El art. 172.3 contiene tres presupuestos o requisitos necesarios para la concurrencia de la responsabilidad concursal.

- i. Uno de carácter material, consistente en que el concurso sea calificado como culpable y que la pieza de calificación haya sido abierta o, en su caso, reabierta, como consecuencia de la apertura de la liquidación concursal⁸.
- ii. En segundo lugar, el art. 172.3 LC contiene un presupuesto de carácter subjetivo, consistente en que la responsabilidad concursal sólo podrá ser impuesta a quienes ostenten la condición de administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso sea calificado como culpable; estableciéndose además un límite temporal respecto de dicha condición, ya que sólo será exigible la responsabilidad a quienes hubieren ostentado dichos cargos dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso⁹.

8. Se ha criticado por parte de la doctrina el hecho de que la responsabilidad concursal se haya vinculado de forma exclusiva a los supuestos en los que la solución del concurso sea la liquidación y no a aquellos otros en los que tiene lugar la aprobación de un convenio; crítica que se sustenta en el hecho de que es posible la aprobación de convenios que impliquen importantes sacrificios para los acreedores, incluso, eventualmente, de mayor entidad que el resultado de la liquidación.

Algunos autores señalan que la justificación de la opción escogida por el legislador puede encontrarse en la introducción de un mecanismo de presión sobre el concursado para evitar que opte caprichosamente por la liquidación como solución al concurso (solicitud de la que dispone *ex art.* 142.1º LC), así como por el mayor grado de protección del que gozan los acreedores en los casos de aprobación de convenio, como son su iniciativa y participación, la limitación del efecto novatorio que tiene el convenio respecto de las quitas (*ex art.* 136 LC) y la posibilidad de devengo de intereses en caso de espera si queda sobrante tras la liquidación.

Lo cierto es que –a pesar de que la sección sexta de calificación puede formarse (art. 163.1 LC) tanto cuando se apruebe un convenio que establezca una quita superior a un tercio de los créditos o una espera de más de tres años, como en cualquier supuesto de apertura de la liquidación–, el legislador ha optado por que la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC sólo pueda ser impuesta en la sentencia de calificación del concurso en supuestos de liquidación.

9. Procede resaltar el acierto del legislador a la hora de extender dicha responsabilidad respecto de quienes sean administradores o liquidadores de hecho, concepto que fue incorporado en un primer momento por el Código penal de 1995 al regular los delitos societarios (arts. 290 a 297) y posteriormente en la legislación societaria a través de la reforma introducida en el art. 133 LSA por la denominada *Ley de transparencia* de 2003. De esta forma, el legislador incorpora al Derecho positivo un concepto –el del administrador de hecho– que ya venía siendo utilizado por la doctrina jurisprudencial del TS para salir al paso de situaciones (fundamentalmente de fraude) en las que se colocan a sociedades instrumentales o intermediarias

iii. Contiene el art. 172.3 LC un tercer presupuesto, de carácter cuantitativo, consistente en la insuficiencia del activo de la concursada para hacer frente al pago de los acreedores.

En este sentido, la norma establece un límite máximo por el que han de responder los administradores (el déficit existente tras la liquidación), aunque no dispone unos parámetros para determinar el importe de la responsabilidad, dejando al criterio del juez del concurso su concreción.

2.4. Características de la *responsabilidad concursal*

- i. Se trata de una responsabilidad de *carácter personal*, habida cuenta de que lo que se impone a los administradores es responder personalmente con sus bienes presentes y futuros (*ex art. 1.911 CC*) de una deuda de la sociedad que representan.
- ii. Es una responsabilidad *limitada cuantitativamente* en función del déficit que representa la insuficiencia del patrimonio de la concursada, tras la liquidación, para hacer frente a las deudas sociales. Y precisamente por esta razón, destaca la doctrina que la responsabilidad concursal *tiene carácter subsidiario*, en cuanto que sólo es exigible de los administradores cuando, efectuada la liquidación de la masa activa, resulte una insuficiencia patrimonial.
- iii. Es una *responsabilidad que opera sin perjuicio de las demás acciones de que dispongan los acreedores contra los administradores sociales de conformidad con la normativa societaria*; y ello es así desde el momento en que el legislador ha optado por permitir la convivencia de ambos sistemas de responsabilidad, el societario y el concursal.
- iv. Asimismo, se trata de una responsabilidad que, además, *se suma a las consecuencias de carácter necesario previstas en el art. 172.2 LC* para los concursos que sean calificados como culpables, sobre inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, para representar o administrar a cualquier persona, la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Éste es el sentido que entiendo que debe darse a la expresión utilizada por el art. 172.3 LC cuando dispone: "... la sentencia podrá, *además*, condenar a los administradores...". Y es que el apartado anterior del mismo precepto, como se ha dicho, establece una serie de pronunciamientos que de forma *necesaria* se anudan a la calificación del concurso como culpable.

—testaferros— con objeto de eludir, por quienes en realidad controlan la administración social, las consecuencias derivadas de una gestión irresponsable o simplemente negligente.

v. A diferencia de las acciones de responsabilidad contra administradores reguladas en el Derecho societario –la individual *ex art. 135*, la social, *ex art. 134*, y la responsabilidad por deudas sociales prevista en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL–, la responsabilidad concursal *ex art. 172.3 LC* no prevé su carácter solidario, lo que ha llevado a la mayoría de la doctrina a entender que reviste carácter mancomunado por aplicación de la regla general contenida en el art. 1.137 CC.

3. Panorama doctrinal

A continuación recojo opiniones expresadas por la doctrina en torno al problema que me ocupa. Distingo, en sendos apartados, los autores que sostienen cada una de las dos posibles interpretaciones.

3.1. Opiniones en pro de la *responsabilidad por daños*

i. ALONSO UREBA¹⁰ es particularmente representativo de esta tesis, que ha defendido con sólidos argumentos. Circunstancia que determinó, como luego veremos, la particular polémica al respecto con el también Profesor GARCÍA-CRUCES.

Escribió ALONSO UREBA¹¹: “*El régimen legal en materia de responsabilidad concursal que acabamos de analizar y, en particular los aspectos relativos a sus presupuestos, alcance y exoneración, permiten considerar que estamos en el ámbito más general de la responsabilidad civil subjetiva o por daños de los administradores sociales, si bien con las particularidades de régimen que derivan de su ubicación y juego en sede concursal y, además, siempre que el concurso derive en la liquidación.*”

La responsabilidad ex art. 172.3 LC se vincula como presupuesto a la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad imputable a los administradores mediando dolo o culpa grave de los mismos en el incumplimiento de sus deberes de diligencia en el ejercicio de las funciones propias de su cargo (arts. 164.1 y 172.3 LC en relación con los arts. 127.1 LSA y 61.1 LSRL). De ahí que esta responsabilidad concursal deba imponerse por el juez sólo a los administradores a los que quepa imputar el incumplimiento de dicho deber y como consecuencia de ello, la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad,

10. ALONSO UREBA, A.: “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en *Derecho concursal, estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (directores, GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA), Dillex, Madrid, 2003, pp. 533-534 y 544-546. Reiteró su opinión en su comentario al art. 172.3, en *Comentarios a la legislación concursal* (directores, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU), Dykinson, Madrid, 2004, II, pp. 1428 ss.

11. Como en otras citas posteriores, reproduzco únicamente los pasajes más significativos.

de manera que el Juez deberá verificar cual ha sido la conducta seguida por cada uno de los administradores y en base a ello, justificar la particular condena o, en su caso, absolución, [...].

De lo expuesto se deriva que en esencia estamos ante una responsabilidad por daño, concretamente el causado a la sociedad al generar o agravar el estado de insolvencia de la misma, daño que en cuanto tal dará lugar a que los acreedores puedan no ver satisfechos íntegramente sus créditos, siendo por tanto el daño a los acreedores derivativo del daño causado a la sociedad. La Ley Concursal sólo hace jugar esta responsabilidad concursal cuando el daño a la sociedad provoca efectivamente que los créditos de sus acreedores resulten total o parcialmente fallidos, siendo este un aspecto singular de esta responsabilidad, que sin embargo no es óbice a su calificación como responsabilidad por daños.

No se está por tanto ante una responsabilidad-sanción que opere al margen de la noción de daño, como en cambio si ocurre en el ámbito de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL (responsabilidad por no promover la disolución o, en su caso, no solicitar el concurso). En estos casos la Ley impone a los administradores la responsabilidad respecto de todas las deudas sociales para bajo esta amenaza de sanción, forzar la correcta aplicación del régimen de disolución o, en su caso, de solicitud del concurso”.

ii. MAMBRILLA RIVERA¹² dice: “Justifica también la compatibilidad de las disposiciones contenidas en los artículos 262.5 del TRLSA y 105.5 de la LSRL con el juego de la responsabilidad concursal ex artículo 172.3 de la Ley concursal, su distinta finalidad: si por medio de los primeros se impone una responsabilidad-sanción a los administradores por el incumplimiento o la infracción de los deberes legales relativos a la convocatoria de la junta para acordar la disolución de la sociedad, por el contrario, en el sistema de responsabilidad concursal previsto en la Ley lo que viene a sancionarse es el incumplimiento doloso o con culpa grave de los deberes que se imponen a los administradores y que determinan la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada.

Sin embargo, a diferencia de cuanto acontece con las previsiones contenidas en los artículos 262.5 del TRLSA y 105.5 de la LSRL, de las que no parece existir duda acerca de su naturaleza de supuestos legales de responsabilidad-sanción, no creo, por el contrario, que pueda predicarse tal carácter de la norma contenida en el artículo 172.3 de la Ley concursal. El propio tenor literal del precepto –la sentencia «podrá» además, condenar a los administradores–, el hecho de que el Juez pueda, en ejercicio de sus facultades, determinar el pago «total o parcial» del fallido a los acreedores, así como la posibilidad de que pueda dictaminarse en la sentencia de calificación la exoneración de alguno o algunos de los administradores, al demostrarse su no implicación en la generación o empeoramiento del estado de insolvencia, son argumentos que no fundamentan la catalogación

12. MAMBRILLA RIVERA, V.: en *Comentarios a la legislación concursal* (directores, SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 2860.

de la responsabilidad concursal como un supuesto más en nuestra legislación de responsabilidad-sanción, aproximándose más, en mi modesto entender, a los supuestos de responsabilidad-indemnizatoria. De admitirse la catalogación de la responsabilidad concursal como responsabilidad-sanción, entraríamos en un grave conflicto de orden práctico ya que podría darse un claro solapamiento en el ejercicio de las acciones ex artículos 262.5 del TRLSA y 105.5 de la LSRL en relación con la acción ex artículo 172.3 de la Ley concursal, lo que supondría la admisión de la posibilidad, real, de aplicar de forma automática a los administradores las sanciones previstas en las mismas, lo que, a todas luces, debería considerarse como un resultado perverso de nuestro sistema legal"

- iii. HERRERA CUEVAS¹³ opina: "Esta condena posible de la sentencia de calificación se debe censurar por el defecto de la ambigüedad en una norma con ribete sancionatorio esencial.

No existe ninguna pista legal expresa a propósito de por qué los administradores de una persona jurídica, amén de carecer de derechos concursales en o contra la masa activa, también pueden tener la obligación de suplir el pago de créditos insatisfechos por la liquidación de dicha masa, ni tampoco de la medida conforme a la que puede fijarse que dicho suplemento sea total o parcial, o siéndolo parcial, hasta qué punto. []

A pesar de esto, la causa legal que impone la condena no puede ser otra que la negligencia en el desempeño de las funciones del cargo causalmente conectada, en términos de condición adecuada, con la insolvencia de la persona jurídica [...]. Y entonces, el criterio de pago, total o parcial, seguirá a la fijación de la porción del déficit patrimonial que sea asignable causalmente a la conducta negligente de los administradores".

- iv. SARAZÁ JIMENA¹⁴: "La naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de las acciones de los artículos 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la que se exige en la pieza de calificación en virtud de lo previsto en el artículo 172.3 de la Ley Concursal es, como se ha indicado, distinta. Mientras que en el primer caso se trata de una «responsabilidad sanción», por deudas, sin necesidad de valorar la concurrencia de dolo o culpa de los administradores, y sin que sea precisa la previa excusión del patrimonio social, en el segundo caso se trata de una «responsabilidad por daños», en la que es necesaria la concurrencia de dolo o culpa grave y una relación de causalidad entre esa conducta dolosa o gravemente culpable y la generación o agravación de la insolvencia (si bien es cierto que en

13. HERRERA CUEVAS, E.: *Manual de la Reforma concursal*, Europea de Derecho, Madrid, 2004, pp. 604-605.

14. SARAZÁ JIMENA, J.: "Responsabilidad concursal y grupos de sociedades", en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, p. 224, nota 2.

determinados supuestos el legislador tipifica una serie de supuestos, los del art. 164.2, como dolosos o gravemente culposos y generadores o agravantes de la insolvencia, en cuanto determinantes en todo caso de la calificación del concurso como culpable) y la previa excusión del patrimonio social, en cuanto que a lo que puede condenarse a los administradores sociales es a pagar a los acreedores sociales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no acrediban en la liquidación de la masa activa.”

v. SANCHO GARGALLO¹⁵. Este autor defiende que nos hallamos en presencia de una responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. En concreto, dice lo siguiente: “Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de la persona jurídica.” Y a continuación añade que: “Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.2.3º LCon que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de una calificación, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: «la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...». Luego, si puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa”.

vi. CERDÁ ALBERO¹⁶: “La estructura y el contenido normativo del art. 172.3 LC, al disciplinar los presupuestos para la imposición judicial de la condena a los administradores sociales (y, en consecuencia, para el embargo de sus bienes ex art. 48.3 LC), revelan claramente que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad por daños. Para imponer esta condena, se exige sin duda la concurrencia de los tres presupuestos clásicos: una conducta culposa de los administradores sociales (la clasificación culpable del concurso: arts. 172.3, 164, 165 LC), la producción de un daño a los acreedores concursales (que se concreta en no haberse pagado íntegramente sus créditos con el producto de la liquidación concursal: art. 172.3 LC), y el nexa causal entre aquel comportamiento y el daño”.

15. SANCHO GARGALLO, I.: “Calificación del concurso”, en *Las claves de la Ley Concursal* (QUINTANA/BONET/GARCÍA-CRUCES), Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 573.

16. CERDÁ ALBERO, F.: “Leveraged buy-out y situaciones concursales: implicaciones para la entidad de capital y riesgo”, en TRIAS SAGNIER (coordinador), *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España (Entidades y operaciones)*, Marcial Pons-Cuatrecasas, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 301 y ss.

vii. PULGAR EZQUERRA¹⁷: "En torno a la naturaleza y fundamento jurídico de esta responsabilidad, se ha suscitado desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003 un relevante debate doctrinal y jurisprudencial que se polariza entre la naturaleza sancionatoria o de responsabilidad indemnizatoria por daños. Se trata de un pronunciamiento que lejos de adquirir una trascendencia exclusivamente dogmática, que sin duda la tiene, adquiere relevancia práctica particularmente en relación a los mecanismos de completamiento de la masa activa y al ámbito y presupuestos del embargo cautelar, que asegura dicha responsabilidad y en el que a nuestro entender se cifra en gran medida la protección de los acreedores y la conveniencia de declarar un concurso no obstante la inexistencia «ab initio» de masa, así como respecto del sistema exoneratorio de responsabilidad de administradores y liquidadores y plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del art. 172.3 LC (art. 949 del Ccom. si se sigue la tesis sancionatoria y 1961 CC si se acepta la naturaleza indemnizatoria o de daños de esta responsabilidad). []

No obstante, entendemos, abordando el tema de la naturaleza de esta acción de responsabilidad, no desde planteamientos exclusivamente dogmáticos, sino en el marco del conjunto del sistema y en particular, como se ha adelantado, desde su encuadre en el marco de los mecanismos de completamiento de la masa activa, orientados a garantizar los intereses de los acreedores, que deben en todo caso conciliarse con los de los administradores, que no pueden convertirse en la «panacea de los concursos sin masa» o con pasivo subsistente insatisfecho, que los presupuestos legales a los que se condiciona el ejercicio de esta acción de responsabilidad, responden al esquema de la responsabilidad indemnizatoria por daño y por tanto alejada de la responsabilidad sanción por deudas contemplada en el apartado 5 de los arts. 262 LSA y 105 LSRL [...]. En efecto, en el artículo 172.3 LC no se persigue sancionar a los administradores incapaces o deshonestos en conexión con la calificación culpable del concurso, pues dicha sanción la constituye la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de 2 a 15 años, contemplada en el art. 172.2.º LC, sino reparar un daño causado a los acreedores, que se materializa en su insatisfacción tras la conclusión de la liquidación, cuando este daño aparezca causalmente conectado al comportamiento del administrador o liquidador, que con su conducta contribuyó con dolo o culpa grave a generar o agravar el estado de insolvencia, quedando por tanto fuera, conforme dispone el art. 172.3 LC, los supuestos de culpa leve, que encontrarían cobertura a través del ejercicio de una acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA) [...]. Se configura así, en protección específica de los acreedores, una acción de responsabilidad por daño, pero no por daños sin concretar indirectos (acción de responsabilidad social) o directos (acción individual) que presentan el problema en ese marco de su concreción, lo que como la práctica ha demostrado no es fácil, sino por un daño concreto,

17. PULGAR EZQUERRA, J.: "Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: Un problema a resolver (1)", *La Ley*, nº 6696, 19 de abril de 2007, pp. 7 y 8.

individualizado en la Ley Concursal, que no es la apertura de la liquidación en sí, sino la subsistencia de pasivo insatisfecho tras la liquidación [...].

De todo ello se infiere que sólo si hay un daño concretado en que los acreedores no perciban la satisfacción de la totalidad de sus créditos en la liquidación operará esta responsabilidad y no en supuestos en que aun desembocando el concurso en liquidación y siendo el concurso culpable no resulte pasivo insatisfecho. Por ello, sólo será condenado el administrador de hecho o de derecho que haya generado o agravado con su conducta la insolvencia, determinando su participación en dicha generación o agravación, el alcance de su responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos, que debe ser condenado a pagar, pues «en la medida en que el administrador afectado por la calificación del concurso culpable sea responsable de los hechos que justifiquen esta declaración, también lo será de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales» (así Fundamento de Derecho 2º, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de febrero de 2006) operando de otro modo la exoneración de dichos administradores. A esta interpretación coadyuva el condicionamiento de esta responsabilidad a la apertura de la calificación, en conexión exclusivamente en la liquidación, lo que puede resultar cuestionable sobre la base de la interpretación sancionatoria de esta responsabilidad, pero coherente en el esquema de responsabilidad por daños, pues sólo en ésta podría acontecer el daño que desencadena la responsabilidad, esto es, el pasivo insatisfecho y no así en supuestos de convenio. En efecto, la eficacia novatoria del convenio (art. 136 LC), a la que ya se ha hecho referencia, determina que los créditos de los acreedores ordinarios, subordinados y de los privilegiados, que hubieran votado a favor del convenio, queden extinguidos en la parte a que afecte la quita y aplazados en su exigibilidad, por lo que en estos supuestos no resultaría pasivo insatisfecho. No constituye óbice a nuestro entender, para sostener la naturaleza indemnizatoria o por daño de esta responsabilidad, el artículo 172.2.3º LC que contempla entre otros aspectos, respecto de cómplices y personas afectadas por la calificación, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, lo que en ocasiones se argumenta en apoyo de la tesis de la naturaleza sancionatoria de esta responsabilidad. Probablemente, la duplicidad, presente en la Ley Concursal 22/2003, de responsabilidad indemnizatoria vía art. 172.2.3º y 172.3 encuentre su explicación en el precedente de estos preceptos que se sitúa en la propuesta de Reforma de 1995. [...].”

viii. SÁNCHEZ CALERO¹⁸, aunque reconoce que la norma tiene un cierto carácter sancionador, se pronuncia a favor de considerar a la responsabilidad concursal como un supuesto de responsabilidad por daños. Opina: “La responsabilidad establecida por el artículo 172.3, si la ponemos en relación con la que deriva de los artículos 262.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL tal como la interpreta

18. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 455.

nuestra jurisprudencia en la que es irrelevante el daño y la culpa, ya que con ella se intenta imponer una sanción civil a los administradores por el incumplimiento de determinados deberes (la no convocatoria de la junta general para que acuerde la disolución de la sociedad o, de forma subsidiaria, el no solicitar la disolución judicial), habremos de considerarla como una responsabilidad por culpa agravada (culpa grave o dolo) en la que entra en juego el daño sufrido por los acreedores (que variará conforme a la calificación de su crédito, teniendo en cuenta el pago de los mismos de acuerdo con lo previsto en los artículos 155 a 158 de la LC) y derivado de la generación o agravación de la insolvencia por la conducta de cada uno de los administradores. De ahí, que frente al automatismo de la responsabilidad-sanción del régimen de los artículos citados de las leyes de sociedades, en este caso opere con una finalidad resarcitoria no exenta de un cierto carácter sancionador, que sólo se cumple si el juez estima que, junto al daño sufrido por los acreedores al no percibir la totalidad de importe del crédito, se prueba la existencia de una relación de causalidad entre la conducta dolosa (o con culpa grave) de cada administrador y ese daño. Precisamente por esto, mientras que en la responsabilidad-sanción de los artículos 262 y 105 citados no opera en forma alguna el artículo 133.3 de la LSA conforme la doctrina jurisprudencial dominante, en la responsabilidad concursal del artículo 172.3, el juez habrá de valorar en el supuesto de que la sentencia que declare el concurso culpable condene a alguno de los administradores, de hecho o de derecho (sean los últimos o los precedentes) si se les puede imputar, con el grado de culpa indicado, el daño ocasionado a los acreedores o no".

Y concluye diciendo: "En definitiva, puede afirmarse que frente a la responsabilidad de los administradores por deudas, concebida en forma ruda y torpe por el legislador, como una responsabilidad solidaria de los administradores «por todas las deudas sociales» (art. 105.5 de la LSRL y 262.5 de la LSA), la LC impone a los administradores, nuevos o antiguos, de derecho o de hecho y, en su caso a los liquidadores, una responsabilidad civil, que ha de ser «civilizada» por la discrecionalidad y el buen criterio del juez. Se contrapone a una responsabilidad de perfiles duros y toscos –propios de un Derecho primitivo– una responsabilidad que trata de ser justa y medida, donde se ha de poner de manifiesto la laboriosidad, inteligencia y finura jurídica del juez ayudado por los administradores concursales".

ix. PRENDES CARRIL¹⁹ mantiene una postura intermedia entre la responsabilidad por daños y la responsabilidad-sanción. Este autor dice:

"Mi parecer, dicho sea con todas las cautelas, es que estamos preponderantemente ante una responsabilidad por daño, resarcitoria o indemnizatoria y, por lo tanto, requiere el triple clásico requisito de la existencia de un daño (créditos de los acreedores fallidos), una culpa (generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave), y una relación causal entre ésta y aquél (la generación o agra-

19. PRENDES CARRIL, P.: "La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal", *Aranzadi Civil*, núm. 11/2004, BIB 2004/1569.

vación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave ligados causalmente con el hecho de que los créditos resulten fallidos). El art. 172.3 LC establece que «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (no por tanto, en el supuesto de convenio, aun cuando rebase los límites que señala el art. 163.1.1º LC), la sentencia podrá (es decir, la condena no tiene un carácter de necesidad como parecería más lógico si de una sanción civil por concurrir unos presupuestos objetivos e incumplimientos legales se tratara, tal y como así se previene en los supuestos contemplados en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, en sede societaria), además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable (acaso aquí resulte embebida la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta activa u omisiva de los administradores que devengan responsables, al modo en que opera el incumplimiento legal en el ámbito de la responsabilidad por deudas, 262.5 LSA), y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente (la condena a quienes resulten responsables es modulable, total o parcialmente, moderación que únicamente cabe sostener si se anexiona al grado de culpa del agente y a la relación de causalidad entre aquella y el daño efectivamente producido, lo que en el ámbito de la conocida responsabilidad por deudas, ex lege o pena civil, no tiene lugar), el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa» (límite máximo en la responsabilidad que hace referencia al daño efectivamente producido).

Ello pese a que la dicción del precepto tiene algunos visos que nos recuerdan la aludida responsabilidad sanción, por cuanto se hace depender la posible condena a unos presupuestos dados como son la calificación del concurso, la apertura del proceso liquidatorio y la existencia de créditos fallidos, sin que de su dicción textual resulte clara ni expresamente la necesidad de otros requisitos como son la culpa o el nexo causal. Por otra parte, la atribución de una naturaleza objetivada, pena civil, a la responsabilidad ligada al art. 172.3 LC explicaría mejor la compatibilidad y régimen de relaciones entre las distintas acciones de responsabilidad de los administradores, concursales y societarias, cuya problemática abordaré posteriormente, así como con la responsabilidad puramente indemnizatoria que se establece en el art. 172.2, 3º LC que la propia sentencia de calificación del concurso como culpable también podrá acordar respecto de las personas que resulten afectadas por la calificación, entre las que pueden incluirse los administradores o liquidadores de la persona jurídica deudora. Si el legislador ha querido separar la responsabilidad de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, cuyo concurso se califique como culpable en un párrafo aparte, y en los términos que la misma aparece redactada, acaso sea porque la está objetivando, configurándola al margen de la idea de culpa y de la relación causal. En definitiva, parece más bien que estamos ante una responsabilidad a caballo, a modo de tertium genus, entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad sanción, sin perjuicio de la incidencia que tanto la culpa como la relación causal deben tener en dicha responsabilidad.

La facultad que el juzgador tiene para condenar a los administradores en la sentencia de calificación y su moderación, en todo o en parte, puede parecer en una

primera impresión que va a estar en función del grado de culpa en su conducta y de la relación causal que la misma haya tenido con el daño ocasionado, dentro del límite máximo correspondiente al importe de los créditos fallidos de los acreedores en la liquidación concursal, sin embargo, cabe otra interpretación que salvaría los importantes escollos apuntados para la consideración de la responsabilidad sanción, pues el término podrá y la condena a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, puede tener su fundamento en que desde la declaración del concurso hasta el final del proceso liquidatorio –que es donde se comprueba la efectividad del daño producido, es decir, el importe de los créditos fallidos– pudieron haber ocurrido hechos o actos que escapan a toda diligencia exigible, o incluso, negligencias por parte de la propia administración concursal, no imputables a los administradores societarios, que tengan una incidencia directa en el resultado dañoso, es decir, en la existencia en más o en menos de créditos fallidos.”

3.2. Autores que adoptan la tesis de la **responsabilidad-sanción**

i. LLEBOT MAJÓ²⁰ fue precursor en esta línea interpretativa, puesto que la expuso a la luz de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995, elaborada por el Profesor ROJO FERNÁNDEZ-RIO.

Escribió entonces: “Lo primero que debe señalarse es que estamos ante una sanción y no se trata en absoluto de una acción más que los síndicos o los interventores puedan ejercitar contra los administradores con el fin de reintegrar el patrimonio social. El carácter sancionador de la medida queda manifiesto si se observa el carácter punitivo de la misma. En efecto la obligación de cubrir la totalidad o parte del déficit patrimonial del deudor está absolutamente desvinculada del daño que la conducta de los administradores haya causado el patrimonio del deudor, pues este daño será en su caso objeto de reintegración mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Es claro, por tanto, que la medida no puede tener carácter indemnizatorio y que, dada la amplitud de la misma, puede ser correctamente calificada como sanción de carácter punitivo.”

ii. GARCÍA-CRUCES²¹ es, probablemente, el autor que con mayores argumentación y vehemencia ha defendido esta línea interpretativa. En su trabajo citado en la nota, dice²²:

20. LLEBOT MAJÓ, J. O.: “La responsabilidad concursal de los administradores”, *RGD*, año LV, núm. 657, junio de 1999, pp. 7564 y ss.

21. GARCÍA-CRUCES, J. A.: “La responsabilidad concursal”, en *La responsabilidad de los administradores* (directores, ROJO, A. y BELTRÁN, E.), Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 271-280. Manifiesta la misma opinión en otros trabajos que no es necesario citar ahora.

22. Espigo los pasajes más significativos, procurando no romper la unidad del discurso, y aunque sea a costa de una cita muy larga.

“Frente a este parecer, no ha faltado la opinión de quien entiende el carácter puramente resarcitorio a que obedece la responsabilidad ex artículo 172.3 de la Ley Concursal. Esta consideración meramente resarcitoria de la responsabilidad concursal, junto con plantear el problema de su difícil justificación al amparo de cuanto dispone la LC, además es causa de gravísimos problemas de coordinación entre esta responsabilidad por el fallido concursal y el régimen, así como su procedencia, de las acciones generales de responsabilidad de los administradores –y, en su caso, liquidadores– de la sociedad ahora en concurso, como luego después habrá ocasión de comprobar [...].

En la anterior cita viene a resumirse la configuración de la responsabilidad concursal como responsabilidad por daños, cuya especificidad derivaría de las particularidades de la situación concursal en que procede. Esta opinión, no obstante, pudiera ser objetada por, al menos, dos razones, ya que vendría a constituir una previsión superflua, dada la vigencia del régimen general de las acciones de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad ahora concursada (cfr. art. 48.2 LC), a la par que implicaría una restricción injustificada de la procedencia de la súplica resarcitoria, ya que la misma –frente a cuanto previene el citado régimen general– sólo resultaría procedente en los supuestos de liquidación y bajo los presupuestos que anteriormente se señalaran.

Ahora bien, para mejor comprender y valorar esta posible caracterización de la responsabilidad ex artículo 172.3 de la Ley Concursal como una responsabilidad por daño, será necesario atender a aquellos argumentos que les permite a sus defensores llegar a tal conclusión.

En primer lugar, y con un limitado valor argumentativo, se nos dice que «no basta sin embargo con el estado de insolvencia que abre la vía concursal para que entre en juego la responsabilidad concursal de los administradores. Es preciso, además, la imputabilidad a los administradores de la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad mediando dolo o culpa grave al respecto (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Este presupuesto pone de manifiesto que se está en el ámbito de la responsabilidad civil subjetiva o por daños que exige la imputabilidad, aún cuando en este caso se trate de una imputación agravada en tanto se exige el dolo o al menos la culpa grave» [...]. Sin embargo, me parece que con tal argumento lo único que viene a hacerse es recordar alguno de los presupuestos que requiere la aplicación de cuanto dispone el artículo 172.3 de la Ley Concursal, para añadir –a continuación– la necesidad de que la conducta que la norma contempla sea imputada a los administradores sobre los que puede recaer tal condena. Pero, tales afirmaciones no pueden llevar a la conclusión pretendida, pues también la construcción de esta responsabilidad por el fallido concursal como una responsabilidad-sanción viene a requerir un criterio de imputabilidad, aún cuando sea a título de culpa cualificada (dolo, culpa lata), tal y como antes hubo ocasión de exponer. [...]

Con idéntica finalidad de advenir el carácter indemnizatorio de esta responsabilidad concursal, se advierte que «el criterio de medida de imputabilidad de la responsabilidad personal e individualizada a cada uno de los administradores no

es otro sino el de imputabilidad a cada uno de ellos del daño generado a la sociedad al contribuir a la generación o agravamiento del estado de insolvencia. Es el grado de participación de cada uno de los administradores en ese daño directo a la sociedad y derivativo a los acreedores, lo que servirá de criterio a la sentencia de calificación respecto del alcance subjetivo y cuantitativo de la responsabilidad concursal. Esto no es responsabilidad-sanción-punitiva, sino responsabilidad por daños y en función de la contribución de cada uno de los administradores a ese daño» [...] Desde luego, y por las razones que antes expusiera, es absolutamente acertado advertir que el criterio de imputación a los administradores va a hacerse depender de la particular actuación seguida por cada uno de ellos, pues en razón de cuál haya sido ésta (dolo, culpa lata), se concretará en la sentencia de calificación, de forma individualizada, el alcance que tal pronunciamiento ha de tener. Ahora bien, este argumento poco ayuda a la finalidad pretendida, pues ese criterio de valoración individualizada de la conducta resulta ser más adecuado para los supuestos de responsabilidad-sanción que no respecto de aquellos otros que responden a una simple finalidad resarcitoria. La caracterización del régimen general de responsabilidad de los administradores en nuestro Derecho positivo (arts. 133 y sigs. LSA), y del que, desde luego, no hay duda alguna acerca de su significado indemnizatorio, no discrimina en atención al grado de culpa que en relación con la producción del daño caracteriza el actuar de cada administrador, viniendo todos ellos a ser responsables del que efectivamente se causara a la sociedad, socios y terceros, según los casos. [...] La relevancia del distinto proceder de los administradores sólo es posible en un contexto muy distinto al propio de una responsabilidad indemnizatoria, en donde el grado de culpa deviene irrelevante. Por el contrario, si la construcción de la responsabilidad exigible por este concepto responde a cánones propios de la sanción civil, entonces cobra todo su significado... [.]

Pese a estas consideraciones, parece más acertada la afirmación de que, de acuerdo con el texto legal, en la responsabilidad concursal el origen o empeoramiento del estado de insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño para la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta, como es el de sancionar la conducta seguida por los administradores, procurando un mecanismo de cobertura del fallido concursal. La existencia del daño y su imputación no justifica la responsabilidad sancionada en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, pues –en todo caso– la imputación requerida ha de ser cualificada (dolo, culpa lata) y, además, la procedencia de aquella responsabilidad se reserva para los supuestos de liquidación. [...]

La construcción de la acción ex artículo 172.3 de la Ley Concursal como la derivada de una responsabilidad resarcitoria vendría a suponer el carácter manifiestamente superfluo de la norma, dada la regla expresa de compatibilidad en el concurso entre aquella y el régimen general de responsabilidad de los administradores que acoge el artículo 48.2 de la Ley Concursal. En efecto, con tal caracterización de la responsabilidad por el fallido concursal se estaría afirmando una duplicidad de regímenes para conseguir un mismo resultado; esto es, la reparación del daño causado a la sociedad ahora concursada y, de forma derivada, a sus acreedores. [...]

Pero, además, la afirmación del carácter meramente reparatorio de la responsabilidad concursal lleva a ciertas conclusiones de muy difícil justificación. En primer lugar, y a fin de mantener tal construcción respecto de este tipo de responsabilidad, resultaría necesario –en puridad– excluir la aplicación del régimen general de responsabilidad resarcitoria acogido en la normativa societaria en los supuestos en que fuera declarado el concurso de la sociedad a la que estos administradores sirven, a fin de evitar una duplicidad –innecesaria– de regímenes con igual finalidad. Desde luego, podría compartirse la bondad de tal solución, pero frente a ella nos encontraríamos el tenor literal del artículo 48.2 de la Ley Concursal [...]

Pero, también, y si se entendiera salvado –lo que no es posible– el anterior obstáculo, las conclusiones a las que nos llevaría una configuración de la responsabilidad ex artículo 172.3 de la Ley Concursal como responsabilidad indemnizatoria serían seguramente inaceptables. En efecto, no podría justificarse, pues resulta contrario a elementales exigencias de nuestro Derecho positivo, que la procedencia de la reparación del daño quedara limitada a los supuestos en que el agente hubiera procedido con dolo o culpa lata, viniéndose a excluir toda suerte de resarcimiento en cualquier otro supuesto en que se hubiera procedido con distinto grado de culpabilidad. [...]

Pero, no sólo existen razones suficientes para rechazar la consideración de la responsabilidad ex artículo 172.3 de la Ley Concursal como un supuesto indemnizatorio sino que, también, el propio texto legal ofrece motivos más que relevantes para concluir en su tipificación como un supuesto de responsabilidad-sanción. En este sentido, habrá que atender al resto de previsiones que dispone la Ley Concursal en sede de calificación del concurso, pudiéndose entonces comprobar cómo, entre otros pronunciamientos que contendrá la sentencia de calificación, en tal resolución el juez del concurso condenará, en su caso, a las «personas afectadas por la calificación», entre los que necesariamente habrá que incluir a los administradores y liquidadores, «a indemnizar los daños y perjuicios causados», tal y como ordena el inciso final del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal. Esta pretensión resarcitoria a favor de la masa activa permite deducir las pertinentes pretensiones resarcitorias que, en razón de las concretas circunstancias, pudieran hacerse valer (ad ex. indemnización ex art. 73.2 LC). [...]

Y, en este sentido, parece que tal explicación sólo puede ser aquella que manifiesta el carácter sancionatorio de la responsabilidad ordenada por el artículo 172.3 de la Ley Concursal. Esta configuración del tipo de responsabilidad que nos ocupa parece obedecer a una concreta finalidad de política jurídica, pues viene a mostrar la constatación de las insuficiencias del régimen general de responsabilidad de los administradores durante la vigencia del Derecho Concursal codificado. Las disposiciones del Código de Comercio, reguladoras de la institución concursal no excluían la posible aplicación de las previsiones acogidas en los artículos 133 y sigs. LSA, tal y como venía a destacarse por nuestra doctrina más autorizada [...]. Nuestra experiencia concursal no era, precisamente, satisfactoria en lo que hace a la valoración de las conductas, en particular respecto de las desarrolladas por los administradores sociales, que se habían seguido con ocasión del estado

de insolvencia. El resultado a que conducía la aplicación de aquellas normas generales y de carácter indemnizatorio distaba mucho de los resultados que serían deseables. Por ello, cabe lícitamente entender que la responsabilidad concursal obedece a una finalidad distinta, pues responde a un deseo de moralización de las conductas, a fin de reprimir aquéllas que, actuadas con ocasión de la producción o del empeoramiento del estado de insolvencia, pudieran considerarse más graves. Esto es, estamos ante una responsabilidad sanción con la que quiere asegurarse la vigencia de unas exigencias éticas mínimas (*dolo, culpa lata*)”.

- iii. ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS²³ señala: “Un sector de la doctrina mantiene que la obligación de cubrir el déficit patrimonial es una sanción de carácter punitivo, no una indemnización por un daño causado a la sociedad o a un acreedor. Otro sector defiende que no se trata de responsabilidad-sanción-punitiva, sino de responsabilidad por daños.

El art. 172.3 LC no contempla que los administradores, o liquidadores, repongan el patrimonio social, la masa activa, al estado que tendría si no se le hubiese producido un daño mediante un acto u omisión suyo, sino que autoriza al Juez a imputarles el déficit patrimonial íntegro. Se trata, por lo tanto de una sanción legal similar a la que denominamos «ope legis»... que, como aquélla, requiere la imputabilidad de una infracción a un administrador, que pasa a ser responsable de las deudas sociales. La sanción legal del art. 172.3 LC es menos severa que la que contienen, entre otros, los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, que atribuyen a los administradores una responsabilidad solidaria, y no subsidiaria como el art. 172.3 LC, y no dan un margen de arbitrio –«total o parcialmente»– tan grande al Juez.

La Ley Concursal quiere que, dado un presupuesto: la causación o agravamiento doloso, o gravemente culposo, de la insolvencia por ciertos administradores, o liquidadores, se produzca una consecuencia: la atribución a éstos de la responsabilidad de cubrir el déficit patrimonial. El Juez del concurso, en equidad, podrá aplicar, o no, esta responsabilidad y, en caso de aplicarla, la podrá individualizar, modulando condenas diferentes según la participación que cada administrador haya tenido en tal causación o agravamiento”.

- iv. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA²⁴ analizan la cuestión a la luz de la reforma efectuada en los arts. 265.5 LSA y 105.5 LSRL por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, de Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, diciendo: “Con la versión 2005 se reduce claramente el ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por no disolución forzosa, que deja de estar constituido por todas las obligaciones sociales (o todas las deudas sociales, como decía expresamente el artículo 105.5 LSRL). Esta reducción se pretendió

23. ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A.: en *Comentarios a la Ley Concursal* (directores, SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A.), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1791-1792.

24. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I.: “Artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL (versión 2005)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 26, 2006, pp. 647 ss.

justificar, en la exposición de motivos de la enmienda que la introdujo en la LSA, en establecer una sanción menos gravosa para los administradores que la prevista en la Ley concursal para los casos de insolvencia. Nótese en este punto que el legislador está haciendo, entendemos, mención indirecta al artículo 172.3 LC y está considerando que tal precepto establece también una sanción para los administradores, argumento que debe ser un apoyo más para zanjar el debate doctrinal acerca de si la responsabilidad de los administradores contemplada en el señalado precepto concursal es una responsabilidad por daños o una responsabilidad sanción, en la medida en que el legislador da por supuesto que se trata de una sanción. Parece, por tanto, como si el legislador pretendiese diferenciar entre dos regímenes de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: un régimen más agravado, desde el punto de vista de las obligaciones sociales de las que deben responder los administradores, que es el previsto en la LC para los supuestos de insolvencia de la sociedad; y un régimen más suave, desde esa misma perspectiva objetiva, que es el contemplado en la legislación de anónimas y limitadas para los supuestos de disolución forzosa de sociedades de capital no insolventes”.

- V. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA²⁵ entiende: “Cuestión particularmente controvertida en los primeros comentarios al art. 172.3 de la LC es, sin duda, la relativa a la naturaleza de la responsabilidad concursal. Partiendo del dato normativo de que la generación o agravación del daño no es sino un supuesto de incumplimiento del deber genérico de diligencia, de tal suerte que la responsabilidad concursal se anuda ministerio legis al daño patrimonial causado a la sociedad por los administradores, sin perjuicio, claro está, de que derivativamente el daño a la sociedad afecte también a los acreedores al incidir en la solvencia de la sociedad dando lugar, en su caso, a que sus créditos puedan resultar total o parcialmente fallidos tras la liquidación concursal, ALONSO UREBA ha defendido con alguna rotundidad la consagración en el art. 172.3 de la LC de un régimen de responsabilidad subjetiva, y, en consecuencia, la improcedencia de calificar esta disciplina como «una responsabilidad-sanción que opere al margen de la noción de daño, contrariamente a lo que sucede en el ámbito de los arts. 262.5 de la LSA y 105.5 de la LSRL...», en los que, por el contrario, la Ley impone a los administradores la responsabilidad «respecto de todas las deudas sociales para, bajo esta amenaza de sanción, forzar la correcta aplicación del régimen de disolución o, en su caso, de solicitud del concurso» (ALONSO UREBA, p. 545).

No es seguro, empero, que esta orientación pueda compartirse. Ni lo es tampoco, en consecuencia, que la responsabilidad de los administradores sea una responsabilidad por culpa absolutamente vinculada a la causación de un daño. El argumento a favor de esta calificación al amparo de que quedan exonerados de responsabilidad aquellos administradores que acrediten que efectivamente no les es imputable, al no haber instado o procurado la disolución o, en su caso, la

25. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinadores, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 714 y 715.

solicitud del concurso, no convence porque también en el ámbito del art. 262.5 de la LSA juegan las cláusulas de exoneración individual, toda vez que si un administrador prueba que no ha intervenido en la decisión que supone incumplimiento y que desconocía, sin culpa por su parte, la concurrencia de una causa de disolución, o que, conociendo esa situación, hizo lo conveniente para que el incumplimiento no se produjera, o que se opuso expresamente a la decisión de incumplir, habrá demostrado que tal incumplimiento no le es imputable y quedará exonerado de responsabilidad. Esta particular automaticidad en el mecanismo preconcursal establecido en el art. 262.5, que consagra inequívocamente una responsabilidad-sanción, viene no obstante, atemperado por el juego de la exoneración individual, circunstancia que se da igualmente en el art. 172.3 de la LC. No le falta, por tanto, razón al profesor GARCÍA CRUCES cuando señala que «en la responsabilidad concursal ese origen o empeoramiento del estado de insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño para la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta, como es la de sancionar la conducta seguida por los administradores procurando un mecanismo de cobertura del fallido concursal», lo que subraya en definitiva la finalidad «sancionatoria-punitiva» y no resarcitoria de la responsabilidad concursal».

- vi. MACHADO PLAZAS²⁶, en notable monografía, expone una excelente síntesis de la cuestión, con desarrollo de los argumentos en favor de una y otra interpretaciones.

Después de exponer los que avalan la tesis de la responsabilidad-sanción, desde el punto de vista de la interpretación auténtica y de la sistemática, el autor concluye: *“Aunque las dos objeciones anteriores resultan, a nuestro juicio suficientes, debe constatarse, en tercer lugar, que el propio art. 172.3 LC ofrece argumentos suficientes para fundamentar que nos hallamos ante una responsabilidad-sanción. El análisis del contenido objetivo de la responsabilidad no es un daño causado a la sociedad o a los acreedores por el administrador o liquidador. No se repara daño alguno al patrimonio social o individual de los acreedores, sino que la condena consiste en pagar la totalidad o parte del déficit patrimonial. No es, en definitiva, una responsabilidad por daños, sino, más bien, una responsabilidad por deudas sociales, en el ámbito concursal.*

A nuestro juicio, la norma tiene un claro matiz sancionador y utiliza una técnica legal parecida a la del artículo 262.5 LSA. Como en el caso de la responsabilidad por deudas sociales ex art. 262.5 LSA, la función sancionadora se complementa con una utilísima función de satisfacción de los créditos de los acreedores sociales no satisfechos con la liquidación concursal. De la misma forma, la sanción responde a la infracción de deberes legales por parte de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho. En ese sentido, la sanción opera como una medida de prevención general del cumplimiento de no sólo determinados debe-

26. MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 261-270.

res preconcursales, sino además concursales, cuya infracción fundamentará la calificación del concurso como culpable.

Frente a los actos ilícitos contemplados en los arts. 164.2 y 165 LC, el legislador tipifica una responsabilidad por el déficit patrimonial sin necesidad de vincular la sanción a la provocación o agravación de la insolvencia.

Probablemente, los partidarios de la tesis de la responsabilidad por daños, se amparen especialmente en los presupuestos de la cláusula general de concurso culpable, prevista en el art. 164.1: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave (...) en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho», pero ello no justifica por qué el art. 172.3 LC no prescribe que los administradores, o liquidadores, repongan el patrimonio social, la masa activa, al estado que tendría si no se le hubiese producido un daño mediante su acto u omisión culposa. Por el contrario, el legislador autoriza al Juez a condenar a aquéllos al pago, total o parcial, a los acreedores concursales del importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. El Derecho concursal español instaura una nueva sanción legal o responsabilidad *ex lege* en tutela de los acreedores sociales, al tiempo que mantiene la sanción *ex lege* prevista en el artículo 262.5 LSA.

De otra parte, la tesis de la responsabilidad-sanción ha sido acogida por la doctrina concursal española y por un sector destacado de jueces especialistas de lo mercantil.”

- vii. BELLO MARTÍN-CRESPO²⁷: “Este carácter subsidiario de la responsabilidad lleva a excluir su posible naturaleza indemnizatoria por daño culpable, como la derivada de los artículos 133 y siguientes del TRLSA: admitiendo, al menos teóricamente, que el daño causado por cada administrador pueda aislarse de cara a la cuantificación de la condena, ésta, en su conjunto, será independiente del criterio del daño en el sentido de que no cubrirá necesariamente el total del ocasionado a los acreedores, sino sólo la parte de los créditos no satisfecha en la liquidación. Tampoco puede hablarse de una responsabilidad objetiva por riesgo, ya que se trata de una responsabilidad vinculada a una actuación culpable del administrador, precisamente en el caso de que el concurso sea calificado como fortuito, concurso que puede considerarse como un riesgo de empresa, resulta imposible la condena a los administradores. Se trata de una responsabilidad personal en la que no es suficiente para la imputación individual la mera pertenencia al órgano, sino que es precisa la prueba de la personal participación en el origen o agravamiento del concurso.

27. BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: “Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal”, en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, II, pp. 1692-1694.

Como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, este tipo de consecuencia patrimonial, que se impone como condena por la contribución culpable de los administradores a la insolvencia de la sociedad que administran, tiene la naturaleza de una sanción civil, sanción que se añade a otras sanciones de responsabilidad por deudas ya previstas para los administradores en nuestra regulación mercantil, señaladamente la responsabilidad contemplada en el artículo 262.5 TRLSA. Sin embargo, a diferencia de lo previsto en la norma societaria, no se trata de una responsabilidad exclusivamente vinculada al incumplimiento de precisas obligaciones legales por parte de los administradores. La calificación en la LC no está vinculada a un elenco taxativo de supuestos contemplados en la norma, como ocurría en la derogada regulación de nuestro CCo, sino a una cláusula general (art. 164.1) que cubre cualquier comportamiento que contribuya culpablemente al origen o agravamiento de la insolvencia de la sociedad (cuya prueba, eso sí, se facilita con determinadas presunciones). De modo que, en todo caso, el presupuesto de la responsabilidad sería el incumplimiento de los deberes que la Ley impone a los administradores tal y como se contemplan en los artículos 127, 127 bis, ter y quáter del TRLSA y demás normas de Derecho societario. Pero es que, además (también en esto hay diferencia con lo previsto en el art. 262.5 TRLSA), la responsabilidad concursal no sanciona el incumplimiento de obligaciones en sí mismo considerado, sino en la medida que concurra culpa grave o dolo y tenga un vínculo de causalidad con el origen o agravamiento de la insolvencia”.

- viii. GARNICA MARTÍN²⁸: “... en suma, creo que resulta evidente que se está en presencia de una responsabilidad sanción del mismo corte que la prevista en el art. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL. Es más, aún creo que es más evidente en este caso el carácter sancionador de esta responsabilidad por el hecho de que el legislador haya establecido ese amplio arbitrio judicial, de carácter similar al que tiene el juez en la imposición de las penas, tantos las civiles (art. 1154 CC) como en las penales. No es contrario a ese carácter sancionador la exigencia de culpa. Igual que ocurre en el ámbito de la responsabilidad por deudas extraconcursal, en la que también está presente la culpa, si bien deducible únicamente de conductas preestablecidas por el legislador, como no podía ser de otra forma, las conductas consistentes en no promover la disolución. Si algo caracteriza a los supuestos de responsabilidad-sanción es precisamente su carácter cerrado, esto es, que el legislador debe preestablecer los supuestos en los que la sanción puede operar.

28. GARNICA MARTÍN, J. F.: “La crisis económica de la sociedad y sus repercusiones respecto de la responsabilidad de sus administradores (particular examen de la responsabilidad en el ámbito del proceso concursal)”. Hago la advertencia de que la presente es una cita de cita, a pesar de ser una práctica detestable. Sucede, no obstante, que se impone la necesidad. El texto de GARNICA MARTÍN, que reproduzco, se encuentra en la obra de MACHADO PLAZAS que antes he citado, en concreto en sus páginas 272 y 273, nota 186. MACHADO hace la siguiente referencia bibliográfica: “en prensa, 2006, pp. 1 y ss, esp. 9 y 10)”. Pues bien, a pesar de mis esfuerzos no he sido capaz de localizar la obra en la que el trabajo de GARNICA MARTÍN figure. Por ello, me permito la libertad de hacer una cita por referencia. Me ha parecido justificado, en atención a la gran solvencia del autor.

La culpa es parte esencial en este sistema de responsabilidad, en mayor medida incluso que en la responsabilidad por daños. En cambio, lo que diferencia ambos sistemas de manera irreconciliable es que en los sistemas de responsabilidad por daños es preciso que se acredite que el daño es imputable a la conducta culpable, lo que no ocurre en los sistemas de responsabilidad-sanción, como es la responsabilidad por deudas ajenas. En estos sistemas la sanción se opera atendiendo únicamente a la culpa. Con lo que acabamos de decir ya hemos descubierto uno de los principios, el esencial en mi opinión para establecer pautas interpretativas que moderen el excesivo alcance del arbitrio judicial establecido por el legislador. Aunque cabe la posibilidad, en abstracto, de aplicar esta sanción a administradores o liquidadores que con su conducta no hayan contribuido a los actos que han determinado que el concurso se declare como culpable, no parece razonable que se les aplique porque en tal caso la sanción legal no tiene justificación alguna razonable. No es preciso, por consiguiente, acudir injustificadamente a las normas de un sistema completamente exógeno, el de la responsabilidad por daños, sino buscar en el propio sistema los principios que permitan aplicarlo razonablemente y, como he apuntado, la culpa propia está en el fundamento mismo de todo el sistema de responsabilidad-sanción”.

- IX. GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA²⁹: *“Entender que la responsabilidad ex artículo 172.3 LC es una responsabilidad por daños, como defienden algunos autores, hace que la regulación de la LC resulte incongruente, pues con esa misma naturaleza existe ya en nuestra legislación societaria una responsabilidad (la del art. 133 LSA) con un ámbito de aplicación mucho más amplio, y que también se puede ejercitar durante el concurso. En efecto, la responsabilidad prevista en el artículo 133 LSA para ser ejercitada durante el concurso no requiere como presupuesto que se abra la liquidación (cabe, por tanto, en caso de convenio), ni que el concurso sea calificado como culpable; además, basta con que el administrador haya actuado con culpa, aunque sea leve, y puede exigírsele incluso a los administradores que hayan cesado en el ejercicio de su cargo con una antelación de hasta cuatro años a la fecha de la declaración de concurso. Por otra parte, el campo de acción del artículo 172.3 LC también sería más restringido que el de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL, por lo que esta perspectiva nos llevaría a considerar la norma comentada como redundante y de escasa utilidad.*

La única forma de evitar los riesgos de solapamiento y confusión con las acciones de responsabilidad a las que se refieren los citados autores sería considerar que la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC, tal como venimos defendiendo, no es más que una medida que el Juez puede aplicar de oficio, y que sólo tendrá sentido cuando no se haya logrado la satisfacción de los acreedores por otras vías, como pueden ser las acciones de responsabilidad previstas por la legislación societaria. En efecto, aunque el objetivo que el Juez ha de perseguir al aplicar la

29. GUERRERO LEBRÓN, M. J. y GÓMEZ PORRÚA, J.: “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”, en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, II, pp. 1975-1977.

norma del artículo 172.3 LC es el de sancionar las conductas más graves de los administradores, no debe perderse de vista que, puesto que la Ley, con un criterio verdaderamente pragmático, ha previsto que el destino de las cantidades a las que los administradores sean condenados será precisamente el pago de los créditos que tras la liquidación aún queden pendientes, las amplias facultades discrecionales que se le otorgan al Juez [recordemos que aun dándose los presupuesto exigidos, el art. 172.3 LC dispone que «el Juez “podrá” (...)»] permitirán una aplicación racional de la sanción, y está claro que su imposición no puede llevar a que los acreedores cobren sus créditos por dos vías distintas. Ésa es la razón de la discrecionalidad, que no arbitrariedad, concedida al Juez en la aplicación de la sanción del artículo 172.3 LC, permitiéndoles, y no imponiéndoles, su aplicación cuando se den lo presupuestos exigidos por la Ley.

En este sentido, y no en otro, es en el que entendemos que puede apreciarse cierto vínculo entre la responsabilidad ex artículo 172.3 LC y el “daño” ocasionado a los acreedores (no a la sociedad), dado que si sus créditos han sido totalmente satisfechos, no procederá la aplicación de aquella sanción. Se trata, por consiguiente, de una “original” sanción que además de su natural función punitiva cumple también, en cierta medida, una función resarcitoria, rasgo que comparte con la prevista en el artículo 262.5 LSA (105.5 LSRL) y que impregna su régimen jurídico de elementos impropios de las sanciones ordinarias”.

- x. HERRERA³⁰, después de invocar otros argumentos en favor de la tesis de la responsabilidad sanción, a la que se adhiere³¹, añade:

30. HERRERA, C.: “El crédito contra los administradores en la sección de calificación, (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado)”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, pp. 480-486.

31. Cita los siguientes: “1) Por un lado, ya se prevé una responsabilidad por los daños y perjuicios en el ordinal inmediatamente anterior del mismo artículo 172 de la Ley Concursal (en el párrafo 2 in fine), por lo que resulta altamente improbable –de hecho, sería tan reiterativo como absurdo– que el legislador haya querido recoger en el mismo precepto dos veces una responsabilidad de la misma naturaleza, que, por cierto, se contemplaría con carácter cumulativo –se emplea precisamente el término “además” en el texto del artículo 172.3 de la Ley Concursal–. 2) Por otra parte, el artículo 48.2 de la Ley Concursal establece la posibilidad de que la sociedad mercantil concursada –o la administración concursal en su interés– entable, al amparo de los artículos 133 y 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, acciones resarcitorias contra los administradores que hubieren causado daños y perjuicios por su conducta maliciosa o negligente. En consecuencia, si se entendiera que el artículo 172.3 introduce un régimen de responsabilidad por daños y perjuicios, estaríamos ante una novedad doblemente superflua e incluso, en cierto modo, incompatible con la regulación preexistente para las sociedades de capital. 3) Desde un punto de vista teleológico, parece evidente que la pieza de calificación no tiene como objetivo primordial la indemnización de daños y perjuicios. 4) Finalmente, la declaración de culpabilidad en la sección sexta se hace depender, en muchos supuestos, de la verificación de determinadas actuaciones dolosas o gravemente culposas que no tienen por qué haber contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia –piénsese en las presunciones de

“Se ha advertido acertadamente en la doctrina que el criterio de imputabilidad de la responsabilidad previsto en el artículo 172.3 de la Ley Concursal es el de gravedad de la actuación del administrador, es decir, corresponderá mayor o menor sanción en función del mayor o menor reproche que merezca la conducta del administrador y tal circunstancia viene ligada a la existencia de dolo o de culpa grave, conceptos jurídicos que reflejan dos estándares subjetivos diversos. Este presupuesto subjetivo alternativo –dolo o culpa grave– tiene especial sentido como criterio para acotar la concreta sanción que se imputa a cada administrador societario, es decir, para determinar si se condena a asumir todo el fallido concursal o una parte del mismo y, en este último caso, para fijar exactamente la cuota individual de responsabilidad. Para algún autor la existencia de estos dos estándares subjetivos diferenciados permite descartar la tesis que entiende que estamos ante un supuesto de responsabilidad indemnizatoria, por cuanto esta última lectura contravendría la caracterización del régimen general de responsabilidad por daños de los administradores en nuestro Derecho positivo (artículos 133 y ss. TRLSA), que –se dice– no atiende al grado de culpa que en relación con la producción del daño es atribuible a la actuación de cada administrador. Por consiguiente –y siempre según esta tesis– la distinción entre el dolo y la culpa grave es irrelevante si de lo que se trata es de reparar un daño, pues la indemnización en estos casos ha de ser siempre la misma: la que compense el desvalor económico causado por el daño imputable a los administradores sociales; sin embargo, esta distinción adquiere pleno significado si nos hallamos ante un régimen de carácter punitivo”.

- x1. SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA³² opinan: *“En el caso de que la calificación del concurso como culpable traiga su causa de la apertura de la fase de liquidación (art. 163.2º LC) se prevé por la LC que la sentencia podrá condenar a los administradores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y a quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no reciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC). Se trata de una responsabilidad sancionadora de carácter no necesario pero no objetiva aunque sí sea judicialmente modulable en torno a la necesaria imputabilidad.*

Esta responsabilidad sancionadora no tiene un carácter necesario, ya que el juez podrá estimar la conveniencia o no de la misma aunque la liquidación sea insu-

los artículos 164.2 y 165.2 de la Ley Concursal–, pues el legislador no exige la acreditación de la conexión causa-efecto entre la conducta ilícita imputable al administrador y la insolvencia de la entidad concursada. 5) Además, el término “podrá” no significa en realidad margen de manobra para el juez, quien, pese al sentido literal de esta expresión verbal, viene obligado a condenar si se dan los presupuestos para ello”.

32. SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F., y MUÑOZ GARCÍA, A.: “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima”, en *La Ley*, núm. 6610, 15 de diciembre de 2006, pp. 1 ss.

ficiente, así como determinar quiénes son los administradores a los que les pueda ser exigible y cuál sea la cuantía a pagar a los acreedores concursales. Existe en este sentido una cierta aleatoriedad en la decisión judicial que se ve modulada por el hecho de que los administradores responsables han de ser en todo caso consideradas «personas afectadas» por la calificación (art. 172.2.1º LC), sin que necesariamente lo sean, por el mero hecho de pertenecer al órgano de administración, ya que aunque la responsabilidad sea del órgano cabe la exoneración individual de responsabilidad por no ser su conducta dolosa o culposa y sin que pueda afirmarse que por tratarse de una responsabilidad sanción sea también una responsabilidad objetiva. La exigencia de que los administradores sancionables deban haber desarrollado con su conducta la culpabilidad indicada (art. 164 LC) es un presupuesto que no determina tampoco la imposición automática de la sanción y sólo es un indicio a tener en cuenta por el juez para decidir el sí y el cuánto de la sanción aplicable a cada administrador. Es una responsabilidad sanción en la que la obligación no tiene una necesaria proporcionalidad con el daño asumido, si bien intervengan en su valoración aquellos elementos subjetivos y objetivos del concurso que el juez estime conveniente (grado de culpabilidad en la conducta, supuesto concreto de conducta desarrollada, cuantía no cubierta por la liquidación, etc.) en lo que al final pudiera suponer una indirecta presencia de los elementos de la responsabilidad indemnizatoria en lo que tiene de conducta culposa y de relativa relación entre la conducta y el daño. Y qué duda cabe de la relevancia que el incumplimiento del deber de solicitud de declaración del concurso en una situación de graves pérdidas patrimoniales tiene a la hora de establecer las responsabilidades y sus cuantías”.

- xii. VELA TORRES³³: “Debe resaltarse que, a diferencia de lo que sucede con otros pronunciamientos de la sentencia de calificación (por ejemplo, la inhabilitación de las personas afectadas por la misma), no es obligatorio para el juez, sino que únicamente es una facultad que le ofrece la ley, «podrá además», dice literalmente el art. 172.2.3 (entendiendo que quiere decir 172.3). El «además» parece indicar que es una responsabilidad que se añade o superpone a las demás que correspondan legalmente al sujeto en cuestión.

Este precepto, que establece una sanción de indudable gravedad, ha sido criticado por defecto de tipicidad, en el sentido de que no se establecen qué conductas son las que el juez puede tener en cuenta para imponer esta condena al pago de las deudas concursales no satisfechas.

La doctrina mayoritaria afirma que la responsabilidad concursal tiene en nuestro Derecho un significado esencialmente punitivo o sancionador (se le ha llegado a denominar «pena civil»); al que en el caso concreto del art. 172.2.3º se une el carácter resarcitorio, en tanto en cuanto no sólo se persigue el castigo del infractor, sino también la satisfacción de los acreedores”.

33. VELA TORRES, P. J.: “Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2005-3, p. 101.

xiii. ALCOVER GARAU³⁴, al referirse a la responsabilidad concursal, distingue entre dos subtipos. Uno de ellos es de responsabilidad *sancionatoria*, en su opinión. Dice: “2) *Sancionatoria*. Se recoge en el art. 172.3, de la Ley concursal. En este apartado se determina que, en el supuesto de que, abierta la pieza de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, ésta finalice con una sentencia que declare al concurso culpable, el juez de lo mercantil podrá «condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Dicho de otra forma, el juez puede establecer que todo o parte del déficit lo asuman uno, varios o todos los administradores de derecho o de hecho.

No se determina si la responsabilidad en el caso de ser varios los condenados es mancomunada o solidaria. Tampoco se fijan en la norma los criterios en virtud de los cuales se asigna el déficit y los criterios en virtud de los cuales el déficit se asigna en su totalidad o sólo parcialmente. En realidad, tal inconcreción en una norma de tipo sancionatorio roza la inconstitucionalidad.

Quizá el fin de la norma se relaciona o se deba relacionar con aquellos supuestos en los cuales sea muy difícil determinar qué concretos daños ha causado una conducta dolosa o gravemente culposa. Por ejemplo, si el concurso se declara culpable debido a que la sociedad concursada no llevaba ningún tipo de contabilidad (art. 164.21º), es claro que es muy difícil –o prácticamente imposible– cuantificar los daños que tal conducta ha causado –lo mismo sucede generalmente en el supuesto de retraso en la solicitud de insolvencia–. Pues bien, en estos supuestos de relación de causalidad problemática entre la conducta dolosa o gravemente culposa y el daño causado puede ser útil esta responsabilidad concursal³⁵.

xiv. MARÍN DE LA BÀRCENA³⁶: “En nuestra opinión, esta última tesis no puede aceptarse. La consecuencia jurídica establecida en el art. 172.3 LC consiste en una condena a pagar directamente a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no perciban tras la liquidación de la masa activa. No puede ser responsabilidad por daños al patrimonio social que indirectamente haya producido una falta de satisfacción total o parcial de los acreedores, porque ésa ya está prevista en el art. 172.2.3.º LC (último inciso) que ordena la indemnización

34. ALCOVER GARAU, G.: “La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2006-4, p. 82.

35. Este autor atribuye función *indemnizatoria*, dentro de la responsabilidad concursal, a la que se recoge en el art. 172.2.3º, *in fine*. Hago notar que el autor, con todo acierto a mi juicio, dice que la norma que me ocupa “roza la inconstitucionalidad”.

36. MARÍN DE LA BÀRCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital* (art. 135 LSA), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 374 y 375.

de los daños y perjuicios causados al patrimonio social o a la colectividad de los acreedores (a la masa) a consecuencia del comportamiento de los administradores que generó o agravó la insolvencia.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de responsabilidad por deudas (es una condena a pagar en todo o en parte "créditos fallidos"), no ante el deber de indemnizar un daño. De su inserción en un sistema de normas claramente sancionatorio (las de calificación del concurso), se podría deducir de forma más o menos directa una naturaleza jurídica sancionadora, aunque lo cierto es que la verdadera sanción es la inhabilitación o la pérdida de derechos y que el resultado de aplicar estos preceptos legales consiste únicamente en restablecer el patrimonio de unos acreedores que no han podido cobrar (v. gr., si no hay acreedores impagados el art. 172.3 LC no tendrá ocasión de aplicarse). Otra cosa es cómo deben aplicar los Jueces esta norma, para lo cual es conveniente que la doctrina científica se ocupe de ofrecer algunos criterios, teniendo en cuenta que una sobreprotección de los acreedores sociales a costa de los administradores de las sociedades puede ser contraria al principio, básico de nuestro ordenamiento jurídico privado, de evitar las atribuciones patrimoniales injustificadas".

- xv. DÍAZ ECHEGARAY³⁷: "Indudablemente, la posición que considera esta responsabilidad como una sanción civil, asumida por la mayoría de los autores, es la más acertada. La condena que el art. 172.3 de la LC permite que el juez imponga a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar el déficit concursal debe calificarse como una sanción civil, no como una responsabilidad por daños, lo que resulta claramente de los argumentos expuestos por GARCÍA-CRUJES, que han sido recogidos en los párrafos precedentes, y además de su desvinculación respecto del daño causado. No se les condena a indemnizar el daño originado, sino a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que, de sus créditos, no perciban en la liquidación de la masa activa.

La pena o sanción civil, como hemos tenido ocasión de señalar en otras partes de este trabajo, es un instituto de Derecho privado, de cierta tradición en nuestro Derecho, que vincula el interés general con el privado. Se caracteriza porque la iniciativa de su aplicación puede atribuirse a los particulares, los cuales, además, pueden obtener una ventaja patrimonial de ella, pero no es ésta su finalidad sino la de garantizar la aplicación de una medida legislativa de interés general".

- xvi. VICENT CHULIÁ³⁸: "Existe un amplio debate doctrinal sobre la naturaleza y efectos de la responsabilidad concursal. Un sector de la doctrina, invocando el Derecho comparado, reconoce en el art. 172.3 LC una indemnización del daño sufrido en

37. DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 457 a 459.

38. VICENT CHULIÁ, F.: "La responsabilidad de los administradores en el concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 16-17 y 26-27.

los créditos, que se impone, bien en virtud de acción ejercitada por los acreedores concursales –que podrían, además, asegurar su derecho mediante el embargo previsto en el art. 48 LC, como medida cautelar de su demanda de indemnización–, o bien de oficio por el Juez, para satisfacer la pretensión de cobro planteada en todo caso por los acreedores concursales al inscribir sus créditos en el concurso, sea voluntario o sea necesario.

En cambio, la doctrina mayoritaria defiende la naturaleza de sanción civil de la indemnización por responsabilidad concursal, que el Juez puede imponer a los administradores y liquidadores a favor de los acreedores concursales, de forma individualizada, en atención a su concreta participación en las conductas u omisiones que califican el concurso de culpable, con flexibilidad en la cuantía, con tal de que no sobrepase la medida del daño sufrido en sus créditos, y aunque los acreedores concursales no hayan ejercitado la acción social de responsabilidad –por vía subrogatoria– ni las acciones individuales de responsabilidad por daño directo y por las obligaciones sociales; consiguiendo, además, mediante esta reparación, en su caso complementaria, una finalidad de moralización de las conductas empresariales que el Derecho concursal siempre ha incluido entre sus objetivos.

Parece que esta segunda interpretación es la que debe ser acogida, a favor de una facultad sancionatoria del Juez ejercitada de oficio –más que discrecionalmente–, teniendo en cuenta que ni el art. 48.3 LC –en cuanto a la medida cautelar de embargo– ni el art. 172.3 LC permiten apoyar la legitimación de los acreedores concursales al ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios por el déficit concursal (con sustantividad propia, separada del ejercicio de su pretensión al cobro concursal ejercitada en la inscripción de su crédito en el concurso)."

4. Criterios jurisprudenciales

Dedico este apartado a examinar algunas resoluciones de Audiencias Provinciales y de Juzgados de lo Mercantil, reveladoras de que la discrepancia doctrinal se manifiesta también en el criterio de los jueces³⁹.

En sendos epígrafes reproduzco resoluciones en una y otra líneas, de las dos contrapuestas que he descrito.

4.1. Resoluciones que adoptan el criterio de responsabilidad de indemnización o de resarcimiento (o por daño)

i. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de febrero de 2006.

39. Cuando dispongo de ellas, hago las oportunas referencias a repertorios jurisprudenciales. En otros casos, no me consta la publicación de la resolución, que conozco por otras vías. Y, desde luego, es una gran fuente de información al respecto el valiosísimo libro de GÓMEZ MARTÍN, F., *Doctrina de los Tribunales en sede concursal*, Comares, Granada, 2007.

En un primer pasaje, la resolución dice: *“Lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal. Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del artículo 172.3 de la Ley Concursal, que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: “la sentencia podrá, además, condenar a los administradores”. Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización”.*

Más adelante, el auto continúa: *“Hasta aquí se advierte la existencia de apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso y de que la persona afectada por esta calificación sería el administrador único de esta entidad (...), pero ello no es suficiente, pues para que dicho administrador fuera condenado a pagar la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.*

El artículo 48.3 de la Ley Concursal no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación –cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC–, bastaría con los indicios

de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.

En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia. Así ocurre en el presente caso con la inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso, que, conforme al artículo 164.2-2º de la Ley Concursal, dará lugar a una calificación culpable y, sin embargo, por tratarse de una conducta concurrente a la solicitud y declaración de concurso, es imposible que haya generado o agravado la situación de insolvencia. Es por ello que, aunque no es necesario en esta fase cautelar la acreditación indiciaria de la relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador de la sociedad –tipificada en los arts. 164.2 ó 165 LC– y la generación o agravación de la insolvencia, sí es imprescindible que por las características de dicha conducta sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia, de modo que en supuestos en los que no lo sea cabrá apreciar la ausencia de *fumus boni iuris*”

- ii. En el mismo sentido, y con un todavía mayor desarrollo argumental, el auto de la misma Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de setiembre de 2006 (AC 2007/463), prácticamente idéntico en sus razonamientos al auto de la misma Sección de 30 de marzo de 2006 (AC 2007/400), del que transcribo unos pasajes:

“En consecuencia, para la concurrencia de la apariencia de buen derecho es preciso: [...]”

Indicios igualmente fundados de que el concurso puede ser declarado culpable. Según el sistema del artículo 164, ello procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (arts. 127 LSA y 61.1 LSRL). Es este incumplimiento o negligencia el que permite constreñir la responsabilidad concursal exclusivamente a los administradores a los que quepa imputar causalmente la generación o la agravación del estado de insolvencia, y ceñirla, no a todos los créditos fallidos, sino a aquella parte de los mismos ligada a su actuación negligente. Así, el artículo 48.3 cifra el embargo en «la cuantía que el Juez estime bastante».

Pero, en contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, la definición legal ya mencionada del artículo 164.1 LC; en segundo lugar, una tipificación de supuestos que merecen por sí mismos la calificación culpable por presumir el legislador iuris et de iure que el dolo o la culpa grave les son inherentes (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia. Es por ello que, aunque no es necesario en esta fase cautelar la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador de la sociedad (tipificada en los arts. 164.2 o 165 LC) y la generación o agravación de la insolvencia, sí es imprescindible que por las características de dicha conducta sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia, de modo que en supuestos en los que no lo sea cabrá apreciar la ausencia de fumus boni iuris⁴⁰.

40. El auto, después de declarar que en el caso enjuiciado concurrían indicios razonables de que la conducta de los administradores podía concretarse en una declaración de concurso como culpable –se había cometido en la contabilidad una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada, art. 164.2.1º LC–, concluyó: *“Sin embargo, lo esencial en este momento procesal, la adopción de una medida de cautela sobre el patrimonio de los mismos, es que aquella conducta, como hemos indicado, sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia de la entidad. Y la irregularidad contable que describen los administradores y que el Juzgado, con acierto, han considerado concurrente, podrá traducirse en la declaración de culpabilidad del concurso, pero no tiene incidencia per se en*

- iii. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de marzo de 2007⁴¹, con cita del auto de 6 de febrero de 2006, antes transcrito, reitera el criterio relativo al carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal.
- iv. Es admirable, a mi juicio, desde el punto de vista de la documentación doctrinal, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jaén de 21 de mayo de 2007. Dedicar una buena parte de su fundamento jurídico noveno a resumir los argumentos fundamentales de cada una de las dos interpretaciones que nos ocupan⁴².

la generación de la insolvencia de la entidad, que obedece a otras causas, como es precisamente la crisis de los clientes morosos, reflejada en la incapacidad de la concursada de mantenerse en el mercado, ni en su agravación. La incapacidad de la sociedad para cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles no guarda relación con el defectuoso e irregular reflejo de los créditos que se mencionan en los documentos contables, sin perjuicio, debe insistirse, de que ello motive una declaración de concurso culpable. En consecuencia, no concurre fumus boni iuris que justifique la medida cautelar decretada, debiendo estimarse el recurso.

41. La Audiencia Provincial de Barcelona ha consolidado una doctrina en la calificación de la responsabilidad concursal (arts. 172.3 y 48.3 LC) como una responsabilidad por daños, según resulta de la citada sentencia de 19 de marzo de 2007 y de los autos de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), 30 de marzo de 2006 (JUR 2007/72797), 27 de abril de 2006 y 27 de setiembre de 2006 (AC 2007/463).
42. Sobre las razones que avalan la tesis de la responsabilidad sanción, la sentencia (cuyo texto acoto) dice: *“No tiene sentido que se hubiesen previsto dos pronunciamientos condenatorios en la misma sentencia con el mismo origen. Si el art– 172.2.3 ya prevé que la sentencia contendrá la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, sería una redundancia que el párrafo siguiente volviera a repetir lo mismo. De ello se deriva que se tratan de dos consecuencias diferentes.*
- En la modificación del art. 262 LSA y 105 LSRL que introdujeron las denominadas acciones sanción contra los administradores sociales ya se hacía referencia a que con la reforma se pretendía coordinar con la norma concursal y eliminar las dudas interpretativas de ésta.
 - *La posibilidad de imponer o no la sanción que prevé la norma (el término «podrá») no empece esta calificación. Solo significa que para la aplicación de la sanción será precisa una justificación adicional que en razón de las circunstancias concurrentes le lleve al juez a sentar la procedencia de la condena.*
Para otros autores, el término «podrá» es fruto de una defectuosa técnica legislativa y su verdadero significado es que concurriendo los requisitos legales el juez «deberá» imponer la sanción.
 - *Aún cuando parezca que el arbitrio judicial es excesivo en esta materia, lo cierto es que no es tal pues la Ley Concursal contiene suficientes criterios que permitir determinar el grado y la oportunidad de la sanción.*
 - *Incluso motivos extralegales, razones de propia noticia (parece que quiere decirse “justicia”) material imponen que se sancione sin necesidad de más acreditación a quien dirigió una empresa cuyo mal funcionamiento ha motivado el perjuicio, en muchos casos muy grave, de múltiples acreedores.”*

Dice: *“La única conclusión clara a la que se puede llegar es que la norma es un dechado de defectos. Al margen de ello, y dada la obligación de resolver, este juzgador se inclina por el criterio minoritario de considerar la responsabilidad prevista en el art. 172.3 como indemnizatoria y en consecuencia no basta con liquidación, culpa y déficit patrimonial, sino que debe acreditarse relación de causalidad y daño que serán los que fijen el importe a abonar por los administradores.*

Efectivamente hay muchos motivos para apoyar la responsabilidad como sanción y el hecho de considerarlo como indemnización hace reiterativo lo dispuesto en el art. 172.2.3º y el art. 172.3 LC, pero el principio de seguridad jurídica impone

En apoyo de la teoría de la *responsabilidad indemnización*, la sentencia cita los siguientes argumentos, que también acoto: *«EL art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez «la facultad de poder condenar o no a los administradores: «la sentencia podrá, además, condenar a los administradores». Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por dolo y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción, de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización».*

- Si el legislador hubiese querido establecer una responsabilidad punitiva, habría establecido que dado el presupuesto (generación o agravación del estado de insolvencia imputable a los administradores) éstos responderían de la totalidad de los créditos fallidos; al establecer una modulación es porque está partiendo de la referida relación de causalidad entre presupuestos de la responsabilidad y el hecho dañosos de que los créditos resulten total o parcialmente fallidos.*
- Va contra cualquier principio de seguridad jurídica. Si la responsabilidad es una sanción, no sólo la norma no dice expresamente cuando debe o no imponerse, sino que tampoco recoge que criterios deben considerarse a la hora de imponer la sanción total o parcialmente.*
- La cuantía de la sanción no guarda relación con la culpabilidad del sujeto sino con el resultado; serla algo así como un delito cualificado por el resultado (rechazado por la doctrina de Derecho Penal) pues el importe de la sanción no va a depender tanto de la gravedad de la conducta sino del pasivo impagado.*
- El convenio puede ser más gravoso que la liquidación para los acreedores que a través de la enajenación del activo empresarial puede ver satisfecho la totalidad de su crédito y sin embargo en aquél caso no se le va a condenar al concursado.*
- La responsabilidad de los administradores de una sociedad es algo excepcional pues rompe con la personalidad jurídica independiente de la misma y el principio de responsabilidad limitada (en las sociedades de capital) básico en ellas.”*

esta versión. Este principio es básico en nuestro ordenamiento jurídico y la Constitución lo recoge en el art. 9.3; y de acuerdo con el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretaran y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales.

Si entendemos que la responsabilidad del art. 172.3 es de carácter punitivo, el juez puede o no imponerla; y si la impone puede hacerlo en su grado máximo (que pague el 100% de lo fallido) o mínimo (que pague el 1%). Pero ¿conforme a qué criterios lo hace? La doctrina y las resoluciones de los juzgados apuntan toda una serie de motivos recogidos en la Ley para determinar si procede o no la punición y en qué grado; pero estos criterios no los tiene establecidos en la Ley sino que son obtenidos fruto de una labor de interpretación que varían conforme al intérprete. Quiere esto decir que se le da al juez potestad para que conforme a su albedrío determine qué conductas, qué actuaciones, debe considerar para castigar una conducta y en qué grado; y aun cuando conocido es que la Ley Concursal amplía el arbitrio del juez, ello no puede dar lugar a la entrada de la arbitrariedad.

La historia jurídica del derecho sancionador, de cualquier tipo, se ha caracterizado por una mayor persecución de la seguridad jurídica. El principio de legalidad, penal, no se satisface únicamente con «nulla pena sine lege», sino con la necesidad de normas claras y precisas que eviten la entrada de criterios personales ajenos a la voluntad de la Ley, huyendo de tipos abiertos y de normas en blanco. Entender como sanción el art. 172.2 supone dar cabida a la arbitrariedad pues no dice la norma cuándo y en qué medida debe castigarse sino que será el juez el que en cada caso concreto decidirá, y este cheque en blanco aunque los juzgados sepan usarlo con mesura (Pérez de la Cruz Blanco, La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial), no es solamente contrario a nuestra tradición jurídica, sino también a nuestro ordenamiento.

Por tanto, de las dos posibles interpretaciones se entiende que sólo aquella que entiende que la responsabilidad recogida en el art. 172.3 tiene carácter indemnizatorio es ajustada a la Constitución”.

4.2. Resoluciones que siguen la tesis de la responsabilidad-sanción

No obstante, es criterio mayoritario de los Tribunales el de entender que la norma que nos ocupa consagra una *responsabilidad-sanción*. Es decir, que tiene *función punitiva*, siendo una especie de *pena civil*.

Es el caso, por poner algunos ejemplos, del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada, sentencia de 4 de junio de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, sentencia de 16 de enero de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, sentencia de 16 de febrero de 2006, del de lo Mercantil de Málaga, en autos de 18 de enero de 2007, de 5 de diciembre de 2006 y de 25 de enero de 2005 (AC

2005/273) y de los de Barcelona, el número 2, en auto de 18 de julio de 2005 (JUR 2005/185572) y el número 3 en auto de 18 de febrero de 2005 (AC 2005/243).

Reproduzco ahora algunos pronunciamientos.

- i. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006 (AC 2006/238). En cuanto a la concreta calificación de la naturaleza de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 LC, la sentencia declara:

“Por último, la administración concursal solicita, al amparo del artículo 172.3 de la Ley Concursal, la condena solidaria de las personas afectadas por la calificación a pagar a los acreedores concursales el importe total de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

El complejo artículo 172.3 de la Ley Concursal establece que «Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». [...]

Ahora bien, la correcta aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición.

La condena a la cobertura del déficit se impone, cuando procede, además de las consecuencias previstas en el artículo 172.2 de la Ley Concursal, por lo que dicha responsabilidad es compatible y se acumula a la responsabilidad por daños prevista en el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que ordena indemnizar los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores.

Como es obvio, la imposición de la condena a la cobertura del déficit exige la previa declaración del concurso culpable de la persona jurídica, que sólo procede cuando sea imputable a sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, la generación o agravación del estado de insolvencia en virtud de dolo o culpa grave, pero declarado el concurso culpable, la responsabilidad por el fallido concursal se impone con independencia de los concretos daños y perjuicios derivados de la conducta de los administradores o liquidadores, añadiéndose esta sanción, que se reserva para los supuestos de mayor gravedad, a la indem-

nización de daños y perjuicios, ésta sí, aplicable siempre que se declare culpable el concurso⁴³.

ii. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 22 de mayo de 2006 (AC 2006/1264) dice:

“El último –pero no menos importante– tema a analizar es la verdadera naturaleza de la responsabilidad concursal recogida en el artículo 173.2 LC en cuanto a la división doctrinal entre responsabilidad por culpa o responsabilidad-sanción. Es prácticamente unánime, en el momento actual, la doctrina que considera que la responsabilidad concursal derivada del artículo 173.3 de la LC tiene naturaleza sancionadora pues se da como consecuencia de que se cumplan determinados requisitos, que ya hemos señalado (en tal sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, 13/2006). Otras posiciones doctrinales señalan la necesidad de determinar una responsabilidad por culpa y daño (en tal sentido el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006, Rollo 841/05).

Entendemos que el legislador ha querido darle esta naturaleza sancionadora al no recoger, como si lo hace en el apartado 2 del artículo 172 LC, una referencia expresa a supuestos resarcitorios. Una interpretación literal del precepto (173.3 LC) nos indica este carácter sancionador pero también ha sido así expuesto en la justificación a la enmienda que finalmente supuso (a través de la Ley 19/2005 de la sociedad anónima europea domiciliada en España) la modificación de los apartados quintos de los artículos 262 y 105 de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente. En este supuesto el legislador modificó el régimen de responsabilidad sanción respecto de los administradores limitando la extensa responsabilidad por todas las deudas sociales, estableciendo los límites de (días a quo) la existencia de la causa de disolución y una presunción al efecto. Explicaba el proponente de dicha enmienda, en su trámite en el Congreso, que con dicha reforma se pretendía para llevar «a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta Ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio» [Enmienda número 34].

El mismo criterio y justificación anterior nos puede servir para delimitar el pago total o parcial de las deudas que se proponen por el legislador en el artículo 173.3 LC a partir de dos supuestos:

43. Procede señalar que la resolución no aplicó su criterio al caso enjuiciado, por razones de irretroactividad.

La responsabilidad por las deudas posteriores a la existencia de la situación de insolvencia.

La presunción (no recogida expresamente en la norma concursal) de que todas las deudas se suponen posteriores salvo prueba en contrario de los administradores.

Tratándose en el presente supuesto de deudas puestas de manifiesto realmente con el informe de la administración concursal, determinada que la causa de insolvencia surge desde el mismo momento de la creación de la sociedad tal y como expuso la propia deudora y ratificó el informe de la administración concursal y vista la inexistencia de prueba por el administrador que desvirtúe lo señalado, procede la condena al pago de la totalidad de los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa a la administradora única”.

- iii. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada de 2 de octubre de 2006:

“Sin embargo, la aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición, que debe considerarse como más razonable, ya que sistemáticamente no tendría sentido que se hubiesen previsto dos pronunciamientos condenatorios en la misma sentencia, de idéntico origen, y no se vincula esta última condena a una conducta o actuación concreta de los administradores, no especificándose en el precepto qué actuación “podrá” hacer determinar la aplicación de esta sanción. Por otra parte, la interpretación más prudente de esta expresión, “podrá”, parece llevarnos a que no debe imponerse de forma automática esta sanción, sino sólo cuando en función de la gravedad de la conducta de los administradores se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella, que se impondrá justificadamente, con mayor o menor extensión, condenando total o parcialmente a cubrir el déficit, en consideración a la actuación de las personas afectadas por la declaración, y siempre con carácter restrictivo dado su carácter sancionador”.

- iv. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña de 14 de marzo de 2007:

“Aunque parece obvio, ha de precisarse en primer lugar que los sujetos a los que cabe imponer la responsabilidad concursal –administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración– deben tener la condición procesal y sustantiva de personas afectadas por la calificación. La responsabilidad concursal es un contenido adicional (“la sentencia podrá, además,...”) de la sentencia de calificación, y no tiene sentido mantener que quien ha sido absuelto de la consideración de persona afectada por la calificación pueda ser en cambio condenado a cubrir el fallido del concurso con su patrimonio personal. La responsabilidad concursal sólo podrá ser, por ello, impuesta a los que, en este caso como administradores de

derecho de la sociedad concursada, han sido considerados personas afectadas por la calificación, esto es, don... y doña.....

Siendo indiscutible que concurren en este caso todos los requisitos objetivos que el precepto establece –la sección de calificación ha sido formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el concurso es calificado como culpable y los demandados con la consideración de personas afectadas por la calificación son los administradores de la persona jurídica deudora en el periodo en que se han producido los hechos determinantes de la calificación, en todo caso dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso–, no cabe eludir el problema que plantea la peculiar redacción del precepto que parece dejar al arbitrio del juez tanto la decisión acerca de la imposición de la responsabilidad como su alcance.

Pues bien, como primer límite al arbitrio judicial conviene precisar que rigen también en este ámbito, puesto que se trata de jurisdicción civil, los principios de justicia rogada (artículo 216 de la LEC) y de congruencia (artículo 218 LEC), en función de los cuales no es posible imponer una condena indemnizatoria que no haya sido solicitada por las partes o venga, en su caso, determinada directamente por la ley como pronunciamiento accesorio ligado a otro principal. Si la administración concursal o el Ministerio Fiscal no consideran oportuno pedir la condena de los administradores o liquidadores de la concursada a cubrir el fallido con su patrimonio personal, el juez no podrá siquiera considerarla. Si se pide, el juez deberá valorar si procede o no imponerla (“la sentencia podrá, además...”) y con qué alcance (“total o parcialmente”).

En segundo lugar, partiendo de la consideración doctrinal mayoritaria de la responsabilidad concursal como sancionadora o punitiva, y que por lo tanto presupone el incumplimiento por los administradores de deberes legales de variada naturaleza, la peculiar y abierta redacción del precepto confiere al juez del concurso mecanismos moduladores que hay que entender referidos no a la entidad del daño (que sólo juega como límite máximo de la responsabilidad), sino a la gravedad de la infracción de los deberes propios de los administradores que ha determinado la calificación del concurso como culpable⁴⁴.

44. Interesa recoger los hechos de la sentencia, que adoptó la decisión (curiosa) de condenar a las personas afectadas por la calificación a pagar a los acreedores concursales una décima parte del importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Los hechos eran: “a) Ni don Julio Fernández Novoa ni doña María Elena Casal Barcia son, por lo que de los autos resulta, socios de UNICEN, sino hijos de dos de los socios que se titulan propietarios de un 28% del capital cada uno de ellos, en cuya sustitución o relevo han accedido, primero al consejo de administración y después a la administración mancomunada de la sociedad, en el contexto de un abierto enfrentamiento con un antiguo administrador de la compañía titular de otro 28% del capital. b) El informe que en la fase común emitió de la administración concursal no ha cuestionado sustancialmente –aunque sí completado con otras– las razones que en la memoria de la solicitud inicial se ofrecieron para explicar la crisis de UNICEN, enmarcada en la del sector textil español por la fuerte competencia de la industria manufacturera de los países asiá-

v. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 6 de octubre de 2006 (AC 2007/216).

Esta resolución no afronta directamente la calificación de la naturaleza de la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC. Pero merece ser destacada porque confirma la resolución del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid de 21 de enero de 2005, que había acordado la medida cautelar consistente en el embargo de los bienes del administrador único de la concursada con fundamento en el art. 48.3 LC. Y a diferencia de los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 y de 27 de setiembre de 2006, el auto que ahora cito confirma la medida cautelar ante la concurrencia de los indicios a los que se refiere el citado art. 48.3 –que el concurso pueda ser declarado culpable y que la masa activa sea insuficiente para pagar las deudas sociales–, prescindiendo del análisis y, por tanto, de la exigencia de la relación de causalidad entre las infracciones que fundamentan la culpabilidad del concurso y la generación o agravación del estado de insolvencia.

vi. Auto de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) de 6 de julio de 2006 (AC 2007/404).

Procede destacar también esta resolución, al igual que la anterior de la Audiencia Provincial de Madrid, porque considera suficiente la concurrencia de los indicios referidos en el art. 48.3 LC para decretar el embargo de bienes del administrador de la concursada, prescindiendo del nexo causal entre las irre-

ticos. c) No consta que los administradores mancomunados hayan desviado para su provecho fondos, bienes o recursos de UNICEN. Incluso en el caso de la obtención irregular de financiación por la vía del descuento de facturas carentes de sustento en operaciones reales, no se ha apuntado siquiera la posibilidad de que los administradores de UNICEN hayan destinado los fondos así obtenidos a cubrir otras necesidades que las de la empresa social. d) Los hechos relevantes consistentes en la presentación en el juzgado de documentos incompletos o con inexactitudes graves y en el despido disciplinario de los trabajadores, con ser desde luego imputables a los administradores de la concursada que los autorizaron y conocieron, presuponen también la iniciativa y el control técnico de sus asesores legales. La ocultación de un pasivo de más de cinco millones de euros procedente de entidades bancarias es casi una ingenuidad –si no fuera porque está legalmente considerada como causa de culpabilidad del concurso– puesto que no cabía razonablemente esperar que la administración concursal no la fuera a detectar inmediatamente; más parece por ello que pudo deberse a la negligencia o a la premura de quien se encargó de preparar o revisar la documentación que habría de acompañarse a la solicitud, injustificable en cualquier caso. Más elaborada parece la extravagante decisión de despedir disciplinariamente a la totalidad de la plantilla –102 trabajadoras– el lunes 1 de agosto de 2005 tras haber presentado en el Decanato de los Juzgados de A Coruña el viernes 29 de julio la solicitud de concurso, sabiendo de antemano que los despidos habrían de ser declarados improcedentes en su totalidad. En ella se ve también la iniciativa y el consejo de algún asesor externo, pero en este caso los administradores de la concursada, uno de los cuales era además jefe de personal, no podían ignorar que las consecuencias patrimoniales de semejante decisión agravarían significativamente el estado de insolvencia de la compañía”.

gularidades determinantes de la culpabilidad del concurso y la generación o agravación de la insolvencia.

vii. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada de 4 de junio de 2007. Dice esta resolución:

“La aplicación del precepto exige determinar previamente la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición, que debe considerarse como más razonable, ya que sistemáticamente no tendría sentido que se hubiesen previsto dos pronunciamientos condenatorios en la misma sentencia, de idéntico origen, sin que se vincule esta última condena a una conducta culposa de los administradores, que genere tal daño, no especificándose en el precepto qué actuación ‘podrá’ determinar la aplicación de esta sanción. Por otra parte, la interpretación más razonable de esta expresión, ‘podrá’, parece llevarnos a que no debe imponerse de forma automática esta sanción, sino sólo cuando en función de la gravedad de la conducta de los administradores, pueda razonarse que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella, imponiéndose, justificadamente, con mayor o menor extensión, condenando total o parcialmente a cubrir el déficit, en consideración a la actuación de las personas afectadas por la declaración. No cabe dejar sin efecto la previsión legal que nos ocupa, ni tampoco darle un matiz subjetivo y de resarcimiento de daños del que carece, por la previsión legal anterior, sin que se supedita, dado el término “así”, empleado por el legislador tras el oportuno signo de puntuación, a la concurrencia de otras condenas o responsabilidades como la de restituir lo percibido. Dado que aquí es más fácil definir negativamente la figura que nos ocupa, parece más razonable, sin derogarla tácitamente, estimar la naturaleza sancionadora de esta cobertura del déficit, supeditada únicamente a los presupuestos expuestos determinados por la Ley”.

Y concluye la sentencia diciendo: *“La posibilidad de imponer la sanción prevista en el artículo 172.3 LC, como hemos visto, no se supedita a una conducta o actuación concreta de los administradores definida legalmente, como en el caso del art. 262.5 LSA, resultando susceptible de aplicación a múltiples situaciones, que, como las previstas en el art. 164.1, 164.2 o 165 de la Ley Concursal, pueden determinar que el concurso sea declarado como culpable, y también a diferentes estados en los que pueden encontrarse los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, de modo que el legislador, que tampoco define cuándo procede imponer “total o parcialmente” esta sanción, parece dejar al criterio o arbitrio del juez la aplicación de esta sanción, una vez concurran los presupuestos arriba indicados para su aplicación, así como la determinación de su extensión, debiendo judicialmente explicarse, en cada caso, como así se ha pretendido, tanto las razones de la imposición de esta sanción facultativa, como los motivos que llevan a fijarla en una determinada extensión, susceptible en cualquier caso de determinación*

en ejecución de sentencia con una simple operación aritmética, conforme a lo previsto en el artículo 219 LEC⁴⁵.

5. Breve reflexión final

a. En lo que coinciden todos los autores y todas las resoluciones judiciales que he citado es en que el precepto objeto de estudio (el apartado 3 del art. 172) no constituye, desde luego, un dechado de precisión técnica. En suma, en que se trata de un texto ambiguo, de difícil interpretación y de también muy difícil inserción en el conjunto del *sistema* de responsabilidad de los administradores sociales. Sin duda, la mayor dificultad reside en conciliar el precepto con la regla del último inciso del número 3º del precedente apartado 2 y con el régimen general de responsabilidad de administradores sociales establecido en las Leyes reguladoras de las sociedades anónimas y de las de responsabilidad limitada.

También es patente que la interpretación de la norma en cuestión ha dado lugar a dos interpretaciones radicalmente divergentes, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Aunque tanto entre los autores como en las resoluciones judiciales predomina la tesis que ve en el precepto un caso de *responsabilidad-sanción*, o de *pena civil*, creo que no puede hablarse de un ostensible predominio de una interpretación sobre la otra. La que propugna la *responsabilidad por daño* (o *responsabilidad por culpa*) cuenta con no pocos defensores y con un buen número de resoluciones judiciales.

Por otro lado, como corresponde a una cuestión tan *dudosa*, es frecuente que autores y resoluciones se cuiden de formular cautelas en la opinión, reconociendo que la contraria no está ayuna de argumentos.

b. A mi juicio, la teoría que ve en el precepto un caso de *responsabilidad-sanción* cuenta con mejores argumentos desde el punto de vista de la interpretación sistemática (o, como dice el art. 3.1 CC, "*en relación con el contexto*"). Resumiendo, vendría a ser un razonamiento inspirado en la *reducción al absurdo*, en el sentido de que, de

45. La sentencia condenó al administrador Don Antonio a pagar la cantidad —es decir, toda— que los acreedores concursales no perciban en la liquidación de la masa activa. Los hechos, particularmente graves, quedaron así descritos en la resolución: "*En pocas ocasiones podremos enfrentarnos, ante una insolvencia concursal en una sociedad de responsabilidad limitada, con una conducta tan dolosa como la del administrador D. Antonio Herrera García, y en consecuencia tan merecedora de reproche y de la sanción que aquí nos ocupa, debiendo ser condenando en consecuencia el citado administrador a cubrir totalmente el déficit, en consideración a su actuación, huyendo tras detectarse la crisis de las sociedades por el administradas, sin regularizar su situación, con un desprecio absoluto a quienes habían depositado su confianza en él, y sostenido por ello relaciones comerciales con la concursada, permaneciendo además, tras la declaración del concurso, largo tiempo en paradero desconocido, sosteniendo financieramente esta situación.*"

no ser como esa tesis sostiene, el precepto quedaría vacío de contenido; es decir, sería superfluo.

No obstante, y sin perjuicio de la fragilidad que en general puede tener la argumentación *sobre el absurdo* –porque en muchos casos se basa en un *prejuicio* de quien la formula–, lo que me inquieta es el desenlace de esa línea de interpretación, esto es, la figura misma de una “responsabilidad” cuyo contenido se agote en su resultado (el de sancionar); dicho de otro modo, en la que únicamente se encuentre una *función punitiva*.

No descarto conceptualmente la existencia de *responsabilidades-sanción*⁴⁶, pero considero que llegar a la conclusión de su existencia, *como consecuencia de la interpretación de una norma*, exige que tal consecuencia se desprenda del texto legal de forma clara, incontestable e inequívoca. No entenderlo así es, a mi juicio, tanto como atentar contra el principio de seguridad jurídica, instaurar en el Derecho privado un propósito sancionador que en principio le es ajeno y dar cauce a la arbitrariedad. En este sentido, me parece excelente el razonamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jaén, de 21 de mayo de 2007, a la que antes me he referido⁴⁷.

Tanto más, cuando estamos hablando de un precepto en el que la *responsabilidad* está repleta de imprecisiones y oscuridades. Esto es, algo que pugna abiertamente con cualquier norma sancionadora. No está de más recordar el “*podrá*” y la circunstancia de que la condena al pago tiene por objeto el déficit patrimonial, pero “*total o parcialmente*”. Y como telón de fondo, la ausencia de *criterios legales* que gobiernen la decisión judicial en torno a cuándo procede la condena y en qué medida.

c. Se impone, pues, un esfuerzo de imaginación que haga posible dar al art. 172.3 LC algún sentido, sin tener que acudir, necesariamente, al “fácil” pero a la vez tan peligroso criterio de la *responsabilidad sanción*.

Las razones que antes he dicho, y que están muy bien ilustradas en varios de los autores y en algunas de las resoluciones que adoptan el criterio de la llamada *responsabilidad por daños*, me mueven a discrepar –también, cómo no, con toda cautela– de la interpretación que ve en el precepto un caso de *responsabilidad sanción*.

Por ello, situado en la tesis que prefiero denominar *responsabilidad por culpa*⁴⁸, me pregunto si no podría superarse el argumento de la *inutilidad* del apartado 3 del

46. Podrían estar relativamente cerca de ellas los casos (no desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico) en los que la ley impone al dañador el deber de indemnizar en el beneficio obtenido por él como consecuencia del acto lesivo, no por el daño realmente sufrido por la víctima.

47. En la misma línea se mueven algunos de los autores que militan en la tesis de la *responsabilidad por daño*. Me parece que en algún caso se adopta esa interpretación, más que nada, por repugnancia –en el terreno de los principios– hacia la otra.

48. En consecuencia, persuadido de que el criterio razonable es el que jurisprudencialmente abrió el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006, arriba examinado.

art. 172 (a mi juicio, el principal que asiste a la teoría de la *responsabilidad-sanción*) entendiendo que lo que en él subyace es una presunción legal de *culpabilidad*⁴⁹ en los sujetos de la posible condena y una presunción de relación de causalidad entre su conducta y el daño.

La *presunción de culpabilidad* –me refiero ahora a la de carácter legal, art. 385 LEC– es figura harto conocida en todo sistema jurídico. Y muy presente en el régimen *común* de responsabilidad de nuestro ordenamiento. No menos presente está en el terreno de las *presunciones judiciales* que regula el art. 386 de la Ley procesal civil⁵⁰.

La *presunción de relación de causalidad* (aquí, sólo *presunción legal*) podría resultar más llamativa, pero no encuentro razones que la descarten.

Es sabido que la jurisprudencia de la Sala Primera ha tenido buen cuidado en repetir que la presunción de culpa (con la consiguiente inversión de la carga de la prueba) no puede extenderse en modo alguno a la relación de causalidad, que debe ser probada por el demandante; esta puntualización alcanza sólo a la *presunción judicial*.

Mas esto no significa que la relación de causalidad, en todo caso inexcusable para poder hablar de responsabilidad⁵¹, no pueda ser establecida (o *predeterminada*) por la ley. Podría ser lo sostenido por quienes entienden que el legislador concursal –en el precepto que nos ocupa– ha optado por *prescindir* del nexo causal para poder llegar a una sentencia condenatoria⁵².

Ahora bien, este modo de pensar, que –al menos en cuanto a las consecuencias prácticas– puede no estar demasiado en contradicción con quienes defienden la tesis de la *responsabilidad-sanción*, se matiza por mi parte en el sentido de que las presunciones legales a las que me refiero no serían nunca *de iuris et de iure*, sino *iuris tantum*.

Es decir, propongo la posibilidad de que del precepto que me ocupa quepa extraer la conclusión de que en él se instaura un sistema de presunciones legales, tanto en relación con la *culpabilidad* como en cuanto a la relación de causalidad, pero de

49. Dicho de otro modo, de *imputabilidad subjetiva*, pues resulta obligado evitar la palabra *culpa*.

50. Basta recordar la que, desde hace ya varias décadas, domina en la interpretación y aplicación del art. 1.902 CC.

51. Incluso en la materia que nos ocupa. Recuérdese cómo la STS 9-4-2007, por ejemplo, absolvió al liquidador de una sociedad, a pesar de haber infringido el deber de instar la quiebra ante una situación de insolvencia, previsto en el ya derogado art. 124 LSRL, por no haberse acreditado la existencia de los daños y, sobre todo, el nexo causal entre dicha infracción y los créditos insatisfechos.

52. Adviértase cómo, por ejemplo, la STS 28-4-2006 (RJ 2006/4087) utiliza precisamente, en relación con el art. 262.5 LSA, cuya naturaleza de *responsabilidad-sanción* se admite en general, la expresión “*relación de causalidad preestablecida*”.

suerte que a los administradores les sea posible la prueba en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 385 LEC.

Entendida así la norma, se invertiría la carga de la prueba (extremo éste, el de la prueba, que, aunque en el sentido opuesto, tanto convence a los defensores de la teoría de la *responsabilidad-sanción*), con lo que se conseguiría el propósito de *represión de conductas* que en buena medida inspira a quienes propugnan la tesis en cuestión. Pero sin pervertir los rasgos que tradicionalmente se asignan a la responsabilidad civil; esto es, sin atentar contra sus principios⁵³.

d. Esta interpretación que sugiero podría acercarse mucho, en cuanto a las consecuencias de la aplicación del precepto, a lo que resulta de la doctrina que, aunque con vaivenes, se observa en algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo en torno al art. 262.5 LSA⁵⁴.

En efecto, durante diez años, el Tribunal Supremo sostuvo que la responsabilidad de los administradores prevista en el art. 262.5 LSA es una suerte de pena civil, que se fundamenta en el incumplimiento por los administradores de la sociedad de la obligación de convocar la junta cuando concurra causa de disolución, y no exigía la existencia de una culpa distinta del simple incumplimiento de dicha obligación, ni de perjuicios, ni de la relación de causalidad, ni de ningún otro requisito.

A partir del año 2006⁵⁵, el TS se desmarca de aquella doctrina para afirmar que, aunque dotada de una cierta singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad, se trata de un supuesto más de responsabilidad extracontractual, llegando a calificarla incluso como de responsabilidad por daños⁵⁶.

La consecuencia práctica de ese cambio de orientación por parte del Alto Tribunal se describe con precisión en las sentencias que siguen esta nueva doctrina, al se-

53. No se me oculta que la prueba en contrario, a cargo de los administradores, podrá ser muy difícil, pero ahí radicaría la finalidad y el efecto *represivos* de la norma.

54. Sobre ella ha escrito HERNANDO MENDÍVAL, J.: "Un nuevo rumbo –aunque con vacilaciones– en la interpretación del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (STS-Pleno 28-4-2006): de la responsabilidad sanción a la responsabilidad extracontractual", pendiente de publicación en *Revista de Derecho Patrimonial*.

55. La única excepción en la que el TS había rechazado imponer esta sanción había sido ante el conocimiento por los acreedores demandantes de la situación de crisis patrimonial de la sociedad en el momento de la generación del crédito (SSTS de 20-7-2001 (RJ 2001, 6865), 12-2-2003 (RJ 2003, 1007) y 16-10-2003 (RJ 2003, 7390), ratificadas en 2006 en STS de 16-2-2006 (RJ 2006, 2934)

56. Esa nueva línea interpretativa se encuentra ya en varias sentencias de la Sala Primera: 28 de abril de 2006, 26 de junio de 2006, 5 de octubre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 31 de enero de 2007, 7 de febrero de 2007, 20 de febrero de 2007 y 8 de marzo de 2007; esta última sentencia es la que califica la responsabilidad contenida en el art. 262.5 y en la DT 3ª.3 LSA como un supuesto de *responsabilidad por daños*.

ñar que se trata de templar y mitigar el rigor de la norma mediante la aplicación de las reglas y de las técnicas de la responsabilidad civil, es decir, evaluando los *problemas de imputación objetiva* (conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del crédito, solvencia de la sociedad, existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman) y de *imputación subjetiva*. En otras palabras, la posibilidad de exoneración de los administradores que, aun cuando hayan de pechar con la carga de la prueba (artículo 133.3 LSA), demuestren una acción significativa para evitar el daño (lo que se ha de valorar en cada caso), o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo (han cesado antes de que se produzca el hecho causante de la disolución, se han encontrado ante una situación ya irreversible), o incluso su desconocimiento absoluto de la marcha de la sociedad, o la imposibilidad, en términos de razonabilidad, de promover la disolución de la sociedad por su parte.

LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS SOCIALES. RESPUESTAS SOCIETARIAS, RESPUESTAS CONCURSALES

ABEL B. VEIGA COPO
Profesor Propio Adjunto de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho-ICADE
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO

1. Introducción. Soluciones sociales <i>versus</i> concursales	375
2. El momento exacto de detección de las pérdidas y la magnitud de las mismas. En busca del responsable.....	378
3. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales.....	384
4. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos.....	388

1. Introducción. Soluciones sociales *versus* concursales

Es probablemente el tema de la responsabilidad de los administradores sociales por pérdidas o deudas de la sociedad, una de las cuestiones más debatidas y quizás también más trilladas y, sin embargo, nunca resuelta del todo tanto por parte de nuestra doctrina como por parte de nuestra jurisprudencia, en ocasiones demasiado timorata. Por todos es sabido que la existencia de pérdidas, mejor dicho, pérdidas cualificadas, y por tanto graves, llevaba en el Código de Comercio a la disolución de la sociedad por la pérdida entera del capital (así el artículo 221.2º del CdC). Si bien tal aserto estaba pensado y regulado para las sociedades personalistas, *recte*, colectivas y, en su caso, comanditarias. En ellas no hay un capital social o cifra mínima que juegue como suma de retención a favor de los acreedores de la sociedad. La garantía patrimonial de los acreedores no sólo son los bienes presentes y futuros de la sociedad, su sombra abarca y alcanza al patrimonio de los socios, si bien de un modo subsidiario, solidario, personal y, en todo caso, provisional.

La cuestión cambia en el supuesto de sociedades capitalistas o corporativas. En efecto, el artículo 260.1.4º de la LSA establece como causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en medida suficiente, pero ¿qué es y hasta dónde llega esa medida suficiente? Como es fácilmente adivinable y sin entrar ahora en disquisiciones formales sobre si el valor patrimonial, el contable o el razonable de la empresa son los más idóneos o no para cuantificar la magnitud de las pérdidas contenidas en las cuentas anuales de las empresas, el momento exacto para determinar la cuantificación y alcance de las pérdidas y por tanto de las deudas sociales, es la clave tanto para determinar el devenir inmediato de la sociedad, bien sea a través de una operación societaria de saneamiento no sólo contable o nominal sino real y efectivo, bien a través de una disolución social o judicial y consecuentemente de una extinción de la sociedad y su personalidad jurídica, bien, a través de la iniciación de un procedimiento concursal de insolvencia en el que el ordenamiento societario se queda a extramuros. Sirva como adelanto que es posible y factible, por tanto, la disolución sin concurso, como

el concurso sin disolución. La yuxtaposición no se da, pero sobrevenidamente una situación puede desembocar en otra.

La magnitud o cuantificación de las pérdidas marcará la procedencia, que no la alternatividad, de una u otra solución. Si la sociedad sufre unas pérdidas que la sitúan en la antesala misma del presupuesto objetivo del concurso, los administradores de la sociedad no deberán solicitar el acuerdo de disolución a la Junta, sino instar el concurso voluntario. La inminencia de la insolvencia no tiene por qué obligar a los administradores a solicitar la disolución, sino el concurso. Éstos cumplen y cumplen bien con sus funciones y deberes legales de diligencia si instan el concurso y no la disolución en caso de insolvencia inminente. Sólo si no es procedente el concurso, procederá la disolución de la sociedad, mas si lo es, lo que procede es el concurso, sea éste actual o inminente y no la disolución y ulterior liquidación de aquélla. Y el administrador que ante la magnitud y contingencia de las pérdidas insta el concurso y no la disolución, que ya no procede, actúa bien y enerva la exigibilidad de la responsabilidad solidaria del 262.5 y 105.5 de la Ley de Anónimas y Limitadas respectivamente. La sanción civil del artículo 262.5 LSA no se desata por no instar el concurso, sino por no disolver en tiempo la sociedad cuando lo que procede es precisamente el acuerdo de disolución¹. La *ratio* de tal responsabilidad no hay que buscarla muy lejos, antes al contrario, la finalidad no era otra que la de erradicar la perversa práctica de disoluciones de hecho o de *facto* de sociedades que cerraban sus puertas de un día para otro. De ahí que no quepa parificar la "sanción" que se establece como consecuencia en el ordenamiento societario por no instar la disolución, con la establecida en el concurso, si bien y de un modo absurdo como veremos *infra*, ambas soluciones, ambas responsabilidades se igualan en el caso de una sociedad limitada.

La cuestión es que el administrador o administradores discernan realmente qué procede y qué no procede para la sociedad. Es evidente que si las pérdidas han generado una situación de insolvencia lo procedente es solicitar el concurso. No estamos ante causa de disolución alguna, por lo que no debe entrar en juego el mecanismo abierto en el artículo 262 de la Ley de Anónimas. Éste sólo se configura como solución societaria, si bien extintiva de la personalidad jurídica. Ahora bien, en una vuelta de tuerca más, esa procedencia puede nivelarse o graduarse, pues en ocasiones la misma será obligatoria, y en otras posible. No es lo mismo la insolvencia actual que la insolvencia inminente.

Es indudable que en el caso de insolvencia actual lo que no procede es la disolución societaria, y por ende, no hay incumplimiento del deber legal de los administradores por no convocar la junta disolutoria. La obligación es otra, instar el concurso, esa es la carga legal. Y de no hacerlo el administrador no va a responder conforme al crite-

1. Sobre esta procedencia que no alternatividad vid. las reflexiones de PERDICES HUETOS, "La responsabilidad de los administradores por deudas sociales a la luz de la Ley Concursal", *Indret* 3/2005, p. 3; también PULGAR EZQUERRA, "El presupuesto objetivo de apertura de concurso de acreedores", *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 87 que apunta esta alternatividad.

rio del artículo 262.5 o 105.5 de las leyes anónimas y limitadas respectivamente, sino que generará una presunción de culpa grave a la hora de calificar la insolvencia (artículo 165 Ley Concursal), activándose la posibilidad de exigir la responsabilidad por el residuo, es decir, un complemento de responsabilidad, a los administradores de la sociedad. La sanción no es societaria, es concursal. Y si procede el concurso las soluciones como también las responsabilidades son las que marque el procedimiento de insolvencia. Y esa responsabilidad parte de una presunción de dolo o culpa grave cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso². Así las cosas la ley concursal en aras de anticipar la solución concursal y mitigar el daño y déficit patrimonial, establece el deber de instar el concurso. Anuda una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en el concurso a la inactividad de quien correspondía ser diligente. Será cargo de éste o sus representantes acreditar que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso obedece a un motivo o causa suficiente. También incumpliría el administrador si meramente solicita pero no acompaña documentalmente la situación financiera o guarda una mera e indolente actitud pasiva.

La responsabilidad de los administradores es diferente y hasta cierto punto se atempera en función del camino emprendido por la sociedad. Ahora bien, si esos caminos son diversos, las soluciones también habrán de serlo, lo que no impide para criticar la extrema severidad con que en función de la solución, se pretenda exigir la responsabilidad de los administradores. Es un disparate exigir una responsabilidad mayor en sede societaria por no disolver la sociedad que sufre pérdidas cualificadas, que la que se exige en la Ley Concursal ante una insolvencia de la sociedad. Una responsabilidad que poco o nada tiene que ver con las acciones de responsabilidad social o individual que se cohonestan en los artículos 133 a 135 de la Ley de Anónimas. Responsabilidad que, como veremos, dimana de un hecho objetivo, –repáre el lector que no hablamos de responsabilidad objetiva–, a saber, el no cumplimiento de los deberes legales de los administradores de la sociedad que, ante pérdidas, no son capaces de reaccionar cuando lo que procede es la disolución, liquidación y extinción definitiva de la sociedad.

Responsabilidad que no es objetiva ni extracontractual, si no que juega una dimensión distinta, la sancionadora, la punitiva, en la justa medida y proporcionalidad a la desidia y dejadez de la administración. No ha de olvidarse que en fase prelegislativa la disposición final vigésima de la Ley Concursal que modificaba precisamente la Ley de Anónimas sobre todo en sede de disolución, a la hora de regular y adaptar el artículo 262.5 sobre la responsabilidad de los administradores ha sido una de las disposiciones que más modificaciones experimentó en fase parlamentaria³.

2. Sobre el significado y caracterización de la presunción vid. in extenso, GARCÍA-CRUCES, “Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave”, *Comentario de la Ley Concursal*, II, (ROJO/BELTRÁN (Dirs.), Madrid, 2004, pp. 2535 y ss.

3. Sobre este particular vid. BELTRÁN, “Disposición Final Vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, II, Madrid, 2004, pp. 3241 y ss.

Los interrogantes se multiplican, y lo hacen porque la existencia de pérdidas, cualificadas, va a provocar, ante la parquedad y poca claridad del legislador, un torrente de dudas y problemas jurídicos en el orden societario que ni doctrina ni una vacilante y timorata jurisprudencia han sido capaces de aclarar. Sirva como botón de muestra las dudas que surgen, por ejemplo y en primer lugar, a la hora de determinar el momento o *dies a quo* en que los administradores tienen el deber legal de convocar junta, y convocar significa celebrar efectivamente; en segundo lugar, también se cierne la duda sobre si es alternativo o no convocar junta para adoptar el acuerdo de disolución a partir de ese plazo bimensual o por el contrario para remover la causa de disolución, es decir, si el plazo de dos meses desde la existencia de las pérdidas es inexorable y, por lo tanto, el único tiempo habilitante para adoptar medidas paliativas a las pérdidas, o por el contrario, éstas puede adoptarse en la misma junta que en teoría tiene una única finalidad, la disolución; en tercer lugar, surge también la duda de si el administrador es suficientemente diligente instando la declaración concursal y no la causa de disolución cuando la insolvencia es manifiesta y actual o, incluso inminente. ¿Se le puede exigir responsabilidad societaria o únicamente la que concursalmente proceda en estos casos? En cuarto lugar, ¿cabe un cumplimiento tardío en la convocatoria de la junta como así parece reconocerlo la jurisprudencia más reciente?, ¿hasta dónde llega la inactividad de un administrador que a pesar de no haber convocado en tiempo y forma la junta para acordar la disolución, sí negoció el crédito de algunos acreedores, ofreciendo canje por acciones, daciones en pago, reducciones de capital con ulteriores aumentos, y una posible solución concursal? No cabe duda que si hay que ser rígidos o por el contrario demasiado laxos, la jurisprudencia del Supremo se ha encargado de dar buena nota. Sirva como contraste la sentencia de 23 de febrero de 2004 que rechaza una interpretación rígida y literal de la norma, tolerando y no puniendo la convocatoria extemporánea de la junta transcurrida más de dos meses de plazo y la sentencia extremadamente apegada a la letra del artículo 262, formal y rigorista de 16 de diciembre de 2004.

2. El momento exacto de detección de las pérdidas y la magnitud de las mismas. En busca del responsable

Es indudable que determinar y radiografiar el pasivo de una sociedad en un momento dado abre un abanico de posibilidades diversas para la sociedad. El saber si las pérdidas sobrepasan o no unos determinados umbrales, no sólo afecta al derecho corporativo de la sociedad, todo lo contrario, su proyección se yergue por encima de la propia sociedad y las normas sociales. La diligencia o la falta de la misma por parte de los administradores, así como su pasividad, lacerante y exacerbada en ocasiones, puede abocar a una extinción de la sociedad en peores condiciones que las que en realidad estatuye la propia ley de anónimas y limitadas.

En efecto, si un administrador ante los primeros síntomas de iliquidez de la sociedad reacciona en tiempo y forma, es fácil sanear y salvar la empresa, si es que interesa salvarla o reflotarla. Ahora bien, si tras el primer balance de situación o comproba-

ción de la sociedad, o lo que es lo mismo, las cuentas provisionales que se elaboran en el primer trimestre, y que evidencian síntomas inequívocos de iliquidez o, en el peor de los casos de una insolvencia absoluta, los administradores no reaccionan ni conforme al derecho de sociedades, ni conforme al ordenamiento concursal, la responsabilidad de los mismos se agrava extraordinariamente⁴. Pero la cuestión es, ¿qué debe primar, la seguridad jurídica, –y donde la ley no distingue, tampoco aclara nada, no lo hagamos nosotros–, o por el contrario un sentido de la realidad más previsor y anticipador que ante los primeros síntomas de pérdidas pueda el administrador reaccionar a través de las insolvencias? ¿Acaso ignora un administrador la posibilidad, en cuanto presupuesto objetivo del concurso, de solicitar el concurso ante una insolvencia inminente?, ¿acaso no es concededor de las cuentas y el declive patrimonial de la sociedad desde esos balances de situación sin necesidad de esperar al cierre del ejercicio y formulación de las cuentas definitivas?, y si no está al tanto de la situación económico patrimonial ni busca el asesoramiento preciso ¿por qué no ha de responder de su falta de diligencia? Ahora bien, ¿un primer balance trimestral que arroja pérdidas implica en todo caso que no pueda en sucesivos trimestres ser mejorado?, ¿es que un acreedor, socio o la propia sociedad no puede exigirle la responsabilidad social del artículo 133 de la ley de anónimas ante esa inactividad?

No cabe duda que, hoy por hoy, no puede negarse la concurrencia de causa de disolución de la sociedad cuando los administradores, en cualquier momento del ejercicio, y por tanto, sin necesidad de esperar al cierre del mismo, conozcan o debieran conocer, pues se presume un mínimo de diligencia legal, la existencia del desfase o

4. Por ahí se encamina el fundamento jurídico sexto de la STS de 16 de diciembre de 2004 cuando asevera: "... hay que coincidir con la doctrina mayoritaria cuando acepta que el plazo para la convocatoria de la Junta General para la disolución de la sociedad debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación". Ahora bien, nada nuevo, ya con anterioridad habían postulado idénticos extremos las STS de 30 de octubre de 2000 y 20 de julio de 2001. En nuestra doctrina una de las voces que antes se han postulado a favor de que existe causa legítima para la disolución desde el mismo instante en el que los administradores conocieron o hubieran debido conocer la existencia de las pérdidas, BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 116 y ss. Contra ROJO FERNÁNDEZ-RIO, "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, p. 1459 y ss., para quien si los administradores formularan sus cuentas antes de que finalicen los tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, se beberá estar a la fecha de la formulación, mas si por el contrario, infringiendo el deber legal de formulación oportuna, dejan transcurrir ese plazo de tres meses (art. 171.1 LSA) sin redactar las cuentas anuales, el *dies a quo* para la convocatoria de la junta sería el último día del plazo para esa formulación en tiempo.

desequilibrio patrimonial de la sociedad. Así lo han venido a reconocer dos sentencias del Supremo de 30 de octubre de 2000 y 16 de diciembre de 2004⁵.

La sociedad bien puede aminorar las pérdidas, mas no en todo caso, hay un límite, la oportunidad, o por mejor decir, la procedencia de solicitar la declaración de concurso, pues en ese caso, no opera causa de disolución alguna, sino su supeditación a la normativa concursal. Si bien hemos de cuestionarnos si la reducción de capital debe o no situarse en el mismo plano que el acuerdo de disolución. Es decir, si existen pérdidas, pérdidas cualificadas, los administradores tienen dos meses para convocar junta para que acuerde la disolución de la sociedad, única y exclusivamente con esa finalidad. Y si este es el dictado de la norma, ello significa o puede al menos significar que ese intervalo de tiempo hasta antes de convocar la Junta, también podría acordar otra medida que busque la remoción de la causa, las pérdidas. Pero ¿pueden en el seno de la propia junta optar por una medida distinta y alternativa a aprobar el acuerdo de disolución?

Tomar partido por una u otra postura conduce inevitablemente a soluciones antitéticas. Es cierto que la ley de anónimas no establece margen alguno a la alternatividad, antes bien, parece que impone a los administradores el deber de convocar la junta para la disolución de la sociedad dentro del plazo de dos meses desde que concurra la causa, previendo una posibilidad, tratar de remover la causa de la disolución durante ese tiempo que media entre el hecho concurrente y a la postre generador de la responsabilidad y la efectiva celebración de la junta que bien puede frustrarse en su devenir inmediato. Pero pronto surge el interrogante, ¿se liberan del deber legal de disolver aquellos administradores que buscan sanear la situación patrimonial de la empresa a través de una reducción de capital con anterioridad a la obligación de convocar? Reducción, eso sí, de imposible ejecución material en tan exiguo plazo. Para el Supremo parece que únicamente es viable que todo el proceso de reducción, o de reducción y aumento simultáneo, tenga lugar dentro de ese plazo de dos meses, transcurrido el cuál únicamente cabe la disolución de la sociedad.

Así el fundamento jurídico tercero de la STS de 16 de diciembre de 2004 viene a señalar que " ... si la causa de disolución subsiste durante más de dos meses desde su acaecimiento, los administradores han incumplido el deber del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que implica que tal deber no se incumplirá si la causa de disolución desaparece antes del término bimensual, pues desaparecido el requisito previo del deber no hay tal deber y menos incumplimiento del mismo".

5. Recuerda URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, en Uría-Menéndez, I, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 1094, como la determinación de las pérdidas, del importe de las mismas se hará en atención al contenido de las cuentas anuales, sin perjuicio, lógicamente, del derecho de los accionistas a impugnar el acuerdo de aprobación de las mismas cuando no reflejen exactamente la situación económica de la sociedad. Es más, nada impide que la Junta General reconozca la existencia de esta causa de disolución se realice con anterioridad a la terminación del ejercicio social en curso, a través de un balance confeccionado al efecto.

Hasta cierto punto sorprende la dureza y maximalismo del Supremo⁶. A nuestro juicio si los administradores en ese plazo que antecede a la celebración de la junta son capaces de remover la causa deficitaria, ésta queda removida.

Es cierto que la Ley Concursal ha ido más allá de las modificaciones necesarias en la Ley de Anónimas, añadiendo algunas que vienen a significar una subordinación-supeditación del derecho societario al hecho de si se solicita o no el concurso. En efecto, cuando concurra la situación de pérdida de la mitad del capital social, a no ser que éste bien aumente, bien se reduzca en la medida de lo necesario, los administradores podrán solicitar la declaración concursal, pudiendo incluso cualquier accionista requerir a éstos para que convoquen junta general si, a su juicio, existe causa legítima para el concurso, conforme reza el artículo 262.2 – III LSA. Ahora bien, no estamos preconizando que quien tenga la *potestas* para solicitar el concurso sea la Junta, en cuanto órgano soberano, sino los administradores. Lo que no empece la conveniencia de oír a la Junta y obtener además su *placet* que, sin ser obligatorio, sí es aconsejable. La norma no dice en ningún momento que los administradores de una sociedad anónima deban **en todo caso** convocar junta para someter a los socios una cuestión estrictamente material y técnica como es la de instar el procedimiento de insolvencia. Como bien se ha dicho, la competencia para decidir es material, no meramente procesal, y por tanto el único órgano competente es el de administración, incluso ante insolvencia inminente⁷.

No olvidemos que el concurso no abre por sí solo la disolución y ulterior liquidación de la sociedad con la extinción de la personalidad jurídica, más sí lo hace la apertura de la fase de liquidación concursal. No olvide el lector que el artículo 260.2 expeditivo y contundente, amén de claro en este punto, establece la disolución automática de la sociedad con la apertura de la fase liquidatoria concursal. Es y será la resolución judicial que abra la fase de liquidación la que contenga la declaración de disolución si ésta no estuviera acordada, tal y como establece el artículo 145.3 de la norma concursal que, de facto, viene a establecer una causa de solución de pleno derecho en la que no hace falta el concurso legítimo de la Junta general⁸. Sobra aclarar que

6. Con buen tino BELTRÁN, "Las pérdidas y la responsabilidad de los administradores", cit., p. 414 busca una posición de equilibrio. Así si bien la ley no permite entender cumplido el deber de los administradores con la simple decisión interna de reducir capital, dado que requiere la convocatoria de junta general, tampoco exige expresamente que la medida alternativa a la disolución haya sido completada dentro del plazo de dos meses. Así las cosas, la convocatoria de la junta general dentro del plazo legal es suficiente para entender cumplido el deber, aunque la remoción efectiva hubiera tenido lugar con posterioridad. La sanción es fruto del incumplimiento del deber de convocar, no porque no se obtenga la remoción de la causa de disolución.

7. Conforme PERDICES HUETOS, "La responsabilidad de los administradores por deudas sociales", cit., p. 7.

8. Sobre esta apertura de liquidación concursal versus liquidación social vid. entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, "Art. 145. Efectos sobre el concursado", en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, II, Madrid, 2004, pp. 2346 y ss.

liquidación social nada tiene que ver con liquidación concursal, una ni se yuxtapone ni presupone la otra. La primera se aboca a la extinción legal de la persona jurídica, con la eliminación de todas sus relaciones jurídicas con terceros. La concursal busca la satisfacción de los acreedores. Y esa satisfacción va a implicar que desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea suficiente para satisfacer todas las deudas. Paralelamente la Ley Concursal prevé el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores del concurso tendrán acceso y derecho de asistencia y voz en las sesiones de Juntas y Consejos. Asimismo los administradores del concurso podrán entablar la acción contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso, y, de modo subsidiario, los acreedores las entablarán una vez aprobado el convenio o la liquidación del patrimonio social. Y así como procede el embargo contra administradores sociales también se evacuará de oficio o rogado frente a los bienes y derechos de los socios en cuantía suficiente cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para la satisfacción de todas las deudas. Embargo que puede ser sustituido por aval de entidad de crédito.

La reducción de capital no procede cuando la sociedad está inmersa en una situación de insolvencia, y no ante una situación transitoria en el mejor de los casos de iliquidez. Y ante la disyuntiva entre reconocer una causa de disolución por pérdidas graves y proceder a la declaración de concurso, no hay alternativa posible, procede la declaración de concurso. En caso contrario, la sociedad en tanto persona jurídica, sino quiere verse abocada a la disolución y liquidación, habrá de aumentar o reducir el capital social en la medida necesaria, realizando incluso una operación acordeón de simultánea reducción y aumento de capital. Una vez que el patrimonio cubra la mitad del capital social, pues ese y sólo ese es el límite legalmente establecido para proceder a la disolución de la sociedad, toda vez que así lo ratifique la junta general en cuanto órgano soberano, se reestablece la viabilidad de la sociedad aún cuando el reequilibrio financiero no sea óptimo e incluso exacto.

Así las cosas, si la previsión de pérdidas sociales cuando no la existencia de las mismas se puede subsanar dentro de la propia sociedad y con operaciones netamente societarias no procede el concurso de la misma, por lo que, en cierta medida, la adopción de esas operaciones que no buscan sino el saneamiento y equilibrio patrimonial contable de la sociedad son operaciones de índole preconcurso. Ahora bien, cuando la insolvencia es actual, e incluso, cuando aquélla es inminente, el derecho de sociedades cede protagonismo al derecho de las insolvencias. Y así debe ser y ha de serlo. Y por lo que ahora atañe a la centralidad de esta ponencia, la responsabilidad de los

administradores, y, en su caso, socios, sobre todo en sociedades personalistas, es diferente tanto en su configuración estructural como en su alcance. Pensemos incluso en aquellos tipos sociales capitalistas o parapetados en el *intuitu pecuniae* pero en los que el *intuitu personae* tampoco cede protagonismo, en los que legal o incluso estatutariamente se prescribe que sólo asumirán la condición de administradores los socios de la sociedad. En efecto, si ante la existencia de pérdidas cualificadas, pérdidas graves, los administradores no actúan procurando la disolución de la sociedad y, recuérdese que en sede de anónimas la causa de disolución por pérdidas graves no es una causa de disolución que opera *ipso iure* o de pleno derecho, sino que es una causa legítima *ex lege* que necesita a mayores la concurrencia de la voluntad societaria, la junta general, para aprobar la disolución de la sociedad, los administradores incurrirán en una responsabilidad solidaria por las deudas sociales que se originen desde ese momento. Cuestión sobre la que volveremos de inmediato. Por el contrario, si los administradores solicitan la declaración de concurso, para lo que no es necesario la convocatoria de la junta general ni decisión al respecto de la misma, eluden la responsabilidad tan grave que establece el artículo 262.5 de la ley de anónimas y 105.5 de su homónima de limitadas. Lo que no empece la concurrencia de responsabilidad de los mismos conforme a los parámetros del artículo 172 de la Ley Concursal si el concurso es calificado como culpable.

En todo caso, los administradores responderán del residuo pasivo no cubierto por el patrimonio de la sociedad concursada. Cuestión distinta es la concurrencia o paralelismo sucesivo de ambas responsabilidades, societaria y concursal. Si las pérdidas ya no sólo provocan una disolución sino el concurso y la pasividad de los administradores es total, surgirá no sólo la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de promover la disolución de una sociedad todavía no insolvente, con la que dimane como complemento de residuo ante la masa pasiva. No sería descabellado pensar en aquellas sociedades que con pérdidas ni se reduce ni aumenta capital, llegando las mismas a superar la mitad de capital social, pero sin estado de insolvencia. No hay acuerdo de disolución, ni siquiera se llega a plasmar esa posibilidad, por lo que los administradores ni siquiera convocan junta a los dos meses. Trascurridos diez meses desde la constatación de las pérdidas, la sociedad está ya en insolvencia y se abre el concurso, sea necesario, sea voluntario. Se produce, qué duda cabe, una acumulación de responsabilidades, societaria y concursal, aquella consistente en la responsabilidad por las deudas surgidas tras la causa de disolución, la otra, consistente en la responsabilidad de residuo de cualesquiera otras deudas de la sociedad⁹.

Cuando concurre una posible causa de disolución, como es la situación de pérdidas cualificadas o graves, y una situación de insolvencia, aquella cede ante ésta. La

9. Sobre la problemática de coordinar una y otra responsabilidad vid. ALONSO UREBA, "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 del proyecto de ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)", en *Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, Madrid, 2002, pp. 193 y ss.

protección de los acreedores ya no la puede dispensar el derecho de sociedades, que ha fracasado, sino las normas concursales que, en principio, y sólo en principio, parte de un principio más utópico que real, de *par condicio creditorum*. Un principio que no pasa de ser una mera idea valor y donde la proporcionalidad y la paridad están reñidas.

3. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales

Como ya hemos señalado anteriormente la concurrencia de pérdidas graves no opera *per se* con efectos taumatúrgicos, antes bien, es necesario el acuerdo social de disolución o, en su defecto o ante su imposibilidad manifiesta por voluntad obstructiva de la junta general, la disolución judicial de la sociedad. Y entre estos dos extremos han de moverse los administradores de la sociedad si no optan por la solicitud del concurso. Los administradores por tanto, tienen la obligación de convocar Junta General en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de disolución. Así las cosas, lo que han de solicitar los administradores, siempre que no sea procedente el concurso dado que las pérdidas no han generado todavía una situación de insolvencia, ni actual ni tampoco inminente, de la junta convocada ad hoc y de acuerdo con los artículos 262.1 y 262.2 I de la Ley de Anónima, es la disolución de la sociedad y ante la negativa de aquella o la adopción de medidas paliativas o meramente distractivas cuando ya no corresponden, habrán de solicitar la disolución judicial de la sociedad conforme a los parámetros del artículo 262.4 de la Ley de Anónimas. Establece este artículo la obligación de que los administradores soliciten la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. Recuérdese que otra de las causas de disolución reguladas en el artículo 260 de la Ley de Anónimas es la paralización de los órganos sociales, de facto de la junta general, nunca del consejo de administración al ser factible la remoción de los administradores.

La solicitud de la disolución habrá de formularse en el plazo de dos meses. Los administradores gozan de un plazo bimensual para convocar y celebrar la junta general, y cuando ésta no se haya constituido, o cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiere adoptado, los administradores deberán procurar la disolución forzosa por la vía judicial.

Los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales si concurriendo la causa de disolución no logran o bien, el acuerdo necesario de la junta general, o, en su defecto y ante la renuencia, pasividad o imposibilidad de un acuerdo por paralización en la capacidad de decidir del órgano soberano, la decisión judicial que reemplace a aquélla. Ahora bien, de un modo alternativo al acuerdo social de disolución siempre es viable alcanzar un acuerdo de remoción de la causa de disolución aprobando un aumento o una reducción de capital en la

medida necesaria¹⁰. Pero ¿cuándo comienza el cómputo o el *dies a quo* bimensual? No puede haber otra solución, al menos ante la existencia de pérdidas cualificadas que el tomar como *dies a quo* la fecha en que los administradores detectaron, o debieron detectar que es peor, las pérdidas patrimoniales, o lo que es lo mismo, el grave desequilibrio económico financiero¹¹. Y es a partir de ese preciso momento y no el de exteriorización al cierre de las cuentas cuando empieza a correr el plazo de dos meses para convocar la Junta General que acuerde la disolución. Como fácilmente puede sospechar un avezado lector el talón de Aquiles es probar la fecha a partir de la cuál los administradores conocían semejante circunstancia. Y si entre esa prueba por muy difícil que sea o la certeza de una fecha fija o cierta pero engañosa a la postre hubiéramos de optar, será sin duda preferible decantarse por aquella, la del momento exacto o a partir del cuál los administradores deberían haber conocido la gravedad de las pérdidas¹².

Un plazo bimensual que separa la responsabilidad solidaria de los administradores de una adecuada diligencia en el cumplimiento de los deberes y funciones de administrar. Por todos es sabido que existe un plazo legal de tres meses contados desde el cierre del ejercicio para formular las cuentas anuales (vid. artículo 171.1 de la Ley de Anónimas). Fecha inequívoca cuando menos, lo que no obsta para hacer pechar al administrador con la propia responsabilidad cuando debió detectar la existencia de pérdidas con mayor antelación. Y máxime cuando para cierto tipo de sociedades se elaboran balances trimestrales de comprobación u otro tipo de balances que constituyen un auténtico banco de pruebas sobre la viabilidad financiera de la sociedad.

10. Sobre esta alternativa, vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "El artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas: sobre el plazo de dos meses y los efectos del convenio concursal. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 23 de febrero de 2004", ADCo, 2004, nº 2, pp. 83 y ss., p. 94 para quien la convocatoria de la Junta debería realizarse bien para que la sociedad se disolviese, bien, adicional, voluntaria y alternativamente, para que la Junta General de la misma acordase la ampliación o reducción del capital. Precisa como la última opción de la alternativa es voluntaria, ya que la Ley sólo obliga a que el administrador convoque Junta de disolución, no junta de enervación de la causa disolutoria.

11. A favor de esta interpretación entre otros y con particular autoridad ROJO FERNÁNDEZ-RIO, "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, p. 1462 y ss.

12. No le falta razón a RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "El artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., p. 100 cuando asevera como en este punto, debe ponderarse qué es preferible: la seguridad jurídica que proporciona estar a una fecha fija o la mejor protección del tráfico comercial que implica exigir la actuación del administrado a partir de la fecha de su conocimiento diligente de las pérdidas, conocimiento que, como consecuencia de los avances de la técnica, cada día puede tener lugar con mayor prontitud. Esos avances a los que el autor hace el guiño no son sino la información financiera digital y los avances de la electrónica contable.

Así las cosas y de cara a asegurar la efectividad de la disolución la ley de anónimas ha establecido en su artículo 262 una secuencia clara una vez que concurre la causa de disolución que no tiene efectos automáticos, primero la necesaria celebración de la junta general en in plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa prevista. Cuestión distinta es determinar el momento exacto de esa causa. En segundo lugar, y siempre y cuando el acuerdo de disolución no sea posible lograrlo en el seno de la Junta general, sea cuales sean los motivos y las causas (véase la STS de 15 de mayo de 2000 que declara la subsistencia de causa de disolución por pérdidas graves a pesar de haberse adoptado un acuerdo de reducción y de aumento de capital, operación acordeón, pero con un quórum inferior al exigido en los estatutos de la sociedad). Y, en tercer lugar y de cara a lograr la efectividad de la disolución, el legislador apuesta por el medio o remedio más expeditivo, la responsabilidad solidaria por las deudas sociales a los administradores que no cumplen con sus deberes legales, en este caso, procurar la disolución de la sociedad. Ante la negativa o la mera dilación de la junta general, la diligencia mínima de los administradores debe buscar caminos alternativos o en este caso, suplementarios.

Es obvio que aún a pesar de incurrir en responsabilidad solidaria bien puede la administración societaria no convocar la junta General, pudiendo los socios, cualquier accionista requerirles para que lo hagan, o, sumado el capital necesario solicitar del juez la convocatoria de una junta, siendo necesarios los *quorums* reforzados del artículo 102 de Anónimas. La Junta se pronunciará sobre la disolución, pudiendo aprobar acuerdos que supongan la revocación de la causa que la provoque, como por ejemplo y ante pérdidas graves, cuando las mismas sobrepasan la mitad del capital social, un aumento de capital, pero no aquellas medidas que no van destinadas a erradicar tal situación de desequilibrio patrimonial. La Junta no es competente para solicitar la declaración de concurso, si bien no estaría mal que la misma se pronunciase como respaldo a la decisión de los administradores de instar el concurso voluntario.

Ante la paralización directa o indirecta del órgano deliberante, cualquier socio, incluso, cualquier interesado, por tanto, un acreedor, está legitimado para solicitar la disolución judicial de la sociedad en caso de imposibilidad de adoptar un acuerdo en el seno de la Junta. O adoptar una decisión contraria precisamente a la disolución. Ahora bien, ¿por qué un interesado, un acreedor optará por solicitar la disolución judicial de la sociedad y no instar un concurso necesario?, ¿acaso no se irrogaría si es un acreedor ordinario y en aras de evitar el tan temido *timing problem*, un privilegio general por el 25 % de su crédito?, ¿sabe realmente el acreedor, el socio la verdadera situación económico patrimonial de la sociedad?

Por tanto, la administración no sólo está facultada para instar en su caso la disolución judicial de la sociedad, antes bien, está obligada a hacerlo en el plazo de dos meses desde la celebración de la junta cuando ha adoptado un acuerdo contrario a la disolución, o incluso desde que no se celebró, si quiere eludir, al menos a priori, la asunción de la responsabilidad solidaria que establece el artículo 262.5 de la ley de Anónimas. Repare el lector que siempre puede eludir esta responsabilidad la administración aún no instando la disolución judicial si solicita el concurso voluntario de la sociedad siempre y cuando la gravedad de las pérdidas, de las deudas sociales

provoquen una situación de insolvencia. Son pues varios y sucesivos los remedios que tiene en todo caso la administración para eludir tal responsabilidad, una responsabilidad que no se acomoda con el régimen ordinario de responsabilidad de los administradores tanto frente a la sociedad como frente a los socios y terceros por los daños que éstos causen como consecuencia de actuaciones abusivas o negligentes. Cuestión bien distinta será determinar los motivos y las causas últimas de las pérdidas cualificadas o deudas sociales.

Es pacífico en la doctrina entender la configuración de esta responsabilidad por deudas sociales como una suerte de sanción o penal civil impuesta a los administradores ante el incumplimiento de sus deberes, en este caso promover la disolución de la sociedad ante la concurrencia constatable de pérdidas cualificadas. Como bien se ha dicho, por activa y por pasiva, esta suerte de responsabilidad no presupone la causación de un daño efectivo a los acreedores ni a la insuficiencia patrimonial de la sociedad, ni tampoco a la existencia de una actuación dolosa o culposa de los administradores, pues esos daños ya los purga tanto la acción social como individual de responsabilidad. La responsabilidad solidaria que ahora nos ocupa se vehicula por una falta de diligencia en la actuación eficaz y eficiente de los administradores en promover la disolución de la sociedad que abocará a la liquidación y ulterior extinción de la misma. Es suficiente con acreditar la concurrencia de una causa de disolución, en este caso de las pérdidas graves, para activar la exigibilidad de esta responsabilidad sanción¹³. Es evidente que la prueba será harto compleja y dificultosa. Y una responsabilidad, la solidaria por deudas sociales, no enerva la otra, la responsabilidad por daños causados bien a la sociedad, bien a los socios, bien a los terceros.

Hasta cierto punto no es descabellado pensar que tal responsabilidad, que si bien opera ante el incumplimiento de cualesquiera causas de disolución, tenga mejor asiento en los supuestos de pérdidas cualificadas. En efecto, esta responsabilidad va unida a una finalidad clara y evidente de protección y tutela de los acreedores sociales, que tienen expedito el camino para dirigirse bien contra la sociedad, la cuál no tiene ni tendrá muchos visos de solvencia, bien frente a los administradores causantes de semejante retardo. Una responsabilidad que expolea a aquellos administradores que no se caracterizan ni por su eficiencia ni por su sentido de la realidad, al no ser capaces de adoptar las medidas necesarias y suficientes que erradiquen tal situación. Ni han sido capaces de mitigar las pérdidas ni diligentes para reestructurar y sanear financieramente a la sociedad. Ni redujeron y aumentaron capital cuando las pérdidas afectaban al patrimonio al ser éste inferior al capital social, ni tampoco procurar la disolución y extinción de la sociedad, permitiendo con esta desidia operar a una sociedad que de facto ni estaba saneada, ni a la larga es solvente.

Es sabido que toda sociedad que haya experimentado pérdidas y que no tenga debidamente cubierto el capital social puede proceder a una reducción voluntaria

13. Sirvan como botón de muestra en nuestra jurisprudencia las siguientes sentencias del Alto Tribunal: 16 de julio de 2002, 23 de octubre de 2002, 12 de febrero de 2003, 17 de junio de 2003, 17 de noviembre de 2003, 16 de diciembre de 2004.

del capital en aras de buscar el reestablecimiento financiero. La cuestión cambia, y por tanto la reducción es preceptiva

Llama la atención la diferente respuesta que para la sociedad limitada ha ideado el legislador. Aquí la situación es más compleja sin que hallemos motivo alguno para comprender tal regulación, dejando al margen diferenciaciones o pruritos absurdos entre un tipo social y otro, dado que para supuestos análogos las soluciones son diversas. La paradoja viene de la mano por la redacción dada al artículo 105 cuando parifica el procedimiento necesario para adoptar el acuerdo de disolución con el que se ha de llevar a cabo para instar la solicitud del concurso. En efecto, si en el caso de la anónima el administrador puede directamente solicitar el concurso sin que al respecto se pronuncie la junta, ahora en sede de limitadas, los administradores tienen la carga legal de convocar la junta en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso de acreedores. De este modo, la competencia para decidir la solicitud del concurso ante pérdidas graves o cualificadas es de la junta, de no proceder así, se activará la responsabilidad social de los administradores por todas las deudas sociales. Expeditivo amén de elocuente es el artículo 105.5 cuando asevera que el incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales.

Con semejante redacción, al margen de la exorbitante sanción que supone parificar el procedimiento de disolución con el necesario para el concurso, parece que los administradores no tendrían capacidad para instar el concurso como forma de cumplimiento alternativo a la convocatoria de la junta. Creemos, a nuestro modesto entender que las solución no puede ser muy alejada que la dispensada para la anónima. Los administradores ante una insolvencia actual deben, si quieren eludir el régimen de responsabilidad del artículo 172.3 de la norma concursal, solicitar la declaración del concurso sin necesidad de convocar junta. Por el contrario si esas pérdidas abocan a una insolvencia inminente que no actual entrará en juego el artículo 105 por lo que los administradores sí deberían convocar la junta para promover el acuerdo de disolución o instar el concurso.

4. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos

Es evidente que la aceptación del cargo de administrador no sólo va asociado a parámetros retributivos, sino y con el correr del tiempo, y máxime teniendo en cuenta la cultura reclamatoria ante el daño una vez superadas las rémoras del coste beneficio responsabilidad de embarcarse en tal aventura, a la cobertura de los distintos riesgos que dispense una póliza de responsabilidad civil. La definición y delimitación del riesgo asegurable es vital en este punto, como lo es también el aseguramiento de actos incorrectos, o negligentes imputables al administrador. Es pacífico el ase-

guramiento de supuestos de responsabilidad derivados de acciones u omisiones culposas, negligentes o imprudentes. Acciones todas ellas que, de un modo u otro, implican el incumplimiento total o parcial, defectuoso o negligente, de un deber legal en el desarrollo y ejercicio de las funciones propias de administrar. A ello ha de unirse una batería no menor de errores de hecho y de derecho no intencionados, declaración inexactas, deslealtades, etc¹⁴. Será esencial en suma, una ordenada y realista elaboración de la póliza, donde la necesaria e imprescindible concreción, claridad y sencillez en las redacción de las cláusulas delimitadoras se convertirá en el nervio mismo de tal seguro¹⁵.

Es sabido que la Ley de Anónimas incorpora un régimen de responsabilidad civil bien social o frente a la sociedad, bien individual tanto frente a socios como terceros acreedores que se desata por los daños causados por aquéllos ya por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Pero al margen de estos casos, supuestos estrella sin duda y prototípicos, también se depurará responsabilidad por supuestos más específicos y que se anudan a incumplimientos o infracciones de ciertos deberes. Entre ellos la responsabilidad por la no promoción del acuerdo disolutorio. Supuesto susceptible qué duda cabe de asegurarse bajo este tipo o modalidad de seguro. La no promoción de la disolución cabe perfectamente bajo el paraguas del riesgo de responsabilidad asegurable. Es pacífico entre la doctrina entender que el supuesto de responsabilidad solidaria del artículo 262.5 y 105.5 LSA y LSRL es distinto en lo cualitativo de la responsabilidad social de los artículos 133 a 135 LSA. Si bien la doctrina dominante entiende que en aquella se trata de una responsabilidad sanción por incumplimiento de una obligación legal cuya exigencia no requiere ni la prueba del daño ni de relación causal entre aquél y la conducta de los administradores, en cambio la responsabilidad social estamos realmente ante una responsabilidad indemnización por daños¹⁶.

Esta dualidad en la caracterización de la responsabilidad no es secundaria para su aseguramiento, dado que en la medida que la responsabilidad esté o no desvinculada del daño, es más o menos viable su aseguramiento. Si sólo se considera sanción

14. Sobre este particular y con especial énfasis RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, Cizur Menor, 2002, pp. 257 y ss.

15. Sobre esta labor de redacción desde la concreción, claridad y sencillez ya nos pronunciamos en VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, Granada, 2005, 1ª ed., pp. 137 y ss.

16. La doctrina en este punto es unánime, como también lo es la jurisprudencia., de ahí que no la citemos innecesariamente. Destaca no obstante una posición mantenida ad hoc por CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia, 2000, p. 118 para quien el supuesto de responsabilidad regulado en el 262.5 se caracteriza como un caso de responsabilidad por daños, existiendo claramente un nexo de causalidad, a saber, el que une a la conducta de los administradores, es decir la falta de promoción tempestiva de la disolución, con el daño originado, el derecho de crédito lesionado a un acreedor en caso de insolvencia.

y no daño, su proximidad con los ilícitos administrativos y penales tiene una menor conexión con un seguro de daños, es decir, sería utilizado como argumento contrario para su asegurabilidad¹⁷.

Pese a la carencia de una completa construcción dogmática de esta categoría de responsabilidad sanción o sanción civil no dudamos de su carácter asegurable¹⁸. Estamos ante una responsabilidad civil de carácter personal como también lo es o lo tiene la responsabilidad civil prevista en los artículos 133 a 135 de la LSA. Ambas son asegurables. Esta responsabilidad civil que no es sino la plasmación de una sanción por el incumplimiento de una carga legal tempestiva, cumple además de una función estrictamente compensadora otras funciones como la preventiva y la aflictiva. No sólo repara o indemniza el daño, también imputa un deber, una obligación, una carga legal debida y no realizada por acción u omisión¹⁹.

Tampoco es ni será obstáculo para la asegurabilidad de la responsabilidad dimanante de la no promoción tempestiva de la disolución el hecho posible y previsible de que la sociedad tenga pérdidas. El riesgo de empresa es precisamente ese, el éxito o el fracaso de la actividad empresarial. Pero lo que se asegura en este supuesto de responsabilidad solidaria no es el riesgo de que la empresa pueda tener pérdidas cualificadas, sino el riesgo de que los administradores no cumplan con la carga legal de promover en tiempo y forma el acuerdo de disolución necesario, sea éste orgánico, sea judicial.

Es verdad que el riesgo de disolución o negligencia de disolución es más bien pequeño en el ámbito de la sociedad cotizada o gran sociedad. No en cambio en pequeñas y mediana sociedades, más bien de gestión cerrada o estrecha. La antiselección de las aseguradoras llega al extremo de excluir precisamente este riesgo para pequeñas sociedades. Lo cuál es lícito pues no desnaturaliza el contrato de seguro.

17. Sobre este punto véanse las reflexiones de RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 241.

18. Como acertadamente ha señalado MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid, 1997, pp. 311 la sanción civil se sitúa en el punto de conjunción entre el interés general y el interés particular y que difiere tanto de la pena privada pues constituye una medida aflictiva patrimonial conminada por la ley y aplicada por la autoridad judicial, como de la sanción penal dado que la parte privada que tiene la iniciativa para su aplicación es también la que obtiene la ventaja patrimonial que deriva de la misma. Para este autor se sitúa así en un punto entre la pena convencional y la sanción penal dado que no cumple un función únicamente sancionadora o aflictiva, sino también la de proporcionar ventajas a quien se legitima para exigir la responsabilidad por el incumplimiento de una carga legal.

19. Agudamente RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 242 señala como la desvinculación de la responsabilidad respecto de la producción de un daño efectivo, no significa que la misma pierda su carácter de responsabilidad civil ni tampoco que adquiera el carácter personalísimo que tienen las sanciones penales y administrativas que, en principio, excluye su asegurabilidad.

Los administradores asumen obligaciones y deberes de actividad no de resultado, no responden de esas pérdidas, de ese riesgo de empresa, inasegurable desde un punto de vista técnico. Responden eso sí de su conducta, del incumplimiento de sus deberes, pero no por las decisiones empresariales aunque éstas sean erróneas y lleven al fracaso a la sociedad. Si la sociedad sufre pérdidas como consecuencia de su propia actividad, más o menos dinámica es un riesgo que ni asume una aseguradora ni responde un administrador. Ello no impide a que la causa de las pérdidas dimane de una decisión equivocada, manifiestamente arriesgada o errónea. Unas decisiones que entran dentro del ámbito del ejercicio de las funciones y deberes de administrar. Cuestión distinta es cuando la decisión es deliberada y dolosamente dañina por el administrador con la clara intención de perjudicar y dañar a la sociedad, al margen de lo que es el ejercicio razonable y la medida en sus deberes legales.

ÍNDICE GENERAL TOMO I

Presentación	9
Federico Fernández de Buján	
Esencia del contrato de sociedad desde Roma y la RAE	13
1. Proemio	15
2. El por qué del contenido de mi intervención	16
3. Tentativo de aproximación lingüística	16
4. Intento de definición jurisprudencial	21
5. Un apunte sobre las aportaciones de los socios	26
Olga Marlasca Martínez	
Algunas figuras societarias en el Derecho Romano y particularidades de las mismas	31
1. Introducción	33
2. Consideraciones generales sobre las sociedades en algunas civilizaciones de la antigüedad	35
3. Evolución de las figuras societarias en el derecho romano	36
4. <i>Consortium ercto non cito</i>	40
4.1. <i>Consortium fratrum suorum</i>	42
4.2. <i>Consortium ad exemplum fratrum suorum</i>	43
4.3. Régimen del <i>consortium</i>	44
4.4. Disolución del <i>consortium</i>	45
5. <i>Societas omnium bonorum</i>	46
6. Influencia de la sociedad familiar en el contrato de sociedad	46
Javier Pérez Duarte	
El burgués emprendedor y el capitalista del éxito	51
1. Espíritu y economía	53

Derecho de sociedades I tomo I	2. La persona como esfuerzo y preocupación	55
	3. El buen burgués.	58
	4. «Santa Economicidad» y moral de los negocios	64
	5. El nuevo empresario en su carrusel	68
	Manuel M^a Zorrilla Ruiz	
Una enseñanza del uso divergente del Derecho.	75	
1. Toma de razón de la presencia de las sociedades de capitales en el <i>universo pluralista</i> de los grupos sociales	77	
2. Atribución de la cualidad de sujetos de Derecho a los <i>núcleos de referencia</i> que las sociedades de capitales constituyen	80	
3. Razón de ser de la injerencia del uso divergente el Derecho en el dinamismo y las vicisitudes de las sociedades de capitales	82	
4. Flexibilización del absolutismo de los postulados que conciernen al tema de la personalidad e inmunidad jurídicas de las sociedades de capitales	84	
5. Destilación gradual de los principios que, por motivaciones de equidad, permiten reducir o suspender la plenitud e integridad de los efectos de la personalidad jurídica de las sociedades de capital	84	
6. Particularidades del uso divergente en la práctica judicial anglosajona	86	
7. Pensamiento de problemas y variedad de respuestas que ofrecen al respecto los ordenamientos jurídicos del sistema continental englobados en la familia romanogermánica	89	
8. Uso divergente del Derecho de sociedades ante el carácter alternativo de los modelos económicos	91	
9. Reflexiones finales.	93	
Aitziber Mugarra Elorriaga y Marta Enciso Santocildes		
Empresas sociales: Identidad y experiencias en el país vasco	95	
Julio Añoberos Trías de Bes		
Distintos aspectos de la sociedad anónima europea	111	
1. Las modernas normas comunitarias sobre la SAE	113	
1.1. La Directiva 201/86/CE del Consejo de 8 de octubre del 2001.	113	
1.2. La Directiva 2003/72/CE del Consejo de 22 de Julio de 2003	115	
1.3. Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades económicas y cooperativas europeas	115	
2. El reglamento (ce) nº 2157 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea.	118	
2.1. Síntesis	118	

2.1.1. Contexto	118
2.1.2. Constitución	119
2.1.3. Capital mínimo	119
2.1.4. Domicilio social	119
2.1.5. Normas aplicables	119
2.1.6. Inscripción y liquidación	119
2.1.7. Estatutos	119
2.1.8. Cuentas Anuales	120
2.1.9. Fiscalidad	120
2.1.10. Disolución	121
2.2. Ley de Sociedades Anónimas	121
3. Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo (Com 2003/284 final). Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE	122
3.1. Informes del Parlamento Europeo sobre la estudiada comunicación: Comisión Jurídica (7 de abril de 2004). Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (24 de febrero de 2006). Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía (18 de febrero de 2004). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (26 de enero de 2004)	124
3.1.1. Comisión de Asuntos Jurídicos (Ponente: Fiorella Ghilardotti) ..	124
3.1.2. Comisión de asuntos económicos y societarios (Ponente: Pervenche Berès)	125
3.1.3. Comisión de empleo y Asuntos sociales (Ponente: Joannis Koukiadis)	125
3.1.4. Comisión de Industria, Comercio exterior, investigación y energía (Ponente: Per. Arne Arvidsson)	125
4. Últimos informes de iniciativa por parte de la comisión de asuntos jurídicos y mercado interior del parlamento europeo	126
4.1. Informe del Sr. Klaus-Heiener Lehne, relativo a las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (2006/2013 INI) de 29 de noviembre de 2006	126
4.2. Informe del Dr. Andrzej Jan Szejna, sobre la evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades (2006/2051 INI) de 26 de junio de 2006	127
Javier Divar Garteiz-Aurrekoa y Enrique Gadea Soler El Estatuto de Sociedad Cooperativa Europea (SCE)	129
1. Introducción	131
2. Aspectos más significativos de su régimen jurídico	132
2.1. Constitución de la SCE	133

2.1.1. Vías de acceso a la SCE	133
2.1.2. Elaboración de los Estatutos	134
2.1.3. Inscripción en el Registro y contenido de la publicidad	136
2.2. Estatuto jurídico del socio	136
2.2.1. Los posibles tipos de socios en la SCE: el socio usuario y el socio inversor	136
2.2.2. Adquisición de la condición de socio	136
2.2.3. Pérdida de la condición de socio	136
2.3. Estructura orgánica de la SCE.	137
2.3.1. Referencia a los sistemas de administración	138
2.3.1.1. Sistema dual	138
2.3.1.2. Sistema monista	138
2.3.2. La asamblea general.	139
2.4. Aspectos financieros	139
2.4.1. Emisión de títulos con privilegios específicos	139
2.4.2. Aplicación de resultados.	139
2.4.3. Control y publicidad de las cuentas anuales	140
2.5. Disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos	140

Mikel Arrieta

Las ofertas públicas de adquisición como medio de control de las sociedades cotizadas. Comentarios sobre el nuevo sistema de OPAs . 141

1. Planteamiento	143
2. La OPA como elemento esencial del mercado de control	145
2.1. El funcionamiento del mercado de control empresarial.	145
2.2. Límites al sistema de OPA obligatoria	148
3. La contribución del nuevo sistema de OPAs al control empresarial	150
3.1. La toma de control efectiva como supuesto de hecho	152
3.1.1. El umbral del 30% del capital con derecho de voto	153
3.1.2. La designación de la mayoría de consejeros	154
3.2. La posición del núcleo de control de la sociedad afectada	155
3.2.1. La admisibilidad de medidas de defensa específicas contra la OPA.	155
3.2.2. La neutralización de medidas de defensa generales.	157
3.2.3. El principio de reciprocidad.	158
4. Conclusiones.	159

Ramón Múgica Alcortz

Sociedades mercantiles en la encrucijada del derecho privado y del derecho público. Análisis de dos casos: Intervención administrativa en las OPAs y empresas públicas con forma de sociedad mercantil 161

1. Introducción	163
-----------------------	-----

2. Los límites de la interferencia administrativa en un proceso de opa	163
2.1. Posición de los accionistas de la sociedad objetivo en las OPAs.	163
2.2. Las OPAs de GAS NATURAL y de E.On sobre ENDESA.	165
2.2.1. A modo de precedente próximo. Un sector eléctrico en efervescencia	165
2.2.2. El desencadenante inmediato	165
2.2.3. Algunas vicisitudes posteriores	165
2.2.4. Importancia de la operación: su dimensión económica	166
2.2.5. Intervención de los poderes públicos.	166
2.3. “Excursus” sobre las OPAs: algunas reflexiones sobre las circunstancias que concurren en ellas	166
2.3.1. Las OPAs: un fenómeno que se presenta en oleadas	166
2.3.2. El precio en las OPAs.	167
2.3.3. Las OPAs y la patria.	168
2.3.4. La importancia de la comunicación en las OPAs.	170
2.3.5. Blindaje societario y sobreprecio en las OPAs.	170
2.3.6. Ventajas de las OPAs para los accionistas.	170
2.4. La intervención de la Comisión Nacional de Energía en el marco de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo	171
2.4.1. La Comisión Nacional de Energía. Referencia a sus funciones.	171
2.4.2. Contenido de la Resolución de la CNE	174
2.4.2.1. Causa de la letra a)	176
2.4.2.2. Causa de la letra b)	177
2.4.2.3. Causa de la letra c)	180
2.4.2.4. Causa de la letra d)	180
2.4.2.5. Conclusiones finales de la CNE	181
2.4.3. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.	181
2.4.4. Organismos reguladores.	186
2.5. Conclusiones	189
3. Reflexiones y comentarios sobre el régimen de la empresa pública en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas	191
3.1. Sobre la técnica legislativa	191
3.2. Identificación de sociedades mercantiles del Sector Público	192
3.3. Aportaciones patrimoniales a la sociedad	193
3.4. Pactos de sindicación	194
3.5. Responsabilidad de los administradores.	197
3.6. Buen gobierno de las empresas públicas	198
3.7. Adquisición y enajenación de carteras.	199

Pedro Mirosa Martínez**El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (Sociedades cotizadas y no cotizadas) 203**

1. El «corporate governance» y los deberes de los administradores de sociedades mercantiles. 205
2. La difícil aplicación de la normativa española de buen gobierno a las sociedades no cotizadas 210
3. El deber de lealtad de los administradores y el aprovechamiento de las oportunidades de negocio 214
 - 3.1. Antecedentes y textos 214
 - 3.2. El objetivo del precepto: establecimiento de un deber de conceder preferencia a la sociedad en las oportunidades de negocio 217
4. Requisitos del deber de conceder preferencia: la oportunidad debe haber sido «ofrecida a la sociedad» o que la sociedad pueda tener «interés en ella» 224
5. Requisitos de la excusa por parte de la sociedad: desestimación de la operación sin mediar influencia de los administradores. 227

Jorge Caramés Puentes**Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores ex artículo 262 LSA 233**

1. Introducción 235
2. Delimitación del supuesto de responsabilidad ex artículo 262 LSA y 105 LSRL. Disolución y concurso. 236
3. Naturaleza jurídica y alcance objetivo de la responsabilidad. 243
 - 3.1. Naturaleza jurídica 243
 - 3.2. Alcance objetivo 247
4. Alcance subjetivo de la responsabilidad 249

Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez**La RSC y el derecho de sociedades 251**

1. Introducción 253
2. RSC y derecho societario: conexiones. 255
 - 2.1. La concepción institucionalista de la sociedad y su entronque con la noción actual de la RSC. 255
 - 2.2. La RSC como expresión de la actividad orgánica societaria. 256
 - 2.3. Voluntariedad vs coercibilidad de los programas de RSC: un debate figurado, visto a la luz del Derecho societario y del Derecho privado. 257

2.4. Breve nota sobre la evolución del concepto de interés social: hacia la asunción por el mercado de la conveniencia de disponer de mecanismos de RSC.....	259
2.5. Nota sobre los pretendidos conflictos de interés generados por la aplicación de programas de RSC.....	263
2.6. El caso particular de cooperativas e instituciones no lucrativas.....	265
2.7. Eficiencia de la gestión socialmente responsable: el verdadero debate.....	266
3. Conclusiones.....	271

Joan Picó i Junoy

La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: Aspectos procesales..... 275

1. Marco normativo de la acción individual de responsabilidad del administrador social.....	277
2. Legitimación activa.....	279
2.1. Los socios.....	279
2.2. Los terceros.....	280
3. Legitimación pasiva.....	281
4. Prescripción de la acción.....	283
4.1. Determinación del plazo de prescripción.....	283
4.2. Inicio del <i>dies a quo</i>	284
4.3. Interrupción de la prescripción.....	285
4.4. Alegación de la prescripción como excepción material.....	285
5. Procedimiento aplicable.....	287
6. El problema de la acumulación de acciones de responsabilidad del administrador social y de la sociedad mercantil.....	287
6.1. Introducción.....	287
6.2. El problema: ¿es posible la acumulación de acciones? Y de serlo: ¿qué tribunal será competente para conocer de las acciones acumuladas?.....	288
6.2.1. Primera solución: la imposibilidad de acumular las acciones....	288
6.2.2. Segunda solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de Primera Instancia.....	290
6.2.3. Tercera solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de lo Mercantil.....	292
6.3. Opinión personal.....	294
7. La prueba de la responsabilidad.....	295
7.1. Introducción.....	295
7.2. La prueba de la responsabilidad del administrador ex art. 135 LSA....	295

7.2.1. El daño.....	295
7.2.2. La culpa o negligencia del administrador.....	296
7.2.3. La relación de causalidad entre el daño y la culpa o negligencia del administrador.....	296
7.3 La prueba de la responsabilidad del administrador ex art. 262 LSA ...	297
7.4. Mecanismos procesales para facilitar la prueba del actor.....	299

Cristina Arenas Alegría

La legitimación de los liquidadores de una sociedad anónima para ejercitar el derecho de reversión expropiatoria 303

1. Introducción.....	305
2. El derecho de reversión como operación comercial.....	306
2.1. El derecho de reversión como operación comercial pendiente.....	307
2.1.1. Nacimiento del derecho de reversión.....	308
2.1.2 Nuestra postura.....	312
2.2. El derecho de reversión como una operación comercial nueva.....	315
2.3 La reversión como operación económicamente rentable en la liquidación.....	319
3. Conclusión.....	322

Ricardo de Ángel Yagüez

Un enigma de la Ley Concursal: la naturaleza de la llamada Responsabilidad Concursal del artículo 172.3. Panorama doctrinal y soluciones judiciales 323

1. Por qué digo “enigma”.....	325
2. Delimitación del problema.....	326
2.1. Encuadramiento legal de la norma objeto de análisis.....	326
2.2. Las dos interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de la <i>responsabilidad concursal</i>	329
2.3. Presupuestos de la <i>responsabilidad concursal</i>	330
2.4. Características de la <i>responsabilidad concursal</i>	331
3. Panorama doctrinal.....	332
3.1. Opiniones en pro de la <i>responsabilidad por daños</i>	332
3.2. Autores que adoptan la tesis de la <i>responsabilidad-sanción</i>	340
4. Criterios jurisprudenciales.....	355
4.1. Resoluciones que adoptan el criterio de responsabilidad de <i>indemnización o de resarcimiento (o por daño)</i>	355
4.2. Resoluciones que siguen la tesis de la <i>responsabilidad-sanción</i>	361
5. Breve reflexión final.....	368

Abel B. Veiga Copo

La responsabilidad de socios y administradores

por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas

concursoales 373

1. Introducción. Soluciones sociales *versus* concursoales 375

2. El momento exacto de detección de las pérdidas y la magnitud de las mismas. En busca del responsable. 378

3. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales 384

4. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos 388

Índice General Tomo I 393

Índice General Tomo II 401

ÍNDICE GENERAL TOMO II

Presentación 9

Immaculada Herbosa Martínez

Efectos sustantivos y procesales de la declaración de concurso

sobre las ejecuciones hipotecarias 13

1. Ideas generales. Limitación del privilegio de ejecución separada 15

2. Ejecuciones sobre bienes no afectos. 17

2.1. Régimen aplicable 17

2.2. Tribunal competente 18

3. Bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor 20

3.1. "Afección" de los bienes. 20

3.2. Su determinación 22

4. Particularidades de la ejecución sobre bienes afectos 26

4.1. Paralización o suspensión de las ejecuciones 26

4.2. Su inicio o reanudación 29

4.3. Supuestos en que procede su continuación 31

4.3.1. Tercer poseedor de bienes hipotecados 31

4.3.2. Excepción prevista en el artículo 56.2 LC 32

4.5. La opción de atender el pago del crédito.....	33
5. Enajenación de los bienes hipotecados dentro del concurso.....	34
5.1. Enajenación con subsistencia del gravamen.....	35
5.2. Venta directa.....	35

Núria Ginés Castellet

Problemas de interpretación en el contrato de sociedad civil (externa) 37

1. La sociedad como contrato.....	39
2. La interpretación contractual en la sociedad civil.....	44
2.1. En las relaciones <i>ad intra</i> : problemas de interpretación en el interior de la sociedad.....	45
2.1.1. La búsqueda de la intención común de las partes: el art. 1.281 del CC en la sociedad civil.....	47
2.1.2. La actividad ejecutiva de la sociedad y su incidencia en la interpretación del contrato social: el artículo 1.282 del Código civil.....	49
2.1.3. La actividad normativa de la sociedad y su conexión con el art. 1.285 CC.....	52
2.2. En las relaciones <i>ad extra</i> : interpretación contractual y terceros.....	54

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa

La impugnación de acuerdos sociales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Especial referencia a las medidas cautelares..... 59

1. Planteamiento general.....	61
2. Especial referencia a las medidas cautelares que pueden adoptarse en este tipo de procedimientos.....	63
2.1. Evolución normativa en materia de medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales.....	63
2.2. La medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales.....	65
2.2.1. Naturaleza jurídica.....	65
2.2.2. Presupuestos para su adopción.....	67
2.2.2.1. Presupuestos especiales para la adopción de la medida. Legitimación.....	67
2.2.2.2. Presupuestos generales.....	73
2.2.3. Procedimiento para su adopción.....	79
2.3. La anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo.....	80

Alfredo Bayano Sarrate	
El arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales	83
1. Introducción	85
2. Argumentos para negar la arbitrabilidad	87
3. Cambio y revisión de la postura anterior	89
4. Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad	95
5. A modo de conclusión	96
Sara Díez Riaza	
Los juzgados de lo mercantil	99
1. Introducción	101
2. Breves antecedentes históricos	101
3. La creación de los actuales juzgados de lo mercantil: su marco legal	104
4. Circunscripción y competencias	105
5. Confusa denominación y su pertenencia al orden jurisdiccional civil	109
6. Justificación legal de los juzgados de lo mercantil	111
6.1. Carácter universal del concurso	111
6.2. Necesidad de especialización del juzgador	112
6.3. Calidad, agilidad y coherencia	115
Luis Bueno Ochoa	
Sociedades profesionales y mercantilización de la abogacía	119
1. Prefacio	121
2. Contexto	123
2.1. Restricción de acceso a la abogacía	124
2.1.1. Obtención del título profesional de abogado	124
2.1.2. Capacitación profesional	125
2.1.3. Acreditación de la capacitación profesional	125
2.2. <i>Laboralización</i> de la abogacía	126
2.2.1. Peculiaridades	126
2.2.2. Implicaciones	127
2.2.3. Modulaciones	127
2.2.4. Profundización	127
3. Pretexto	128
3.1. El ejercicio colectivo y multiprofesional	128
3.2. Motivos de la nueva regulación de las sociedades profesionales	133
4. Texto	134

5. Subtexto	137
6. Posfacio	139

Luis Fernández del Pozo

Forma y publicidad de las sociedades profesionales 141

Artículo 7. Formalización del contrato.	143
1. La formalización del contrato constitutivo de sociedad profesional. La eficacia de la escritura pública.	143
2. Contenido de la escritura de constitución.	147
Artículo 8. Inscripción de las sociedades profesionales	152
1. La inscripción de la sociedad profesional en el registro mercantil. Eficacia constitutiva de la inmatriculación	152
2. La sociedad profesional en formación y la sociedad profesional irregular	156
3. El contenido de la inscripción en el registro mercantil de las sociedades profesionales	159
4. La inscripción de la sociedad en el registro de sociedades profesionales del colegio profesional (art. 8.4)	161
5. La publicidad de las sociedades profesionales en el portal(es) público(s) en internet (artículo 8.5)	165
Disposición adicional cuarta. Modificación del Código de Comercio.	167
Historia de la norma legal	168
1. La tradicional y anacrónica, ausencia de publicidad registral de la sociedad civil	170
2. Las dos especies de sociedad civil profesional inscribibles en el registro mercantil	176
3. Las sociedades civiles profesionales en sentido estricto.	177
4. Las sociedades profesionales que adoptan la forma colectiva o comanditaria simple (sociedades civiles "mixtas").	178
5. La no sujeción de las sociedades civiles profesionales al estatuto legal del "comerciante".	179
6. La publicidad registral de las sociedades civiles profesionales: requisitos y efectos; contenido de la hoja registral; organización de la publicidad y procedimiento registral	182

Manuel Ardanza Fresno

Negociación con acciones propias de sociedades cotizadas. 187

1. Introducción, régimen general de Autocartera.	189
2. Régimen específico de autocartera para sociedades cotizadas	191
3. Riesgos (MARKET ABUSE)	195
4. Carta Circular 12 / 1998.	198

5. Safe harbours y prácticas aceptadas del mercado	199
Francisco Javier Arrieta Idiakez	
El desempleo en la sociedad cooperativa.....	203
1. Introducción	205
2. Los antecedentes del actual Sistema de Seguridad Social respecto a los socios trabajadores de las cooperativas.....	208
2.1. La etapa de los seguros sociales.....	209
2.2. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social y sus consecuencias para los socios de las cooperativas	213
3. El Sistema de Seguridad Social vigente y la protección del desempleo en las sociedades cooperativas	216
3.1. La relación existente entre el Real Decreto 1.043/1985 y el resto de normas de carácter general existentes en lo que se refiere al encuadramiento de las cooperativas en el Sistema de Seguridad Social	216
3.2. El ámbito de aplicación del Real Decreto 1.043/1985	218
Oscar Monje Balmaseda	
Sociedad de gananciales y participaciones sociales	223
1. Visión general de la sociedad de gananciales	225
2. La determinación de la naturaleza ganancial o privativa de las participaciones sociales	227
2.1. Planteamiento	227
2.2. El criterio del momento de la adquisición	228
2.3. El criterio de la onerosidad de la adquisición.....	228
2.4. El criterio de la subrogación real.....	229
2.5. El criterio que atiende a la previa titularidad: el derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita	232
2.6. Por voluntad de los cónyuges: la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código civil.....	234
Fernando Manrique López	
La representación sindical de los trabajadores en la empresa organizada como Sociedad Anónima	239
1. La negociación colectiva en el ámbito comunitario.....	245
1.1. Características de esta negociación.....	245
1.2. Contenido	245
1.3. Representatividad.....	247
2. Análisis de la directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se contempla el estatuto de la sociedad anónima europea	

en lo que respecta a la implicación de los trabajadores	249
3. Constitución de la comisión negociadora.....	253
4. Regimen de funcionamiento y acuerdos.....	254
5. Competencias.....	255
6. Examen de lo relativo a la legislación aplicable al procedimiento de negociación.....	255
7. Reserva y confidencialidad-garantías	256
8. Vigencia y entrada en vigor.....	257

Ana Mohino Manrique

La nota intuitu personae en la <i>societas romana</i>	259
--	------------

María Burzaco Samper

Las dificultades inherentes a la multiplicidad normativa en materia de Sociedades Cooperativas: Perspectiva registral	269
--	------------

1. Preliminar	271
2. El Registro de Cooperativas como registro administrativo con eficacia jurídica. Sus derivaciones competenciales	271
2.1. La Ley General de Cooperativas de 1974: el tránsito hacia el sistema actual	272
2.2. "Materia" cooperativa y distribución de competencias	275
2.3. Rasgos generales comunes a los Registros de Cooperativas.....	278
2.4. El carácter jurídico de los Registros de Cooperativas y sus implicaciones competenciales	281
3. Los Registros de Cooperativas en la normativa vigente.....	285
3.1. Caracterización de los Registros de Cooperativas	285
3.1.1. Registro administrativo	287
3.1.2. Registro jurídico.....	290
3.2. El ámbito de los Registros de Cooperativas	291
3.3. Funciones de los Registros de Cooperativas. El problema del solapamiento entre éstos y el Registro Mercantil.....	293
4. Comentario final	295

Enric R. Bartlett Castellà

Actualización de las normas de conducta de las entidades financieras, a través de la labor de la institución del defensor del cliente, directamente o en relación con los servicios de reclamaciones de los órganos reguladores. Una aproximación. . . .	297
---	------------

1. Regulación de la institución del defensor del cliente de las entidades financieras	299
--	-----

1.2. Publicidad de sus informes	300
2. Actuaciones defensores clientes de naturaleza pública	300
2.1. La experiencia del Reino Unido	301
2.1.1. El caso de los Gastos de administración de cancelación de hipotecas	302
2.1.2. Actuaciones con implicaciones en el área de "Corporate Governance"	302
3. A modo de conclusión	303

Miró Ayats i Vergés, Jaume Bonet León y Xavier Triviño Prieto

El levantamiento del velo societario por deudas tributarias **305**

1. Introducción	307
2. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia civil y mercantil	308
2.1. Definición de la teoría del levantamiento del velo	308
2.2. Presupuestos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en la jurisdicción civil y mercantil	309
2.3. Consecuencias de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo	310
2.4. Supuestos más habituales de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo	310
3. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia laboral	311
4. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia contencioso-administrativa	316
5. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia penal	316
6. Antecedentes históricos y legislativos del levantamiento del velo en el derecho tributario	319
7. Análisis de los supuestos y requisitos que habilitan a la aplicación del art. 43.1.g) y h) LGT	321
8. El regimen jurídico de la derivación de responsabilidad por levantamiento del velo	323

Marta Gisbert Pomata

Los trámites del procedimiento concursal **327**

1. Introducción	329
-----------------------	-----

2. Estructura procedimental: las secciones	331
3. Incidente concursal	337
4. Recursos	339
5. Conclusión	341

Rebeca Carpi Martín

Gestión de los conjuntos inmobiliarios privados a través de personas jurídicas: planteamiento general y vinculación entre titularidad del inmueble y entidad gestora

343

1. Autonomía organizativa en los complejos inmobiliarios privados: las dudas sembradas por el art. 24 LPH	345
2. Vinculación entre titularidad y persona gestora	352

Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

La sociedad anónima europea y la implicación de los trabajadores: una aproximación sintética a la (vieja) discusión entre la participación cooperativa y la participación conflictiva de los trabajadores en la empresa

357

0. Planteamiento	359
1. Los orígenes de los modelos de participación interna y externa de los trabajadores en la empresa	363
2. La traducción positiva de dos ideales jurídico-políticos	367
2.1. La experiencia europea de la posguerra: el ejemplo alemán y francés	367
2.2. La experiencia española	371
3. Valoración final	375

Maria José López Álvarez

La exclusión del ámbito laboral de consejeros y administradores ejecutivos: una revisión crítica de la teoría del vínculo

377

1. Antecedentes: la situación laboral de los consejeros ejecutivos con anterioridad a la postulación de la teoría del vínculo	379
2. Teoría del vínculo: presupuestos, consolidación e incidencia en el ámbito laboral	380
3. Posturas revisionistas y propuestas para una reconducción futura de la teoría del vínculo	384

Javier Gómez Lanz

La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida:

Estado actual de la jurisprudencia 389

1. Introducción 391

2. Presupuestos del debate: doctrina jurisprudencial sobre el tipo de apropiación indebida, conflicto con el tipo recogido en el artículo 295 y soluciones adoptadas por las sentencias de 26 de febrero de 1998 y 29 de julio de 2002. 392

3. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 398

Índice General Tomo I 403

Índice General Tomo II 411

COLECCIÓN DE FORMACIÓN CONTINUA FACULTAD DE DERECHO ESADE

DIRECTOR

Enric R. Bartlett Castellà

COORDINADORA

Núria Ginés Castellet

1. **Patentes e industria farmacéutica.** 2006
2. **Empresa y prueba informática.** 2006
3. **Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual.** 2007
4. **Reforma de la Legislación mercantil y las Normas Internacionales de Contabilidad.** 2007
5. **Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007. 2 tomos.** 2008
6. **La reforma contable y su proyección sobre la normativa mercantil y fiscal.** *En preparación*

SERIE ESTUDIOS PRÁCTICOS SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. **El interrogatorio de partes.** 2007
2. **El interrogatorio de testigos.** 2008
3. **La prueba pericial.** *En preparación*
4. **La prueba documental.** *En preparación*

SERIE MANUALES Y MONOGRAFÍAS

1. **Introducción a la probática.** Lluís Muñoz Sabaté. 2007