

**LOS PROBLEMAS DE ADAPTACION DEL DERECHO ESPAÑOL
AL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE
SOCIEDADES ANONIMAS (*)**

por el *Dr. Ángel Rojo*
Catedrático de Derecho Mercantil
Madrid - España

I

INTRODUCCION

El Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, no sólo da vida a una *Comunidad económica*; también sienta las bases de una *Comunidad jurídica*, que se construye a través de las fuentes comunitarias específicas: el Reglamento y la Directriz (o "Directiva"). La integración económica no puede llevarse a cabo sin (un cierto grado de) integración jurídica, la cual, lógicamente, es instrumental respecto de la primera.¹ A esas Comunidades se han adherido reciente y tardíamente el Reino de España y la República de Portugal: con efecto del 1º de enero de 1986 ambos Estados han adquirido la condición de miembros

(*) Texto de la conferencia pronunciada en Mendoza el 22 de mayo de 1986 en el IV Congreso de Derecho Societario, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Se han añadido algunas notas que facilitan al lector el acceso a una más amplia información y se han actualizado algunas referencias

1 Para el conocimiento del derecho comunitario el jurista de lengua castellana cuenta con el "Tratado de derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el derecho español)", dirigido por E. García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado, 3 tomos, Madrid (Civitas) 1986. Sobre las relaciones entre Comunidad económica e integración jurídica v. J. M. GONDRA, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad económica europea (Una aproximación al proceso de integración del derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)", *ibidem*, I, 275-312.

de la C. E. E. La fecha no sólo tiene importancia para todos los españoles; tiene además un relieve especial para el jurista por el cúmulo de problemas que la integración en el ordenamiento jurídico comunitario lleva consigo.

Quien se dedique al estudio y a la aplicación de lo que convencionalmente se viene llamando *derecho comercial (o derecho mercantil)* no puede por menos de encontrar un valor simbólico a la referida fecha, ya que en el 1º de enero de 1986 se han celebrado simultáneamente el ingreso de España en la C. E. E. y el centenario de la vigencia del Código de comercio de 1885. Código que, aunque parcialmente vigente, constituye *formalmente* la ley fundamental del derecho privado de la economía.^{2 3} A lo largo de estos cien años se han efectuado no escasas operaciones legislativas para *modificar* el articulado o para *completar* las lagunas del Código. A ellas hay que añadir los sucesivos actos de la obra —todavía inacabada— de *descodificación* (y, en ocasiones, de *generalización*) de la materia mercantil tradicional. Pero la reforma no sólo no ha sido completa: tampoco ha sido suficiente. Si la celebración del centenario de la segunda codificación mercantil ha servido de ocasión para reflexionar sobre la oportunidad de esa reforma, la incorporación a la C. E. E. pone de manifiesto la urgencia de la adecuación normativa en relación con algunas instituciones y, muy particularmente, en relación con la sociedad anónima (o sociedad por acciones).

Como consecuencia del retraso con que se ha producido la incorporación, la adecuación se tiene que realizar en condiciones distintas a las de los Estados fundadores o de los participantes en la primera ampliación, por la sencilla razón de que —obviamente— en la génesis del derecho comunitario España no ha tenido participación. La tercera ampliación de la C. E. E. obliga a la incorporación al derecho interno español (y al portugués) de un derecho armonizado muy elaborado y muy amplio, creado por completo al margen de la conveniencia española y sin consideración de nuestra realidad social y económica.

La amplitud de la adecuación ha aconsejado utilizar el recurso constitucional de la delegación al ejecutivo (art. 82 C. E.). La Ley

2 Sobre el Código de comercio de 1885, Infortunado sucesor del Código de comercio de 1929, son fundamentales los estudios de Aurelio MENENDEZ, "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española" y de J. (DUQUE, "El Código de comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época", ambos en la obra colectiva **Centenario del Código de comercio**", tomo I, Madrid (Ministerio de Justicia) 1986, respectivamente 45-82 y 83-166.

3 Sobre la coincidencia de la fecha v. P. SANCHEZ CALERO, **Integración de España en España en la Comunidad económica europea: una fecha significativa**, RDBB 6 (1986), 7-9.

47/1985, de 27 de diciembre, de *Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del derecho de las Comunidades Europeas*, delegó en el Gobierno de la nación la potestad de dictar normas con rango de Ley en el ámbito de las competencias del Estado (central) sobre las materias reguladas por determinadas Leyes, a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario, así como sobre materias objeto de normas comunitarias que exigiesen desarrollo por Ley y que no se bailasen reguladas (art. 1º). El plazo para el ejercicio de la delegación se fijó en seis meses (art. 2º). Este recurso a la técnica de los decretos-legislativos contaba con el precedente de las anteriores incorporaciones. Como se recuerda en el breve *Dictamen* de la Ley, razones de urgencia y de seguridad jurídica aconsejaron a los Estados miembros de la Comunidad adheridos en ocasión de la primera y segunda ampliaciones la instrumentación de amplias delegaciones legislativas a los respectivos Gobiernos. El volumen del acervo comunitario en vigor en el momento de la adhesión de España, muy superior al vigente en anteriores ampliaciones y la reducción del plazo entre la firma del Tratado de Adhesión y la fecha de su entrada en vigor, hacían aún más necesaria esa delegación.⁴ Sin embargo, el análisis del *Anexo* de la Ley 47/1985, en el que se enumeran las normas españolas con rango de Ley y las Directrices comunitarias a las que las primeras deben adecuarse, permite deducir que la armonización del derecho de las sociedades anónimas —al igual que la del derecho sobre el mercado de valores⁵— se llevará a cabo utilizando técnica distinta. Por lo que se refiere al derecho de sociedades, esta técnica tiene que ser necesariamente la ley (o, en último caso, el decreto-ley). Probablemente en el ánimo del Gobierno y de las Cortes Generales pesó la consideración de que la reforma del derecho de las sociedades anónimas, en razón de la importancia que tiene esta forma social para la empresa española, tenía que realizarse con mayor sosiego y con mayor meditación, a fin de poder determinar con precisión el *alcance* de la reforma a realizar —*pequeña reforma*, es decir, mera armonización con el derecho comunitario, o *gran reforma*— y a fin de que las nuevas normas jurídicas alcanzaran el mismo grado de perfección técnica que las contenidas en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, cuyos defectos son más los adquiridos por el paso del tiempo que los originarios.

4 Cfr. L. PAREJO ALFONSO, El ordenamiento español y la integración en las Comunidades europeas: un problema capital de renovación, *Actualidad Administrativa* 1986, 1-20.

5 Cfr. J. ZURITA, El derecho europeo sobre el mercado de valores y su repercusión en el ordenamiento español, *RDBB* 6 (1986) 13-48.

Desde la década de los años sesenta se trabaja en la reforma de este sector del ordenamiento jurídico. La tesis favorable a una reforma del derecho de las sociedades mercantiles —siguiendo el entonces reciente modelo francés, de 1966, o incluso extendiendo la reforma al derecho de las sociedades civiles, en un proceso de descodificación dual, pronto fue vencida por la tesis que —más próxima al modelo alemán y austriaco de las *Aktiengesetz* de 1965— circunscribía la tarea al derecho de las sociedades anónimas. Muchos somos los que consideramos que esa opción no ha sido afortunada, pero, en cualquier caso, forzoso es reconocer que ha producido un resultado de indudable valor: el *Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas, de 1979*, redactado por una Ponencia especial de la Sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. En el Anteproyecto de 1979, ya bajo la manifiesta influencia de las Directrices comunitarias, se ofrece un régimen jurídico *completo* para esta forma social.⁶

El Anteproyecto, sin embarco, no puede ser utilizado sin más para una reforma que, entonces voluntaria, se ha convertido en obligatoria. De una parte, porque algunas de las Directrices cuyas soluciones el derecho español debe incorporar son posteriores al momento de redacción de esta obra pre-legislativa, por lo que, o bien no han sido tenidas en cuenta, o bien lo han sido en versiones no definitivas. De otra parte —y ésta es crítica fundamental, que difícilmente admite excusa absoluta—, porque la *fidelidad* a las Directrices ya aprobadas en aquella fecha no ha sido absoluta: en ocasiones, el Anteproyecto se separa de las soluciones comunitarias.⁷ Se impone, pues, una *revisión* cuidadosa a fin de evitar cualquier clase de discordancia, y en esa revisión trabaja ahora —con alcance aún desconocido— la Sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación.

Pues bien, considero que puede tener interés para el jurista argentino conocer algunos de los *problemas de adaptación del derecho es-*

6 A diferencia de lo acontecido con la proyectada reforma de la legislación concursal, que ha sido extraordinariamente debatida (v. volúmenes colectivos titulados **La reforma del derecho de quiebra**, Madrid (Civitas) 1982 y **Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal**, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. monográfico 8, Madrid 1985, el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, de 1979, ha suscitado escasa atención, quizá como consecuencia de la falta de publicación del texto articulado. Para una sintética exposición de las líneas generales de este Anteproyecto v. M. BROSETA, "**Reforma del derecho de sociedades anónimas**", en el volumen colectivo **La reforma de la legislación mercantil**, Madrid (Civitas), 1979, 183-203.

7 Cfr. L. FERNANDEZ DE LA GANDARA, Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español, DA 22 (octubre-diciembre 1984), 189-258, 251-255.

pañol al derecho comunitario. Naturalmente, no es posible analizar en este momento las diferencias existentes entre el derecho español vigente y el derecho impuesto por las Directrices. Parece preferible restringir el análisis a la delimitación de las *coordenadas* en las que esa adaptación se produce, a identificar los *problemas de política legislativa* que, en rigor, son previos, a los problemas técnicos de la adaptación y que, por ende, condicionan las decisiones en torno a las normas a modificar y al contenido de la modificación y, en fin, a determinar qué *efectos* produce la adaptación más allá del estricto campo de las sociedades anónimas.

La exposición se realizará teniendo en cuenta el *valor modélico* del derecho comunitario fuera de la C. E. E. Está fuera de toda duda que en breve plazo asistiremos a la intensificación de la fuerza del modelo como consecuencia lógica de la armonización de los Estados miembros de la C. E. E. Pero se prestará mayor atención al *valor modélico* que la reforma de un derecho latino, de la misma matriz y sobre el que se han ejercido las mismas o muy similares influencias, tiene indudablemente para el derecho argentino.

II

EL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE SOCIEDADES ANONIMAS

1. *Evolución natural y evolución artificial de la sociedad anónima*

Hace tiempo que ha entrado en el mundo de los utópicos la idea de la que la sociedad anónima constituye un fenómeno natural (*Naturscheinung*), que, como tal, se encuentra sometida a una permanente evolución (*ewige Bewegung, ewiger Wechsel*).⁸ Con esta combinación de la óptica institucional y la óptica darwiniana se justifican los muy importantes cambios que en la estructura y en las funciones ha experimentado desde su aparición como compañía colonial la que, en los sistemas jurídicos de economía de mercado, hoy es la forma jurídica más elaborada al servicio de los intereses de la empresa.⁹

8 Cfr. P. HAUSMANN, *Vom Aktienwesen und vom Aktienrech*, Berlin, 1928,3.

9 Esta óptica es característica de aquellos autores españoles que se ha ocupado de la evolución de la sociedad anónima. Cfr. J. GARRIGUES *Nuevos hechos, nuevo derecho mercantil*, Madrid 1833, ahora en *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid (Tecnos) 1971, 17 - 96; Aurelio MENENDEZ, *Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima*, Madrid (Civitas) 1974.

De esta idea suele ser derivación la del *derecho universal*. Con esta expresión se alude a que la universalidad de los problemas económicos y sociales genera una universalidad de soluciones jurídicas. El régimen jurídico de las sociedades anónimas se presenta así como un *régimen natural*, que las diferentes y sucesivas leyes van adaptando a unas *exigencias objetivas*, que precisamente en razón de esa objetividad eliminan o, cuando menos, limitan severamente las opciones del legislador.¹⁰

Naturalmente, esa relación de causalidad entre la uniforme evolución natural de la sociedad anónima y la uniforme evolución del régimen jurídico de esa forma social es útil en la medida en que no se considere verdad absoluta, elevándola a la categoría de dogma, ni sobrepase los límites propios de las fórmulas sintéticas de contenido descriptivo. A poco que se analicen las coordenadas de espacio y de tiempo del régimen jurídico de las sociedades anónimas, se aprecia que ni la evolución (natural) ha seguido siempre el mismo ritmo, ni la unidad de los problemas económicos y sociales ha sido y es tan intensa como para conducir inevitablemente a una unidad de soluciones *jurídicas*. En los ordenamientos jurídicos más representativos existen importantes y *justificadas* diferencias en el régimen jurídico de la sociedad anónima. A medida que el análisis global del ordenamiento jurídico es sustituido por el análisis concreto de normas y de instituciones, la genérica universalidad deja paso a un limitado *particularismo*.

Por otra parte, la evolución natural de la sociedad anónima no se orienta fatalmente en el mismo sentido en los diferentes Estados nacionales. La realidad económica, la realidad política y la realidad sindical condicionan el sentido de la evolución. Por esta razón, cualquier intento de incorporación a un determinado derecho de soluciones ya probadas en otro distinto no debe realizarse sin el análisis previo de la correspondencia de esas soluciones a las funciones de la sociedad anónima y de la relación entre las formas anónima y las demás formas sociales (y, en general, estructuras jurídicas) admitidas en ese ordenamiento jurídico.

¹⁰ La referencia al derecho universal de sociedades anónimas aparece incluso en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Régimen Jurídico de sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951, y la idea se encuentra, expresa o implícita, en los preámbulos o exposiciones de buen número de leyes contemporáneas.

Al lado de la *evolución natural* de la sociedad anónima —prevalente desde un punto de vista cuantitativo— existe una *evolución artificial*, que se produce cuando, por razones de orden político o coyunturales, la ley estatal se separa del *derecho universal* y cuando, bien por influencia de un derecho extranjero, bien como consecuencia de compromisos y obligaciones internacionales, se modifica o amplía el régimen jurídico de la sociedad anónima. Muchos son, en efecto, los derechos que contienen soluciones originales en temas fundamentales de la sociedad anónima: la propia Ley de Régimen Jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951, en materia de elección de los miembros del Consejo de Administración, al lado del sistema general u ordinario de elección por mayoría, establece un peculiar —y, por obra jurisprudencial, ineficaz— sistema de representación proporcional, del que no pueden encontrarse antecedentes en los ordenamientos jurídicos europeos que, por lo general, sirvieron de modelo a los autores de la Ley.¹¹ De otra parte, el trasplante de instituciones o de soluciones por razón de la importación del derecho extranjero cuenta con algunos ejemplos en la legislación española sobre sociedades de capital. Así, las prestaciones accesorias, que regula brevemente por vez primera la Ley de Régimen Jurídico de sociedades de responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953, constituyen institución originariamente germánica que, por supuesto, ni era conocida ni reclamada por la práctica española y que sólo excepcionalmente se encuentra hoy en la realidad de los Estatutos de las sociedades (anónimas y) de responsabilidad limitada españolas.¹² El fenómeno es suficientemente conocido: con frecuencia, las instituciones viven hermanadas en las normas de distintos ordenamientos jurídicos, pero no siempre viven del mismo modo en la realidad económica y social.

Los particularismos introducidos por razones de orden político o coyunturales no suelen tener larga vida y difícilmente pasan a formar parte de la tradición jurídica nacional. Del mismo modo, las instituciones y las soluciones técnicas extranjeras importadas voluntariamente, cuando no arrigan, dormitan en las leyes a la espera de circunstancia más propicia. Pero la situación cambia por completo cuando las instituciones y las soluciones ajenas se imponen imperativamente como

11 Sobre el art. 71.2 LSA v. J. GARRIGUES, en J. Garrigues - R. Uría, **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas**, 3º ed., Madrid 1976, II, 41-58, con referencia final a la necesidad de reforma. Para la crítica de la jurisprudencia sobre este precepto v. A. ROJO, "Comentario a S. T. 9. de 2 de 1977", RDP LXI (1977), 468-470.

12 Cfr. A. ROJO, **Génesis y evolución de las prestaciones accesorias**, RDM 1977, 271 - 307; J. BARBA, **Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada**, Madrid (Montecorvo), 1984.

consecuencia de los compromisos y obligaciones internacionales. En tales casos —y así acontece parcialmente en el que nos ocupa— resulta imprescindible distinguir aquellos aspectos que se corresponden con la evolución natural real o potencial de la sociedad anónima —y que, cuando más, se limitan a acelerar esa evolución— de aquellos otros que representan una mutación de estructuras y de funciones en relación con lo que hasta el momento conoce la realidad. De lo contrario, se corre el riesgo de una errónea valoración de la modificación legal y se pueden desaprovechar lamentablemente los grados de libertad reconocidos al legislador estatal en las opciones comunitarias.

2. *La sociedad anónima en el derecho comunitario*

La formación del derecho comunitario de sociedades se realiza principalmente mediante la *armonización* de las legislaciones nacionales, a la que complementan normas de *derecho uniforme* comunitario.

2.1. *El derecho uniforme*

Este último está representado —como es bien sabido— por los *Convenios* y por los *Reglamentos*. Muy pobres han sido hasta ahora los resultados obtenidos mediante la técnica del derecho uniforme. Por lo que se refiere a los Convenios (230.3 del Tratado de Roma) sólo el tema del reconocimiento recíproco de sociedades ha sido objeto de regulación legislativa: el *Convenio de Bruselas* de 23 de febrero de 1968, relativo al reconocimiento recíproco de sociedades y personas jurídicas, sin embargo, aún no ha entrado en vigor. Por lo que se refiere al Reglamento —que como es sabido, constituye una fuente comunitaria de naturaleza imperativa de aplicabilidad directa e inmediata en los Estados Miembros—, se cuenta con el Proyecto de Estatuto de la llamada *Sociedad Anónima Europea* (S. E.), en la versión revisada de 30 de abril de 1975.¹³ Con este Reglamento no pretende el legislador comunitario *sustituir* los distintos derechos nacionales en materia de sociedad anónima por un unitario derecho uniforme, sino tan sólo la creación de una *nueva forma jurídica* (supranacional) destinada, principalmente, a dar satisfacción a procesos de concentración de ámbito comunitario. Las sociedades anónimas europeas se configuran así como una quinta forma de sociedad mercantil, al servicio de las exigen-

13 Sobre el Proyecto de Estatuto de Sociedad anónima europea (S. E.) v. el volumen colectivo **"Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad económica europea**, bajo la dirección de J. Girón Tena, Madrid (Universidad Complutense), 1978.

cias de la concentración de sociedades a escala comunitaria, y, consecuencia, de acceso restringido.¹⁴

El Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea ha tenido excepcional importancia en el proceso de reforma del derecho de sociedades anónimas emprendido en la década de los setenta en buen número de Estados comunitarios y no comunitarios, y algunas de sus soluciones han sido recogidas en trabajos prelegislativos. En el caso español, es patente la influencia de este Proyecto de Reglamento en los trabajos prelegislativos que dieron como resultado el Anteproyecto de 1979. No obstante, en la actualidad no parece que el Estatuto de Sociedad Anónima Europea se vaya a convertir en norma jurídica vigente. Existen dificultades para la conversión del Proyecto en Reglamento, dificultades que fundamentalmente derivan de la germanización manifiesta de (parte de) la normativa en él contenida, como, por ejemplo, pone de manifiesto el régimen de la administración, con adopción del modelo dualista (arts. 62 y sigs.), y el sistema de participación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia (arts. 137 y sigs.).

2.2. *El derecho armonizado: las Directrices*

El derecho armonizado de sociedades está integrado por una nutrida serie de Directrices, cuyo fundamento hay que buscar en el artículo 54.3, letra "g" del Tratado.¹⁵ Las Directrices (o Directivas) están dirigidas a los Estados Miembros, y no a los particulares —por lo que sólo en circunstancias excepcionales tienen efecto directo¹⁶—, y vinculan a dichos Estados en cuanto a los resultados, pero no en cuanto a los medios utilizados para la consecución de esos resultados. De ahí que constituyan un ejemplo de legislación compartida, cuyos efectos no son la creación de un derecho uniforme sino un *derecho de equivalencias* de las normativas materiales.

Hasta el momento, las Directrices aprobadas son las siguientes:

— Primera Directriz (68/151/CEE), de 9 de mayo de 1968, sobre

14 Cfr. J. ZURITA, **La integración económica en la C. E.E. y el acceso a la sociedad anónima europea**, en el volumen colectivo cit. rt. 13, 31-60.

15 De entre la abrumadora bibliografía sobre esta materia destacamos los trabajos de M. LUTTER, "Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts in Europa", en "Europäisches Gesellschaftsrecht" (ZGR SonderHeft 1), 2º ed. 1384 y Ch. TIMMERMANS, Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, *RabelsZ* 48 (1984) 1-47.

16 Cfr. A. JIMENEZ - BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, El **efecto directo de las Directrices de la C. E. E.**, *RAP* 109 (enero-abril 1986), 110-135; Mª L. ESPADA RAMOS, **Hacia un proceso de transformación de las directrices comunitarias**, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3 (1984, 1º cuatrimestre), 107-137.

publicidad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y nulidad de sociedades. Se aplica a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

— Segunda Directriz (77/91/CEE), de 13 de diciembre de 1976, sobre constitución de sociedades anónimas, y estabilidad y modificación de su capital social.

— Tercera Directriz (78/855/CEE), de 9 de octubre de 1978, sobre fusión de sociedades anónimas.

— Cuarta Directriz (78/660/CEE), de 25 de julio de 1978, sobre contabilidad de las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

— Sexta Directriz (82/891/CEE), de 17 de diciembre de 1982, sobre escisión de sociedades anónimas.

— Séptima Directriz (83/349/CEE), de 13 de junio de 1983, sobre consolidación contable de las uniones y grupos de sociedades.

— Octava Directriz (84/253/CEE), de 10 de abril de 1984, sobre habilitación de las personas encargadas de verificar la contabilidad de las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

Se encuentra en proyecto, la Quinta Directriz (propuesta modificada, de 19 de agosto de 1983), sobre estructura y órganos de la sociedad anónima; la Novena (proyecto, sin carácter oficial, de 1984), sobre régimen sustantivo de los grupos de sociedades; y la Décima, sobre fusiones internacionales (cuya versión se ha difundido en 1985). También hay que señalar el Proyecto de Directriz presentada por la Comisión al Consejo el 5 de mayo de 1986 por la modificación del ámbito de aplicación de la 4ª y de la 7ª, a fin de incluir dentro del régimen respectivo a las sociedades colectivas y comanditarias.

Además de por la fase de elaboración, estas Directrices merecen ser clasificadas por razón del *objeto*: mientras que algunas Directrices son sólo aplicables a las sociedades anónimas (2ª, 3ª y 6ª), otras lo son también a las sociedades de responsabilidad limitada y a comanditarias por acciones (1ª, 4ª, 7ª y 8ª). Esta realidad pone de manifiesto que el derecho armonizado no pretende una equivalencia material de las soluciones jurídicas del derecho de sociedad mercantiles, sino sólo una equivalencia limitada en relación con formas sociales determinadas. Probablemente la exclusión de las sociedades personalistas se justifica por haber considerado *utópica* en su momento la armonización global o general del derecho de sociedades.¹⁷ Este planteamiento es comprensible, pero lo

17 V. *Infra* nt. 37.

es menos el seguido para la determinación del ámbito de aplicación de las Directrices aprobadas. La *discriminación* de formas sociales no encuentra siempre fácil justificación si se tiene en cuenta la *funcionalidad* de las formas sociales en los *distintos* derechos estatales: así, por ejemplo, las normas contenidas en la 2^o, 3^o y 6^o Directrices serían igualmente útiles si se proyectaran sobre las sociedades de responsabilidad limitada españolas.

Sin duda alguna, el *fundamento* de este derecho armonizado se encuentra en la preocupación comunitaria por impedir el llamado “efecto Delaware”, garantizando que las decisiones económicas no estén determinadas por las diferencias legales de los Estados Miembros de la Comunidad.¹⁸

De estas interesantes fuentes del derecho comunitario la característica más acusada, que no puede pasar desapercibida a ningún observador imparcial, es la radical diversidad entre las Directrices de la primera y la segunda generación. La distinción no tiene como criterio cronológico la primera ampliación, pero es evidente que sin ella no puede ser íntegramente explicada. Pues bien, en la 1^o y en la 2^o Directrices se aprecia el fenómeno de la *europaización del derecho alemán* o, si se prefiere, de la *germanización del derecho comunitario*.¹⁹ El derecho alemán —*Ahtiengesetz* de 1965— se ha presentado, con demasiada frecuencia, como técnicamente superior al de los demás Estados Miembros de la Comunidad, sirviendo de pauta, aunque no sin concesiones, para el derecho comunitario. Las Directrices de la “segunda generación” por el contrario, nacen bajo el signo de la transacción. Sería equivocado pensar que esta transacción —fomentada, evidentemente, por el Reino Unido, cuyas firmes posiciones tuvieron el efecto indirecto de fortalecer la resistencia de los Estados latinos— ha dado como resultado la síntesis entre distintas situaciones legislativas. La transacción se ha traducido en el progresivo reconocimiento de alternativas, unido a un marcado “detallismo”, hasta el punto de que —al igual que en otras materias— se desvirtúa la originaria concepción de la Directriz, en un proceso de aproximación formal al Reglamento. Los Estados miembros son libres de optar por dos o más soluciones en relación con aspectos fundamentales de la materia de las Directrices, pero, una vez elegida una de las soluciones posibles, tienen escaso margen para la configuración técnica de las normas jurídicas. Ni que decir tiene que estas *Directrices reglamentadas*, por razón del excesivo número de opciones que contienen, comprometen seriamente la armonización pretendida. El ejemplo de la

18 Cfr. Ch. TIMMERMANS, *RabelsZ* 48 (1984), 14-80.

19 Cfr. M. LUTTER, *ob. cit.* nt. 15, 50-52.

4º Directriz es particularmente significativo: los Estados miembros de la CEE, a la hora de incorporar la Directriz sobre cuentas anuales, han tenido 41 opciones distintas (*Wahlrechte*), y las sociedades afectadas por las Directrices, a su vez, tienen a su disposición hasta 35 opciones.²⁰ Esta concesión de posibilidades ha convertido la 4º Directriz en un catálogo complejo y detallado de alternativas, por las que cada uno de los Estados miembros debe optar.

Pero, además de poner de manifiesto esta característica de las Directrices comunitarias, es menester resaltar el *retraso* con que los Estados miembros de la Comunidad han ido incorporándolas al derecho interno. El caso italiano es extremo: la 1º Directriz fue introducida dentro de plazo por Decreto del Presidente de la República, número 1.127, de 29 de diciembre de 1969. Pero la 2º Directriz no lo fue hasta el Decreto presidencial (número 30, de 10 de febrero de 1986, con un retraso de más de 9 años sobre la fecha límite. En el caso de la 4º Directriz el retraso ha sido característica general: sólo Dinamarca lo incorporó dentro del plazo; los demás Estados comunitarios o la incorporaron con retrasos, o todavía no han procedido a la incorporación. Aunque en algunos casos el retraso es achacable a la inestabilidad política, esta explicación no tiene valor general. En realidad, el retraso es consecuencia de la dificultad de la incorporación.

De esta dificultad ha sido consciente el legislador comunitario. El alargamiento de los plazos ha sido la respuesta a las evidentes complejidades del proceso de armonización (vid. cuadro adjunto).

| <i>Directrices Año Aprobación</i> | | <i>Plazo para la incorporación</i> | | |
|-----------------------------------|------|------------------------------------|--------------|---|
| 1º | 1968 | 18 meses desde la | notificación | |
| 2º | 1976 | 2 años | “ | “ |
| 3º | 1978 | 3 años | “ | “ |
| 4º | 1978 | 2 años | “ | “ |
| 6º | 1982 | | 1/1/1986 | |
| 7º | 1983 | | 1/1/1988 | |
| 8º | 1984 | | 1/1/1988 | |

20 Cfr. (R. J. NIEHUS, “Zur Transformation der 4. EG - (Bilanz) - Pflichtlinie in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft” ZGR 14 (1985) 536-566, 537.

III

EL TIPO DE SOCIEDAD ANONIMA EN EL DERECHO ESPAÑOL
Y EN EL DERECHO COMUNITARIO*“Aktiengesellschaften” y sociedades anónimas*

Los datos estadísticos sobre sociedades son particularmente significativos acerca de la distinta función de la sociedad anónima en los distintos Estados miembros de la C.E.E. Limitando el análisis a la República Federal de Alemania —de particular interés por el aludido fenómeno de germanización— y al Reino de España, la desproporción del número de sociedades anónimas (o por acciones) es extraordinariamente significativo: en el año 1982 existían en la República Federal Alemana unas 294.000 sociedades de responsabilidad limitada, pero sólo 2.140 sociedades por acciones (o anónimas). Ese mismo año se constituyen en España 55 sociedades colectivas, ninguna comanditaria (simple por acciones), 5.427 sociedades de responsabilidad limitada y 14.672 sociedades anónimas. En un solo año se constituyó en España un número casi siete veces superior al de todas las sociedades por acciones existentes en la República Federal de Alemania ²¹, donde, desde finales de la Segunda Guerra Mundial, se aprecia una *huida hacia la sociedad de responsabilidad limitada*, cuyas causas no sólo son fiscales: la reducción tipológica de la sociedad anónima al ámbito de la gran empresa y el rigor del régimen jurídico de las *Aktiengesetz* de 1937 y 1965 redujeron el número de sociedades anónimas, por la limitación esencial de esta forma social, ²² Por el contrario, en España la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de sociedades de responsabilidad limitada, de 1953 —sociedades que hasta entonces habían sido mucho más abundantes que las anónimas—, marcó el inicio de la progresiva decadencia de las limitadas, las cuales pasaron a constituirse en la proporción de 1 por 3 ó de 1 por 4, según los años.²³

21 Cfr. F. RITTNER, en “Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH). Kommentar”, von H. Rowedder, Munich (Vahlen) 1985, 20.

22 Cfr. F. RITTNER, ob. loc. ult. cit.

23 Cfr. L. CARTON, “Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, en M. Albaladejo - M. Motos, “Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial”, tomo XXIII, Madrid (Edersa) 1984, 10-19, que ofrece una sintética exposición de la evolución de esta forma social en la realidad española.

2. *La neutralidad de la forma jurídica sociedad anónima en el derecho español*

Mientras en el derecho alemán la sociedad anónima (o por acciones) es el tipo específico de la gran empresa, en el derecho español la sociedad anónima constituye una *forma neutra*, aplicable a las exigencias de la gran, de la pequeña y de la mediana empresa. Cualquier tipo de empresa puede albergarse en la forma anónima. No existe una rígida correspondencia entre *forma* y *tipo*.

2.1. *La técnica de la reserva de la forma anónima*

Esta *neutralidad* es consecuencia de una opción de política legislativa efectuada por la Ley de 17 de julio de 1951: en los trabajos prelegislativos de esta Ley se introdujo la técnica del *capital mínimo* como medio de reserva de la forma anónima a las medianas y grandes empresas. El Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, de 1947 —del que derivó la vigente Ley—, contenía la exigencia de un capital mínimo de cinco millos de pesetas; pero la fuerte oposición del empresariado —especialmente en Cataluña, región en la que abundaban y abundan las anónimas familiares—, indujo a sustituir la *técnica del capital mínimo* por una *técnica de La reserva de la forma*, según la cual las sociedades que limiten de cualquier forma la responsabilidad de sus socios y tengan un capital superior a cinco millones de pesetas deberán revestir necesariamente la forma de sociedad anónima, exigencia cuantitativa que la Ley 84/1968, de 5 de diciembre, elevó a cincuenta millones de pesetas, lie este modo, aunque se baya renunciado a que sólo las grandes empresas puedan acogerse al esquema propio de esta forma social, se tiene la seguridad de que todas las empresas de determinadas dimensiones serán sociedades anónimas.

El Anteproyecto de 1979, recogiendo esta vieja aspiración, no hace sino acomodarse a lo que constituye tendencia del derecho europeo: el derecho alemán exige que la sociedad por acciones tenga un capital mínimo de cien mil marcos (7 AktG) ; el derecho francés exige un capital mínimo de quinientos mil francos si la sociedad recurre al ahorro público, y de cien mil en caso contrario (artículo 7^o de la Ley de sociedades mercantiles, de 1966) ; el derecho italiano exige un capital mínimo de doscientos millones de liras (artículo 2.327 del Código Civil, en la redacción de la Ley de 16 de diciembre de 1977). Aunque algunas voces —ciertamente aisladas— han manifestado su oposición a la técnica del capital mínimo, y han pretendido que se suprima de nuevo esta exigencia en atención a la realidad española, que conoce un elevado número

de sociedades anónimas con un capital de muy escasa entidad —a veces, irrisorio—, la incorporación de España a la C.E.E. impide que sean tomadas en consideración: la 2ª Directriz, relativa a la constitución y a la estabilidad y modificaciones del capital de la sociedad anónima²⁴, impone un capital mínimo de 25.000 unidades de cuenta europeas (art. 6.1). Con esta exigencia, la 2ª Directriz deja patente que en el terreno comunitario la forma anónima no puede estar a disposición de empresas de reducidas dimensiones. La técnica del capital mínimo permite una *progresiva adecuación* de la correspondencia entre forma anónima a las grandes y medianas empresas, es principio orientador de la política comunitaria:

“El Consejo, a propuesta de la Comisión, procederá cada cinco años al examen y, en su caso, a la revisión de las cuantías del presente artículo expresadas en unidades de cuenta europeas, teniendo en cuenta, de una parte, la evolución económica y monetaria de la Comunidad, y, de otra parte, las orientaciones que tiendan a reservar la elección de las formas de sociedad indicadas en el párrafo primero del artículo 1º a las grandes y medianas empresas” (art. 6.3).

El legislador español puede elegir entre exigir como capital social mínimo que la cifra corresponde a las 25.000 unidades de cuenta europeas o elevar esa cifra a fin de progresar en la línea de política legislativa comunitaria de la que acaba de hacerse mención. Cualquiera de las dos alternativas es válida. Tan sólo es necesario tener en cuenta que la cifra que se establezca —cinco o diez millones parecen ser las alternativas que se consideran— determina el ámbito de la obligación de transformación, ámbito que debe ser conocido de antemano y valorado adecuadamente. En el caso de que se establezca como capital mínimo una cifra notablemente superior al mínimo comunitario, sería conveniente introducir una *progresión (anual) del mínimo*, a fin de facilitar la adecuación de las sociedades anónimas españolas a la nueva exigencia legal.

2.2. *La adecuación jurisprudencial y legal*

Ciertamente, es indudable que el *tipo ideal* del que parte la Ley de 1951 es el de la gran empresa; pero no lo es menos que la autonomía de la voluntad de los socios tiene reconocida la facultad de acomodar el tipo a las exigencias de empresas medianas y pequeñas: de un lado, las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones cons-

24 Cfr. el volumen colectivo “La seconda direttiva CEE en materia societaria”, bajo la dirección de L. Buttaro y A. Patroni Griffi, Milán (Guiffré) 1984.

tituyen la *técnica* más frecuente *para cerrar un tipo* que en la Ley aparece configurado como abierto (art. 46).²⁵ De otro, se opera una *simplificación de formalidades*, acompañada, en ocasiones, de una *reducción orgánica* de la sociedad. Así, en el primer sentido, los requisitos de publicidad de la convocatoria de la Junta General de Accionistas, establecidos en función de las características de la gran empresa —anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia (art. 53.1)—, son obviados en las sociedades de pocos socios a través del recurso a las Juntas universales. Frente a la idea primaria de que estas Juntas se caracterizan por una reunión espontánea de accionistas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, modificando su primera posición, se ha percatado de que tales Juntas no son sino aquéllas en las que la convocatoria no se realiza con observancia de las exigencias legales y estatutarias, pero a las que asiste, presente o *representado*, la totalidad del capital social desembolsado con voluntad efectiva de celebrar Junta General. La admisibilidad de la representación en las Juntas universales (SS. T.S. de 13 de abril de 1973 y 30 de mayo de 1975; Res. D. G. R. y Not. de 4 de mayo de 1981) ha venido a potenciar una práctica de gran utilidad para las empresas pequeñas y medianas, con evidente ahorro de costes.)²⁶ Al mismo tiempo, se procede, en algunos casos, a una reducción orgánica de la sociedad, en el sentido de que en la pequeña sociedad anónima el “órgano” encargado de la censura contable no tiene carácter necesario: es doctrina legal del Tribunal Supremo que cuando el nombramiento de accionistas censores es inviable por ser todos los accionistas administradores o miembros del Consejo de Administración, desaparece la razón de la fiscalización, que sólo es posible cuando existe dualidad entre administradores y accionistas (SS. T. S. de 3 de mayo de 1956, 7 de febrero de 1967, 31 de mayo de 1967 y 3 de mayo de 1969).²⁷

Mientras que la adecuación de la forma anónima a las exigencias de las pequeñas empresas ha sido obra de los propios socios —a través de los Estatutos— y de la jurisprudencia, la adecuación de la forma a la gran empresa ha sido obra legal. Por supuesto, para la economía española del año de promulgación de la Ley especial el régimen jurídico con-

25 Quizá como consecuencia de un defecto de técnica legislativa —uno de los pocos que se aprecian en la Ley de 1951—, se admiten en el derecho español las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones al portador, sin perjuicio de las dificultades operativas que al recaer sobre tales acciones las referidas cláusulas comportan. Cfr. R. URÍA, en Garrigues - R. Uría, “ComLSA”, cit., I, 525-627.

26 Cfr. R. URÍA, en J. Garrigues - R. Uría, “ComLSA”, cit., I, 623-624.

27 Cfr. ARANA GONDRA, “La censura de cuentas en las sociedades anónimas”, Madrid (Ediciones ICE) 1976, para el conocimiento del derecho español vigente en esta materia y para su crítica.

tenido en ella se adaptaba a las exigencias de las grandes empresas; pero la evolución de la realidad económica y social ha limitado el grado de esa adaptación. El progresivo aumento del ámbito de la legislación especial no puede explicarse única y exclusivamente por razón de la especialidad del objeto, sino que, en algunos casos (bancos, seguros, inversión mobiliaria), al lado de un marco normativo más adecuado para las dimensiones de la empresa. En el derecho español contemporáneo las grandes empresas son *sociedades anónimas especiales*.

2.3. *La neutralidad del contenido: sociedades anónimas públicas y sociedades anónimas laborales*

Finalmente, la forma anónima se caracteriza en el derecho español por la *neutralidad de contenido*, como ponen de manifiesto la sociedad anónima pública y la sociedad anónima laboral.

La inexistencia de un Estatuto de la empresa pública explica la *huida hacia la forma jurídica anónima*. En las empresas públicas españolas el predominio de la sociedad anónima es absoluto. Como razón oficial de esta huida se suele aludir a la agilidad de la estructura jurídica de la sociedad anónima, que contrasta con la pesadez de las estructuras administrativas. Sin dejar de reconocer la realidad de este fundamento, al lado de él hay que colocar el deseo de los dirigentes de estas empresas de escapar del régimen jurídico de la responsabilidad de los funcionarios públicos, acogiéndose al mucho más beneficioso de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas (arts. 79 y sigs). En todo caso, la utilización de la sociedad anónima como forma de empresa pública es exponente de la desvinculación entre forma jurídica y tipo —privado o público— de empresa y, en definitiva, de la neutralidad del contenido del tipo, a la vez que constituye manifestación de la evolución del derecho privado patrimonial hacia un derecho general del tráfico, en la que el viejo derecho liberal se desprivatiza, perdiendo progresivamente la vieja impronta individualista y acogiendo en su seno intereses públicos y sociales.²⁸

La utilización por los trabajadores de la sociedad anónima se realiza principalmente al amparo de la Ley 15/1986, de 25 de abril, de sociedades anónimas laborales. En el primer Gobierno de la transición (1976/1977), el Ministerio de Trabajo preparó un “Anteproyecto de Ley de sociedades capital-trabajo”, en que se pretendía crear una nueva forma social, combinando normas procedentes de la legislación sobre so-

28 Cfr. A. ALONSO UREBA, “La empresa pública”, Madrid (Montecorvo) 1985, 478.

ciudades anónimas con otras procedentes de la legislación comparativa. No obstante, la primitiva idea de creación de una nueva forma social dio paso en el Anteproyecto definitivo (1977) a la más razonable de creación de una sociedad anónima especial, criterio que, a través de disposiciones legislativas de inferior riesgo, se mantuvo en años sucesivos y fue acogido en la referida Ley que acaba de promulgarse. Esta Ley 15/1986 ²⁹, de sociedades anónimas laborales, aprobada para dar respuesta a las dificultades por las que atraviesa el sector industrial y evitar la pérdida de empleo ocasionado por el cierre de las empresas, se ocupa de aquellas sociedades en las que, al menos, el 51 % del capital social pertenece a los trabajadores que prestan e ellas sus servicios retribuidos en forma directa, por tiempo indefinido, y en jornada completa (art. 1º), cualquiera que sea la cifra del capital social (art. 2º). Ninguno de los socios puede tener acciones que representen más del 25 % del capital social, salvo las entidades públicas o propiedad de la Administración, las cuales pueden llegar hasta un 49 % (art. 5º.2). En el caso de que existan socios no trabajadores, las acciones serán de dos clases, sometidas respectivamente a un distinto régimen jurídico (art. 6º). En relación con las acciones reservadas a los trabajadores, se admiten las acciones en cartera, siempre que el capital que representen, no exceda de la cuarta parte del capital laboral (art. 6º.3). La vida de estas anónimas especiales se facilita mediante un régimen tributario privilegiado (arts. 20 y 21).

En lugar de haber potenciado el movimiento cooperativo y las fórmulas autogestionarias que son específicas de las cooperativas de trabajo asociado, se ha preferido seguir el camino de la especialidad. Que el camino es erróneo se demuestra por la escasa viabilidad y vitalidad de estas sociedades que, salvo excepciones que confirman la regla, sólo pueden pervivir merced a la ayuda pública —directa o indirecta—, y, además, porque para dotarlas de un marco legal propio ha sido preciso conculcar gravemente los principios de la vigente Ley de Régimen Jurídico de sociedades anónimas, y —lo que en estos momentos es mucho más grave— las normas contenidas en la 2º Directriz. Esta conculcación —inexplicable en una Ley especial que se aprueba con posterioridad al ingreso de España en la C.E.E.—, más que desdén hacia la normativa comunitaria, refleja ignorancia y falta de coordinación ministerial, por lo que hay que confiar en una inmediata reforma, simultánea a la de adecuación de la Ley de 1951 a las Directrices comunitarias. Con todo,

29 Sobre los antecedentes de la Ley 15/1986 v. Mº T. GISPERT, "Aproximación a una nueva realidad económica: la Sociedad Anónima Laboral", Rev. Jur. Cat. 1983, 269-330.

la sociedad anónima laboral, en paralelo con la sociedad anónima pública, ratifica esa neutralidad de contenido de la forma anónima, que es el dato que interesa destacar.

2.4. *La reducción tipológica como consecuencia de la armonización*

La adecuación del derecho español al derecho comunitario producirá como consecuencia una *progresiva reducción tipológica* de la sociedad anónima. La cifra del capital mínimo eliminará la posibilidad de utilizar la forma anónima por empresas de pequeñas dimensiones. Pero a esta primera e importante barrera se añaden otras que, incluso en relación con las sociedades que logren superar esa cifra mínima, resultan decisivas: el régimen jurídico de la sociedad anónima alcanzará mayores grados de complejidad; la utilización de la estructura jurídica se hace más difícil, por cuanto menores son los ámbitos de autonomía de los socios. La incorporación de las Directrices comunitarias al derecho interno pone en marcha una *dinámica de cambio social* que trasciende al propio derecho comunitario. El grado de reducción tipológico sólo podrá determinarse con relativa precisión cuando se despeje la incógnita del futuro de las proyectadas 5ª y 9ª Directriz; pero la introducción de las ya aprobadas iniciará esa reducción. La relación entre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en términos de análisis lógico —sobre los que influyen factores de psicología social que pueden alterar el resultado—, está llamada a modificarse. Muchas serán las sociedades anónimas condenadas o aconsejadas a transformarse en otra forma social.

Prescindiendo de las transformaciones de anónimas en cooperativas —que, no obstante el escaso número de estas transformaciones, haría bien en regular detenidamente la futura legislación, las transformaciones prevalentes tendrán lugar entre las formas sociales capitalistas. Decechada la transformación en sociedades colectivas o comanditarias —figuras residuales, que disgustan a los particulares, por lo que apenas si se constituyen en la forma tradicional³⁰—, los pasos se orientarán hacia la sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, la transformación en sociedad de responsabilidad limitada no resulta aconsejable mientras se mantenga la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1953.

No creo desvelar ningún secreto al afirmar que esta sincrética Ley³¹ no es una de las leyes comerciales más afortunadas. No se acier-

30 Sobre las "nuevas comanditarias", v. A. ROJO, "S. A. S. en C.", RDM 1980, 245-253.

31 La Ley de Régimen Jurídico de sociedades de responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953, ha tomado del derecho alemán las prestaciones accesorias (art. 10) y el régimen de la representación de los administradores (art. 11); del derecho francés el íntegro desembolso del capital social (art. 3); y del derecho inglés el límite máximo del número de socios (art. 3) y el régimen de la transmisión de las participaciones sociales (art. 20).

ta a comprender cómo poco después de haber sido promulgada una ley tan precisa y técnica como la Ley de sociedades anónimas se haya podido confeccionar una Ley tan incompleta y defectuosa. Todo aquél que conozca medianamente la práctica deberá coincidir en que la Ley de sociedades de responsabilidad limitada constituye una auténtica “caja de sorpresas”, de la que una jurisprudencia poco experta puede extraer conclusiones jurídicas no sólo inadecuadas sino radicalmente injustas para los intereses de los socios y de los terceros. La inadecuada solución dada a la legislación supletoriamente aplicable (art. 3.2) plantea permanente problemas de difícil —e incierta— solución ³²; la sorprendente afirmación consignada en la Exposición de Motivos, en relación con la formación de mayorías, de una en la sociedad de responsabilidad limitada “no existe problema de defensa de las minorías” —afirmación exponente de una filosofía subyacente que aflora a lo largo del articulado— se traduce en muchos y muy graves lagunas ³³; y, en fin, la solución desafortunada de concretas materias —como, por ejemplo, la relativa a la exclusión de socios ³⁴— son las causas principales del progresivo abandono de esta forma social en beneficio de la sociedad anónima.

Por esta razón, la adecuación del derecho de sociedades anónimas al derecho comunitario contenido en las Directrices no puede realizarse sin modificar simultáneamente la Ley de 1953. Dado que la adecuación tiene que afectar imperativamente a esta Ley, por cuanto que las Directrices 1º, 4º, 7º y 8º son de aplicación a las sociedades de esta clase, es oportuno afrontar la reforma general del derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Sería peligroso, en efecto, proceder a las reformas obligatorias de las Leyes de anónimas y de limitadas sin contar con una regulación satisfactoria de aquella forma social a la que tendrá que transformarse o a la que será aconsejable que transforme un número no desdeñable de las sociedades anónimas existentes.

32 Cfr. L. CARLON, “Normas aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada”, Discurso inaugural del año académico 1976-77, Universidad de Oviedo, 1977, 7-22.

33 Cfr. L. CARLON, “Reflexiones sobre la tutela de la minoría en la sociedad de responsabilidad limitada”, en “Estudios de derecho mercantil en homenaje a R. Uría”, Madrid (Civitas), 1978. 81-96.

34 Cfr. J. M^a MUÑOZ PLANAS, “Sobre la exclusión del socio administrador único de limitada”, en “Estudios jurídicos en memoria del decano don Eusebio González Abascal”, Oviedo (Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo) 1977, 179-223; R. GARCIA VIDLAVERDE, “El ejercicio del derecho de exclusión de las sociedades de responsabilidad limitada”, en “Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor A. Polo”, Madrid (Edersa) 1981, 241-262.

IV

EL DERECHO ARMONIZADO DE SOCIEDADES ANONIMAS
Y EL DERECHO DE LA EMPRESA

La armonización del derecho español de sociedades con las Directrices comunitarias no sólo obliga a la reforma de las Leyes especiales de 1951 y de 1953 (y del Código de comercio por lo que se refiere a la sociedad comanditaria por acciones), sino que obliga también a la reforma de lo que, con expresión meramente descriptiva, se puede denominar *derecho de la empresa* y, en particular, a la reforma de las obligaciones legales de publicidad y de contabilidad. Hay que proceder, en efecto, a la modificación del Libro I del Código de comercio de 1885, cuyo Título II se dedica al Registro mercantil (arts. 16 y 32) y cuyo Título III se ocupa de la contabilidad de los empresarios (arts. 33 a 49). Estos dos Títulos no conservan la redacción originaria, ya que fueron objeto de modificación parcial por la Ley 16/1973, de 21 de julio.

1. *La publicidad: la reforma del derecho registral mercantil*

La 1ª Directriz del Consejo de la C. E. E., de 9 de mayo de 1968, aplicable —como antes se señaló— a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, contiene medidas de coordinación en materia de publicidad (arts. 2º a 6º) y, además, en materia de eficacia de las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad (arts. 7º a 9º) y en materia de nulidad de sociedades (arts. 10º a 12º).³⁵ El hecho de que la publicidad registral mercantil sea objeto de una Directriz aprobada en relación con algunas formas de sociedades mercantiles pone de manifiesto que la C. E. E. no se ha propuesto la armonización general del derecho registral mercantil³⁶: de un lado, porque la armo-

35 Para la exposición de las líneas generales de la 1ª Directriz, de 9 de mayo de 1968, v. P. van OMMESLAGHE, "La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés", Cah. dr. eur. (1969), 495-563 y 619-665. La bibliografía sobre la armonización de los derechos estatales con las normas de la 1ª Directriz es muy abundante. Para una panorámica general V. C. FISCHER - ZERNIN, "Der Rechtsangleichungserfolg der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie del EWG", Tubinga (Mohr) 1986, 62 y sigs.

36 Para una primera aproximación histórica y comparada a los sistemas registrales mercantiles v. Aurelio (MENENDEZ, "Panorama de la publicidad registral mercantil en derecho español y en otros ordenamientos europeos", en el volumen colectivo "Curso de Conferencias sobre derecho comunitario europeo (año 1975)", Madrid (Centro de Estudios Hipotecarios), s. f., 55-79. Para la comparación entre el sistema registral mercantil español y el de la 1ª Directriz v. R. GARCÍA VILLAVARDE, "El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el derecho comunitario", La Ley VI (1985), supl. 8, 31 de diciembre de 1985, 1-4.

nización sólo se exige en relación con el derecho registral aplicable a las sociedades mercantiles; de otro, porque esa armonización ni siquiera alcanza a la totalidad de las formas sociales, sino única y exclusivamente a las tres formas sociales señaladas. El fundamento de esta limitación subjetiva se encuentra —según el Preámbulo de la Directriz— en el hecho de que “la actividad de estas sociedades traspasa frecuentemente los confines del territorio nacional” y en que las anónimas y las de responsabilidad limitada “no ofrecen a los terceros más garantía que el patrimonio social”.³⁷ Se trata, pues, de una *reforma parcial*, que sólo obliga a introducir un *derecho registral especial* (mercantil) al lado del *derecho registral general* (mercantil), pero que —como más adelante habrá ocasión de señalar— plantea un problema de política legislativa: el de la oportunidad de la coexistencia del régimen general y del régimen especial.

1.1. *Publicidad formal: la duplicidad de medios o instrumentos técnicos (primarios) de publicidad*

El derecho español de la publicidad registral de las sociedades mercantiles (y de los empresarios mercantiles individuales) tiene como único medio (primario) de publicidad el Registro mercantil, heredero de las viejas matrículas y archivos consulares.³⁸ La publicidad registral se prac-

37 Como puede deducirse de los trabajos preparatorios de la 1º Directriz el argumento de la limitación de la responsabilidad, característica común de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, ha sido decisivo para restringir el ámbito de la entonces proyectada armonización. La inclusión de la sociedad comanditaria por acciones, más que a consideraciones abstractas en torno a la naturaleza de esta subforma (o de este subtipo) social, obedece al temor de que, tras la incorporación de la directriz al derecho interno, se produjera una fuga hacia la comanditaria por acciones a fin de evitar la aplicación del nuevo régimen legal imperativo. De este modo, se evita que la transformación de sociedades anónimas o limitadas en comanditarias por acciones reste eficacia a la armonización. Cfr.

DORAT DES MONTS, “Vers un droit européen des sociétés commerciales A propos du projet de directive de la C. E. E. concernant la protection des associés et des tiers”, J. C. P. 1965 Doctr. 1896 núm. 3.

38 En relación con la realidad histórica española, se echa de menos una investigación amplia sobre la matrícula de comerciantes y sobre la obligación de depósito (o de simple testimonio) de las escrituras de sociedades (v. las valiosas referencias de C. PETIT, “La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829”, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, núm. 40, 1980, 95 y sigs.), las de capitulaciones matrimoniales o de constitución de dote y las de poderes a factores y a dependientes en el archivo del Consulado. Por el contrario, la evolución hacia el Registro mercantil moderno a partir del Código de comercio de 1829 ha sido analizada detenidamente por Aurelio MENENDEZ, “El Registro mercantil español (Formación y desarrollo)”, en “Leyes hipotecarias y registrales de España (Fuentes y evolución)”, tomo IV, (Madrid Castalia), 1974, 9 y sigs. En el derecho actual, el Registro mercantil español es simultáneamente un Registro de determinadas personas, de determinados actos (Res. D. G. R. y Not. 5 abril 1983, Ar. 2265) y de determinados bienes (buques y aeronaves). Esta inscribibilidad heterogénea tiene consecuencias para la organización (art. 16.2 C. de c. y 10 Rgl. R. M.) y para el funcionamiento del Registro.

tica fundamentalmente por medio de inscripciones en el Registro mercantil. El Registro es una oficina pública, radicada en todas las capitales de provincia (y en otras localidades reglamentariamente determinadas), que está a cargo de los Registradores de la Propiedad con la cualidad de Registradores mercantiles, y, depende, de modo inmediato, de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Se integra así el derecho español en el *sistema de registro descentralizado*, que, con fundamentales diferencias de organización y funcionamiento, es el predominante (que no el exclusivo) en los Estados miembros de la C. E. E.³⁹

La unidad del medio (primario) de publicidad no ha sido alterada por la Ley 16/1973, de 21 de julio. A esta Ley se debe la creación del *Registro Central*, de mero “carácter informativo” (art. 16.2 C. de C.) y del *Boletín Oficial del Registro mercantil*, “en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que el Reglamento determine, y en el que se insertarán, además, aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor” (art. 30.2 C. de C.). Ni el Registro Central ni el Boletín constituyen, sin embargo, medios de publicidad legal, sino —como dice la Exposición de Motivos de la Ley modificadora— “eficaces complementos del sistema”. Los efectos jurídicos de la publicidad —positivos y negativos— siguen produciéndose por virtud de la inscripción en los Registros mercantiles provinciales (o locales), sin que el acceso al Registro Central de lo inscripto en el Registro mercantil que corresponda ni la publicación de esos datos —íntegros o por extracto— en el Boletín que se crea, modifique, o aumente la eficacia de los asientos practicados.

No es posible determinar por qué razón los autores de la reforma de 1973 limitaron la función del Boletín Oficial del Registro mercantil a la de simple instrumento de información. La posterioridad de la Ley a la 1^o Directriz no sólo permitía, sino que aconsejaba orientar la reforma hacia el modelo al que, por imperativo del derecho comunitario, habían ya adoptado el derecho interno los Estados miembros de la C. E. E., de la que España aspiraba a formar parte. Probablemente se consideró que, por causas políticas y económicas, la integración era meta lejana y que, por consiguiente, existía tiempo suficiente para un “rodaje” del nuevo instrumento, el cual, antes de configurarse como medio de publi-

39 Algunos Estados miembros de la C. E. E. cuentan con un registro centralizado para (determinadas) sociedades. Tal es el caso del Registrar of Companies del Reino Unido (con sede en Londres para Inglaterra y Gales, en Edimburgo para Escocia y en Belfast para Irlanda del Norte); del que con el mismo nombre existe en la República de Irlanda; y del Aktieselskabs-reglsteret danés (que es instrumento de publicidad de la aktieselskab y de la anpartsselskab).

cidad, habría de probar su bondad como medio de información. La falta del desarrollo reglamentario previsto ha impedido el ensayo, por lo que la obligatoria adaptación al derecho comunitario tiene que realizarse sin contar con esa previa experiencia.

La 1^o Directriz *amplía* los medios o instrumentos técnicos (primarios) de publicidad. Al Registro se superpone el Boletín. En relación con las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, existe una *dualidad de instrumentos técnicos*, pero no una dualidad de publicidad material: sin perjuicio de la excepción que más adelante habrá que consignar, los efectos de la publicidad material se producen *desde la publicación, y no desde la inscripción registral* (art. 3.5). El *sistema de la inscripción* es sustituido por el *sistema de publicación*, pero el Registro no es sustituido por el Boletín sino que, por el contrario, es presupuesto y fuente (directa o indirecta) de éste.

Dos observaciones son necesarias en relación con el tema que nos ocupa. La primera se refiere a que la 1^o Directriz no opta en favor del sistema registral descentralizado o en favor del sistema del Registro Central (art. 3.1). Los Estados miembros pueden seguir uno u otro sistema, e incluso combinarlos, con un Registro Central (en ese caso, lógicamente informativo) sobre los distintos y plurales Registros de comercio (o de las empresas). La segunda observación atañe al Boletín: la Directriz no obliga a que se cree —allí donde no exista— un Boletín Oficial del Registro mercantil. Se contenta con que sea un “Boletín nacional” (art. 3.4). Cada Estado puede optar entre ordenar la publicación en un Boletín general —en el caso español, el Boletín Oficial del Estado— o en un Boletín especial y específico. Es igualmente admisible un sistema en el que la publicación en uno o en varios periódicos, oficiales o no.⁴⁰

En los trabajos preparatorios de la adaptación del derecho español al derecho comunitario se han seguido los siguientes criterios:

- 1^o La conservación de la organización territorial del Registro mercantil. Las oficinas públicas registrales continúan radicadas en las capitales de provincia (y en las localidades reglamentariamente determinadas).

40 Según el § 10 HGB alemán de 1807, la publicación de los asientos registrales mercantiles debe realizarse en el **Bundesanzeiger** y, al menos, en cualquier otro periódico (**Blatt**). La publicación se entiende efectuada una vez transcurrido el día en que hubiera tenido lugar la publicación última de las dos o más posibles. Salvo que la ley disponga otra cosa, los asientos registrales se publican íntegros.

- 2° La determinación legal del contenido del *Registro Central*, creado por la Ley 16/1973, de 21 de julio, cuyo *carácter informativo* se reafirma (R. E. M. I. C.). Se obliga a los respectivos Registradores mercantiles a comunicar al Registro Central los asientos registrales correspondientes a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones.
- 3° La publicación del *Boletín Oficial del Registro mercantil*, que se encomienda al Registro Central, en el que se insertará un extracto o mención de los datos contenidos en dicho Registro en relación las referidas formas sociales, y que de mero instrumento informativo se convierte en *instrumento técnico de publicidad*.

La reforma proyectada, de articularse en base a tales criterios, supondrá una *positiva modificación* del derecho vigente. Pero para hacer realidad esa reforma es preciso solucionar previamente dos problemas fundamentales, de los que depende por completo: en primer lugar, el de la *infraestructura técnica suficiente* tanto de las oficinas registrales como del Registro Central y del Boletín; en segundo lugar, el del *coste* de la organización y del funcionamiento de los instrumentos de publicidad. El fracaso del B. u. s. a. r. l. italiano debe constituir una seria advertencia para el reformador español.⁴¹ Solucionados estos dos problemas previos, la reforma tiene que representar necesariamente un progreso evidente respecto al derecho en vigor. Si se pierde la seguridad máxima, propia del sistema de la inscripción, se gana la *difusión*, carac-

41 La introducción de la 1° Directriz en el derecho italiano, llevada a efecto por el D. P. R. núm. 1129, de 29 de diciembre de 1969, supuso la modificación del sistema de la publicidad: determinados actos, para ser oponibles a terceros, tenían que ser inscritos en el Boletín oficial de las sociedades anónimas y responsabilidad limitada (v. BOCCHINI, "La pubblicità delle società commerciali", Napole, Jovene, 1971, 9 y sigs.). Sin embargo, este Boletín, objeto de sucesivas reglamentaciones (v. especialmente E. BOCCHINI, "Il B. U. S. A. regionale" Giur. comm. 1 (1974) I 826-829), por la falta de la estructura técnica necesaria, pronto se convirtió en un Instrumento inútil (v. E. BOCCHINI, "Il B. u. s. a. r. l. serve a qualcosa?", Giur. comm. 3 (1976) I 740-741). La pregunta presentada en la Comisión de diputados por G. MINERVINI con fecha 30 de octubre de 1979, dirigida a los Ministros de Industria y de Gracia y Justicia (v. Giur. comm. 7 (1980) 180-182, con apostilla de E. Bocchini, 183-184) pone de manifiesto la "escandalosa situación" a la que se había llegado tanto por el extraordinario retraso de la publicación como por la pluralidad de Boletines, pluralidad que obligaba a recorrer la península de un extremo a otro "a la caza de ese fantasmagórico **Arsenio Lupin** de la publicidad societaria". Las propuestas de reforma (v., por ejemplo, la información titulada "Le proposte dei notai per la riforma del Busari" Giur. comm. 9 (1982) I 696-704, y sobre todo el Proyecto de Registro de las empresas redactados por E. BOCCHINI por encargo de la Unión Italiana de las Cámaras de comercio, en Giur. comm. (1981) I 173-186 y Riv. soc. 29 (1984) 271-312) no han conseguido modificar esta situación.

terística del sistema de la publicación. No obstante, la solución legal de conectar los efectos de la publicidad material a la publicación debe adoptarse con el menor sacrificio posible de la seguridad del tráfico, limitando la pérdida de esa seguridad al grado mínimo.⁴²

-
- 42 Sea en fase legislativa o reglamentaria, es preciso prestar atención a tres ámbitos de relaciones: la relación entre Registro Central y las oficinas del Registro mercantil, la relación entre Registro Central y Boletín Oficial del Registro mercantil y, en fin, la relación entre el Registro Central, de un lado, y el Boletín, de otro, con el público como destinatario de la información.

La relación entre los Registros mercantiles provinciales (o locales) y el Registro Central informativo, para ser satisfactoria, exige una adecuada solución de algunas cuestiones básicas: el contenido, la forma y el tiempo de la comunicación inter-registral. Por lo que se refiere al contenido, la comunicación debe extenderse a la totalidad del asiento registral de publicación obligatoria en el Boletín. La función de extraer el asiento registral, a los efectos de la ulterior publicación, debe corresponder al Registrador o a los Registradores a cuyo cargo está el Registro Central, y no a los Registradores provinciales (o locales). Esta remisión íntegra del asiento disminuye el riesgo de discordancia entre inscripción y publicación, a la vez que facilita la Unidad de técnica. Ahora bien, no basta con que el Registro Central accedan los datos que se inscriban en los Registros mercantiles a partir de una determinada fecha: es menester incorporar al Registro Central todos los datos registrales vigentes de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, ya que, en caso contrario, la utilidad del Registro Central sólo sería real a medio plazo. Esa tarea de incorporación del contenido registral anterior, además de costosa, entraña dificultades y exige tiempo, pero debe afrontarse inmediatamente, con decisión y recursos suficientes.

En cuanto a la forma de la comunicación el Registro Central, habrá que habilitar los medios materiales necesarios para la comunicación telemática, a través de terminales o de equipos autónomos susceptibles de comunicación directa con el Registro Central, sistema que se puede y debe completar con la utilización de soportes magnéticos de almacenamiento, los cuales se remitirían al Registro Central para el oportuno procesamiento. Naturalmente, la forma condiciona el tiempo. Si se establece con carácter general la comunicación telemática, fijar un plazo para la comunicación a contar del día en que se haya practicado el asiento correspondiente —por breve que sea ese plazo— no parece conveniente ni necesario. La comunicación deberá ser inmediata a la práctica del asiento o, cuando menos, efectuarse en el mismo día.

La relación entre Registro Central y Boletín Oficial del Registro mercantil plantea como problemas principales el del contenido de la publicación y el de la periodicidad del Boletín. No condiciona la 1ª Directriz el contenido de la publicación: ésta puede ser íntegra, en extracto o estar constituida por una simple mención (art. 3.4). De entre todas estas formas, la publicación íntegra de los datos contenidos en el Registro Central es la que más alto grado de seguridad ofrece al tráfico y, en consecuencia, la óptima, si bien la existencia de un Registro Central informativo suaviza los problemas de la publicación por extracto, y por ésta se inclina la reforma. De otro lado, la periodicidad del Boletín —tema sobre el que guarda silencio la Directriz— debe ser absolutamente independiente (del volumen) del contenido, de modo tal que el Reglamento que se apruebe establezca una periodicidad fija (semanal o quincenal), de riguroso cumplimiento. El Boletín periódico, además de único para todo el Estado, tiene que ser unitario: es desaconsejable distinguir entre un "cuerpo principal" y varios (y eventuales, "anexos", con periodicidad más breve que la del primero.

1.2. *Publicidad material: los efectos de la publicidad*

En el derecho español vigente, el acto llamado por la ley a ser registrado y efectivamente inscrito se supone conocido de todos, mientras que el acto sujeto a inscripción, pero no inscrito, se considerará inexistente frente a tercero (art. 26 C. de c. y art. 2º Regl. R. M.) en tanto no se pruebe que lo conocía.⁴³ Este régimen jurídico de la publicidad material tendrá que ser objeto de una modificación sustancial en relación con las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones: la incorporación de la 1º Directriz obliga a un *giro copernicano* en la determinación de los elementos de la publicidad tanto negativos como positivos. El centro del sistema es la *publicación*, y no la *inscripción*. Así, por lo que se refiere a los *efectos negativos*, los actos de inscripción y publicación obligatorias mientras no estén publicados no son oponibles a terceros, los cuales, sin embargo, podrán valerse de ellos —estén o no inscritos—, salvo que la falta de publicidad les convierta en ineficaces (art. 3.7.). De otra parte, mientras que el derecho vigente determina los *efectos positivos* de la publicidad por la inscripción, para la Directriz los actos inscribibles relativos a las formas sociales a las que se refiere sólo son oponibles a los terceros después de la publicación en el Boletín que cada Estado miembro designe, salvo que la sociedad pruebe que los terceros los conocían (art. 3.5, in-

La relación entre los instrumentos técnicos (primarios) de publicidad (o de información) y el público no suscita especiales cuestiones por lo que se refiere al Boletín Oficial del Registro mercantil, que lógicamente será de voluntaria y libre adquisición y suscripción. Más interés tiene la relación entre el Registro Central y el público. En este sentido, además de reconocer el derecho del público a obtener directamente o por correspondencia certificación o copia, total o parcial, de los asientos practicados en los Registros mercantiles provinciales (o locales), deberá reconocerse ese mismo derecho en relación con el contenido del Registro Central. De este modo —ampliando la previsión de la Directriz (art. 3.3)— se facilitaría extraordinariamente el acceso a la información, dado que, aunque las sociedades están obligadas a indicar en la correspondencia (y en las hojas de pedido), entre otros datos, el domicilio social y el Registro en el que figuran inscrita (art. 49), con ese derecho se evitarían solicitudes infructuosas y dispersas en los casos en que se incumpla esa obligación de indicación o cuando, por otras razones, el Registro correspondiente sea desconocido, a la vez que se eliminará el enojoso y frecuente recurso a empresas privadas especializadas en la localización registral de la sociedad. Por supuesto, el valor de las certificaciones del Registro Central será idéntico al de las emitidas por el Registro mercantil en el que figure inscrita la sociedad, sin perjuicio de que sea imprescindible tener en cuenta la distinta extensión de las respectivas certificaciones.

43 No es tema pacífico en la doctrina española el de si en el derecho registral mercantil es operativo no el principio de la buena fe. A favor de la interpretación positiva, hoy prevalente, v. Aurelio MENENDEZ, "La buena fe y el Registro mercantil", en "Curso de Conferencias sobre Registro mercantil", Madrid (Centro de Estudios Hipotecarios), s. f., 169-188. La incorporación del sistema de la 1º Directriz obliga al reconocimiento expreso del principio de buena fe en el derecho registral mercantil español.

ciso primero). Pero no hay sólo una *sustitución* del sistema tradicional latino por un sistema al que sirvió de inspiración el § 15 HGB alemán de 1897⁴⁴; hay además una (sustitución o) modificación del carácter de ese sistema como consecuencia de una *distinta valoración* de las relaciones entre publicidad legal y publicidad de hecho: de un régimen absoluto, sin excepciones, se pasa a un *régimen relativo*, ya que la publicación en el Boletín no es oponible antes del decimosexto día siguiente a aquel en que la publicación tuviera lugar cuando el tercero pruebe que le fue imposible conocerla (art. 3.5, inciso segundo). Esta prueba de la imposibilidad del conocimiento sólo en muy contadas ocasiones podrá ser aportada.

La Directriz se ocupa, en fin, del problema de la *divergencia o discordancia* entre inscripción y publicación: en tal caso la publicación no puede ser opuesta a los terceros, pero éstos podrán utilizarla en lo favorable, salvo que la sociedad pruebe que conocían la inscripción (art. 3.6).

1.3. *El problema de la unidad o dualidad del derecho registral mercantil*

La reforma del derecho registral mercantil español —como antes se ha señalado— es una reforma parcial. La 1º Directriz tiene un ámbito limitado, y en nada afecta al derecho registral aplicable al (comerciante o) empresario mercantil individual y a las sociedades colectivas y comanditarias simples. En este sentido, el legislador español cumple la obligación comunitaria con la introducción de un *derecho regis-*

44 La Influencia del § 15 HGB sobre el sistema de la 1º Directriz está fuera de toda duda. Sin embargo, el sistema de la Directriz ni en materia de publicidad formal, ni en materia de publicidad material puede considerarse como una reproducción del derecho alemán codificado, al que completa en algún punto —v. gr.: en el delicado tema de la discordancia entre lo inscrito y lo publicado (lamentable laguna del § 15 HGB; así PRAUSNITZ, "Rechtsschein und Wirklichkeit im Handelsregister", ZHR. 87 (1931) 10 y sigs. en particular 17) — y del que se separa en algún extremo, hasta el punto de que la redacción del § 15 HGB fue objeto de modificación por la Ley de 15 de agosto de 1969. La redacción vigente no deja de suscitar problemas de interpretación. Así, precisamente, en el tema de la discordancia (cfr., entre otros, BEUTHIEN, "Fragwürdige Rechtsscheingrenzen im neuen § 15 HI HGB", NJW 1970, 2283 y sigs.; Id. "Sinn und Grenzen der Rechtsscheinhaftung nach § 15 IH HGB", en "Festschrift für Reinhardt", 1972, 199 y sigs. Tanto por esa influencia como por el rigor y el desarrollo científico alcanzado, el estudio del derecho registral mercantil de los Estados miembros de la C. E. E. obliga a conocer la literatura jurídica alemana sobre la materia. Una exposición sintética (y sugestiva) del estado de las cuestiones fundamentales puede verse en Karsten SCHMIDT, "Sein — Schein — Handelsregister", Jus 17 (1977) 209-216; Id., "Handelsrecht", Colonia (Heymann) 1980 285-318.

tral especial (mercantil), *sin modificar el derecho registral general* (mercantil). La coexistencia de los dos derechos registrales en el seno del mismo ordenamiento jurídico es, pues, perfectamente posible.

Ahora bien, no se aciertan a apreciar razones suficientes en favor de esa coexistencia. El que sea posible —es decir, el que resulte admisible desde la perspectiva del derecho comunitario no quiere decir que sea conveniente y oportuna. De un lado, hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista cuantitativo, el régimen especial será de mucha más aplicación que el régimen general, en razón de la abrumadora preponderancia de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada sobre las colectivas y las comanditarias —formas sociales que *de hecho son residuales*— y en razón del carácter potestativo de la inscripción en el Registro mercantil del (comerciante o) empresario mercantil individual (art. 17 C. de c.). La incorporación de los (comerciantes o) empresarios mercantiles individuales y de las sociedades personalistas (e incluso, en general, de cuantos sujetos estén sometidos a la obligación de inscripción o de mera “toma de razón” en el Registro mercantil) no aumenta de modo apreciable la dificultad del cambio del sistema. De otro, porque la propia racionalidad del derecho obliga a no establecer regímenes diferentes en todos aquellos casos en los que los *intereses* en conflictos pueden ser adecuadamente tutelados mediante un régimen unitario. La diversidad de regímenes deja abierto el interrogante acerca de la racionalidad del sistema, ya que esa diversidad no puede fundamentarse en el beneficio de la limitación de la responsabilidad, característico (de los socios) de las sociedades de capital, ni en argumentos directa o indirectamente relacionados con la tutela de los terceros, que son los argumentos a los que se refiere el Preámbulo de la Directriz. Lo que puede ser admisible como opción comunitaria deja de serlo cuando se convierte en solución nacional. En realidad, en relación con unos y otros sujetos se aprecia una *radical identidad* de los intereses a los que sirve y de los que es por completo independiente de la estructura jurídica del titular de la empresa (*Unternehmensträger*). De ahí que la introducción de la 1ª Directriz constituya inmejorable ocasión para la reforma global del derecho registral mercantil bajo el signo de la unidad de régimen.⁴⁵

45 Cualquier proyecto de reforma global del derecho registral mercantil español debe considerar como cuestión previa la de la conveniencia o no de mantener la naturaleza plural del Registro mercantil como consecuencia de la heterogeneidad del objeto de la inscripción. Los argumentos favorables al cierre del paréntesis abierto por el Código de comercio de 1829 (art. 16-3º), que desnaturaliza la pura significación del Registro mercantil como registro de personas y de actos, fundado en el sistema del folio personal, al declarar inscribibles los buques, deben prevalecer sobre cualquier otro orden de consideraciones. En la actualidad, la inscripción de los buques y de las aeronaves debería practicarse en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que, a efectos informativos y de coordinación, se hicieran constar la propiedad del buque y los derechos reales sobre él en el Registro mercantil correspondiente al naviero y a las sociedades navieras.

2. *La contabilidad: la reforma del derecho contable mercantil*

No menor importancia tiene la reforma del derecho de la contabilidad de los empresarios. De la contabilidad tratan, como es sabido, las Directrices 4^o, 7^o y 8^o, las cuales responden a una concepción unitaria. En la 4^o se regulan las cuentas anuales ⁴⁶; en la 7^o las cuentas consolidadas; y en la 8^o la habilitación de las personas admitidas a la auditoría legal de los estados contables. De la 4^o y de la 8^o conviene formular algunas consideraciones políticas legislativas.

2.1. *Las cuentas anuales*

Como ya ha habido ocasión de señalar, el riesgo más significativo que para la armonización tiene la 4^o Directriz es la pluralidad de alternativas o de opciones que contiene. ⁴⁷ Así, por ejemplo, en relación con el esquema legal del balance se permite a los Estados miembros establecer uno de los dos esquemas fijados por la Directriz o ambos. Cuando un Estado miembro establezca los dos esquemas puede facultar a la sociedad para que elija entre ambos (art. 8^o). Así, en materia de criterios de valoración, el principio del precio de adquisición o del coste de producción (art. 32) tiene excepciones: los Estados miembros pueden declarar a la Comisión que se reservan la facultad de autorizar o imponer para todas las sociedades o para ciertas categorías de ellas la valoración sobre la base del coste de reposición en las inmovilizaciones materiales cuya utilización tenga un límite temporal, así como en las existencias; la valoración de las partidas sobre la base del coste de reposición o de otros métodos distintos, destinados a considerar la inflación; y la revalorización de las inmovilizaciones materiales y las inmovilizaciones financieras (art. 33). ⁴⁸ El legislador español deberá proceder con sumo cuidado a la hora de optar entre las múltiples alternativas que le ofrece la legislación comunitaria, teniendo presente los criterios de incorporación de la 4^o Directriz seguidos por los demás Estados miembros de la Comunidad.

46 Cfr. V. MONTESINOS, "Las normas de contabilidad en la Comunidad Económica Europea", Madrid (Instituto de Planificación Contable) 1980.

47 V. supra nt. 20.

48 Cfr. G. B. PORTALE, "L'art 33 della quarta direttiva comunitaria in materia societaria e le leggi nazionali di attuazione", Giur. comm. 12 (1985), 1024-1029.

La incorporación al derecho español de estas tres Directrices contables quizá constituya el aspecto más positivo de todo el derecho armonizado, por cuanto que supone la configuración legal de un auténtico derecho contable mercantil. Pero, además del permanente problema de opción, la incorporación plantea dos problemas básicos de política legislativa. El primero no se refiere al texto legal normativo, sino al alcance o ámbito de la reforma. El legislador español puede limitarse a introducir las Directrices en el texto de la Ley de Sociedades Anónimas, completándolo con normas especiales o con parciales remisiones en la Ley de Régimen Jurídico de sociedades de responsabilidad limitada (y en el Código de comercio). Esta solución se traduciría en la coexistencia de dos sistemas contables, ya que el muy defectuoso régimen jurídico de la contabilidad contenida en el Código de Comercio sería de aplicación (a los comerciantes o) empresarios mercantiles individuales y a las sociedades colectivas y comanditarias simples (y, por declaración de las leyes estatal y automáticas, a las cooperativas), mientras que el nuevo régimen sería de aplicación exclusivamente a anónimas y limitadas (y comanditarias por acciones). De distinguir entre un régimen contable general y un régimen contable especial o varios regímenes contables especiales —por lo que luego se dirá—, se produciría en materia contable el mismo problema ya apuntado en relación con el derecho registral. Al igual que en materia de publicidad registral, parece conveniente que el legislador español utilice la 4ª Directriz para instaurar principios y normas generales, de aplicación a todos los empresarios individuales y sociales. Ciertamente, en materia contable no es posible eliminar la *pluralidad* de regímenes jurídicos; pero la reforma de las cuentas anuales de las sociedades capitalistas no puede ser una reforma aislada en relación con los demás sujetos mercantiles. En este sentido, extraordinario valor paradigmático tiene la Ley alemana de 19 de diciembre de 1985, para la introducción de la 4ª, 7ª y 8ª Directrices. Esta Ley introduce un nuevo Libro en el HGB —el Libro III—, con desplazamiento al IV y al V de los anteriores III (contratos mercantiles) y IV (comercio marítimo). Los preceptos del HGB contienen normas jurídicas aplicables a todos los empresarios individuales y sociales, y preceptos aplicables a categorías especiales.⁴⁹ El legislador español deberá proceder con idéntico criterio. A tal fin, o bien deberá introducir en el Código de Comercio de 1885, insuficientemente modificado en esta materia por la Ley 16/1973, un derecho general de la contabilidad alterando la numeración del articulado —ya que no es posible, con una

49 Sobre la Ley alemana de 19 de diciembre de 1985, para la introducción de la 4ª, 7ª y 8ª Directrices, v. C. P. CLAUSSEN "Das Bilanzrichtliniengesetz", AG 31 (1985), 145-154.

mínima seriedad, utilizar el escaso número de artículos del Título III del Libro I (arts. 33 a 49) para esa *parte general*—, o bien, como parece más correcto —y también coherente con el proceso de decodificación en curso—, promulgar una Ley especial, eliminando del Código de comercio y de las leyes especiales las normas contables, en un esfuerzo de unidad formal y de concepciones básicas. La existencia de un Proyecto de Directriz, presentado por la Comisión al Consejo el 5 de mayo de 1986, para extender a las sociedades colectivos y comanditarias el campo de aplicación de las Directrices 4° y 7°, refuerza las soluciones unitarias.

El segundo problema básico de política legislativa hace referencia a la *adecuación dimensional*. La 4° Directriz distingue entre el balance ordinario y el balance abreviado: los Estados miembros pueden autorizar a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones a formular un *balance abreviado* cuando no sobrepasen los límites de dos de los tres siguientes criterios: un total del balance no superior a un millón de unidades de cuentas europeas, un importe neto de la cifra de negocio no superior a dos millones y un número de empleados, tomada la media del ejercicio, no superior a cincuenta. La Ley alemana, con una hábil utilización de las posibilidades que ofrece la Directriz, sustituye esta clasificación bimembre por una clasificación tripartita, que probablemente es más adecuada para la realidad del mundo empresarial, por lo que debería ser tomada en consideración por el legislador español. Las sociedades de capitales se clasifican en tres categorías (pequeñas, medianas y grandes), sobre la base de tres criterios: balance, volumen de negocio y número de trabajadores (§ 267 HGB).⁵⁰

2.2. La verificación de las cuentas anuales

De la 4° Directriz es complemento la 8°, sobre habilitación de las personas admitidas a la auditoría legal de los estados contables. En el sistema vigente, la Junta General de accionistas, al aprobar las cuentas del ejercicio precedente, elige dos accionistas censores y dos suplentes, a quienes encomienda el examen e informe del balance, cuentas de pérdidas y ganancias, propuesta sobre la distribución de beneficios y memoria explicativa (art. 108.1 LSA). Cuando exista una minoría que represente, al menos, la décima parte del capital desembolsado, es posi-

50 Cfr. H. F. GELHAUSEN, "Die Prüfung der kleinen Aktiengesellschaft nach Inkrafttreten des Bilanzrichtlinien - Gesetzes", AG 31 (1986), 67-75 S. WEERICH - D. ZIMMERMANN", Aufstellung und Offenlegung des Jahresbeschlusses kleiner Aktiengesellschaften", ibidem, 265-275.

ble nombrar dos censores más, un titular y un suplente, en cuyo caso el nombramiento deberá recaer necesariamente en miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas no accionistas (art. 108.2). Para las sociedades de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones no se ha establecido ningún sistema de fiscalización, por entender suficiente el derecho de información del socio, con un criterio en el que se manifiesta que el *interés privado* es el único tomado en consideración por el legislador.

Los años de vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas han servido para constatar fracasos del sistema, el cual sólo resulta limitadamente operativo en los casos en los que la minoría efectivamente existe y ejercita el derecho de nombrar a un Censor extraordinario. En los demás supuestos, el informe de los accionistas censores constituye documento formulario, hasta el punto de que en el mundo de los negocios no es infrecuente considerar como falta de confianza en los administradores e incluso como conducta “de mal gusto” el que un accionista censor cumpla efectivamente con la obligación que los socios le han impuesto al nombrarle para el cargo.

Pues bien, la 4ª Directriz impone a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones la obligación de someter las cuentas anuales a la censura de una o varias personas habilitadas, que verificarán también la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. Los Estados miembros, no obstante, pueden eximir de esta obligación a las sociedades autorizadas a formular balance abreviado (art. 51). La 8ª Directriz se ocupa de la habilitación: la auditoría legal sólo puede efectuarse por personas habilitadas (art. 2º), que sean honorables (art. 3º), tengan los conocimientos teóricos y prácticos necesarios (art. 4º y sigs.). realicen la tarea con integridad profesional (art. 23) y sean independientes respecto de la sociedad auditada (art. 24).

Que el sistema del derecho comunitario es claramente superior al que existe en el derecho vigente está fuera de toda duda. Pero la introducción de este sistema de auditores externos e independientes presenta un problema de política legislativa, que sería lamentable que el legislador español remitiera a la vía reglamentaria: la determinación de los cuerpos profesionales que se entienden habilitados para el ejercicio de la auditoría. De un lado, es preciso establecer un criterio riguroso para la habilitación. El argumento de que el rigor favorecería a empresas auditoras norteamericanas y europeas establecidas en España —por cierto, con frecuencia bajo la forma de sociedades colectivas filiales—, en detrimento de los cuerpos profesionales españoles no debe conducir a una suavización de los requisitos. Por otro lado, los intereses corpora-

tivos en conflicto en modo alguno pueden solucionarse mediante una habilitación genérica para todos los pertenecientes a los cuerpos profesionales que hasta el momento vienen atribuyéndose o ejerciendo la función auditora.

— V —

EL DERECHO COMUNITARIO PROYECTADO Y EL DERECHO ESPAÑOL

A la exposición de las reformas del derecho de la empresa a que obligan las Directrices, debería seguir el análisis de las concretas modificaciones que la incorporación del derecho comunitario va a suponer para las leyes especiales de sociedades anónimas y limitadas. Temas como el de la validez de las obligaciones sociales o el de la nulidad de las sociedades (1º Directriz), el del régimen jurídico del capital social y sus modificaciones (2º Directriz) o el de la fusión y escisión (3º y 6º Directrices) son, entre otros, suficientemente importantes como para reclamar nuestra atención. Sin embargo, en este análisis general de los problemas de adaptación del derecho español a las Directrices comunitarias en materia de sociedades, no parece que tengan cabida cuestiones tan específicas como las señaladas. Es más oportuno remitir la consideración de tales temas a estudios ulteriores y centrar la atención en los grandes problemas de la adaptación. Si basta el momento el análisis se ha realizado en relación con las Directrices aprobadas —aquéllas con las que efectivamente debe armonizarse el derecho español, el carácter abierto y dinámico del proceso de armonización aconseja prestar atención también, siquiera brevemente, a las Directrices en proyecto, en particular a la 5º, sobre estructura y órganos de la sociedad anónima, y a la 9º, sobre régimen sustantivo de los grupos. La materia propia de estas Directrices es, con mucho, la más polémica y la que más frontalmente afectaría a las concepciones básicas de la vigente Ley de Régimen Jurídico de sociedades anónimas. Ya hemos señalado antes que el grado de reducción tipológica está en función del futuro de estas Directrices. A pesar de que aún no han sido aprobadas y de que existan serias dudas en torno a si pueden serlo en la redacción actual, la referencia a las Directrices 5º y 9º sirve para poner de manifiesto algunos de los problemas que la germanización del derecho europeo produce cuando se proyecta acriticamente sobre un derecho latino.

1. *El problema de la estructura orgánica de la sociedad anónima*

1.1. *Estructura unitaria y estructura dualista: Crítica del modelo dualista*

La contraposición entre estructura unitaria —Consejo de Administración— y la estructura dualista —Dirección y Consejo de Vigilancia— o contraposición entre el modelo tradicional latino y el modelo germánico ⁵¹ constituye uno de los conflictos más importantes que en la armonización del derecho de sociedades anónimas se ha producido. La existencia de dos órganos, uno con funciones de vigilancia y control y otro dedicado a la efectiva administración y representación de la sociedad, se presenta por un importante sector de la doctrina alemana y por un nutrido grupo de políticos y funcionarios comunitarios como la forma (o estructura) jurídica que más correspondencia tiene con la realidad de la sociedad anónima contemporánea.

Esta pretendida *racionalización* de modelo dualista ha influido en los ordenamientos jurídicos latinos, como lo demuestra dentro de la Europa comunitaria la Ley francesa de 1966 (art. 118 y sigs.).

Manifiestamente condicionado por la propuesta de 5º Directriz, el Anteproyecto español de 1979 no se pudo sustraer a esa influencia: el Anteproyecto partía de la más amplia libertad para la configuración del órgano de administración (art. 88), pero imponía el sistema de administración dualista, cuando la sociedad tuviera un capital superior a doscientos millones de pesetas, cuando emplease a más de quinientos trabajadores, cuando sus títulos fueran admitidos a la cotización bursátil o emitiera obligaciones y, en fin, cuando así lo exigiesen disposiciones especiales de rango legal (art. 89). Este sistema de obligatoriedad de dos órganos con competencias diferenciales, encargado el primero de la administración y representación de la sociedad (art. 112) y el segundo de la vigilancia y control permanente de la Dirección, cuyos miembros elige (art. 118), no fue bien recibido por el empresario español. Es probable que la oposición al modelo dualista obedezca a una profunda y generalizada falta de comprensión de las características esenciales de ese modelo, que, en buena medida, como recuerda la Exposición de Motivos del Anteproyecto, no es sino el reconocimiento de “jure” de la di-

51 Sobre la contraposición entre el sistema monista y el dualista, v. G. ESTEBAN, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, (Civitas) 1982 *passim*. Sobre la propuesta modificada de 5º Directriz, v. del mismo autor “La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario: el proyecto modificado de 5º Directiva”, en “Tratado de derecho comunitario europeo”, cit. nt. 1, III 11-202.

cotomía ya producida de “facto” en un elevado número de Consejos de Administración. La propia traducción del término alemán *Aufsichtsrat* por Consejo de Vigilancia, aunque de indudable corrección, tiene la virtualidad de resaltar la función fiscalizadora, con la lógica preocupación en quienes están acostumbrados a actuar con amplia franquicia, como consecuencia de la inoperancia de los censores de cuentas y la docilidad de las Juntas Generales, franquicia que se refuerza con el privilegio del régimen de responsabilidad civil de los administradores.

Sin embargo, y prescindiendo de esta “oposición pasional”, existen razones objetivas para permitir el mantenimiento del sistema tradicional. La oposición a la primitiva versión de la Propuesta de 5º Directriz, exteriorizada desde sectores económicos y políticos de muy distinto signo, es particularmente ilustrativa de esa necesidad.

La Propuesta de la 5º Directriz, de 1972, constituyó el intento de imposición del modelo dualista. En esta versión inicial hay una decidida opción en favor de la estructura germánica. Como expresaba el Preámbulo, la introducción del sistema dualista, a título simplemente facultativo, no era bastante: “es preciso, al contrario, imponer esa estructura a todas las sociedades anónimas”. No se trataba de un imperialismo caprichoso. La imposición de la dualidad orgánica no se fundamentaba en la constatación de que en los derechos que seguían el modelo unitario existe de hecho una distinción en el seno del Consejo entre “miembros activos”, que dirigen la sociedad, y “miembros pasivos”, que se limitan a aconsejar y a controlar a los primeros. Más allá de las palabras, el fundamento último de la imposición radicaba en el sistema de participación de los trabajadores: el modelo dualista está en función de la gestión.

La fuerte reacción que el intento de imposición suscitó en algunos Estados miembros de la C. E. E. —especialmente duras fueron las críticas británicas e italianas—obligó a la revisión de la Propuesta. Sin embargo, en el Proyecto modificado de 5º Directriz, de 1983, la pretensión homogeneizadora no fue derrotada. En el Preámbulo se confiesa que la introducción generalizada de la estructura dualista es impracticable de momento, pero no se renuncia a ella: de un lado, porque la máxima concesión que da a los sistemas jurídicos con sociedades de estructura de administración unitaria es la de que los Estados miembros pueden autorizar a las sociedades anónimas nacionales a que opten ya sea por estructura dualista, ya sea por un sistema monista. Las legislaciones de los Estados miembros o bien establecen única y exclusivamente el modelo dualista, o bien optan por un sistema facultativo (art. 2.1). De este modo, se sientan las bases para la ulterior implantación obligatoria del mo-

delo dualista, a la que no se renuncia. De otro lado, porque en la regulación del modelo unitario, bajo la apariencia de la terminología clásica, se sigue el modelo dualista, al distinguir entre miembros directivos y miembros no directivos del unitario Consejo de Administración, con la consecuencia de la ruptura de la unidad del estatuto jurídico de los administradores. A través de esta técnica, la unidad orgánica no impide la *equivalencia funcional* de los dos contrapuestos sistemas. Hay una simulación de libertad: no puede decirse que el modelo dualista permanece encubierto en el modelo monista, pero es cierto que la influencia del derecho germánico ha producido una *mutación* esencial en la organización y el funcionamiento del Consejo de Administración.

Es notable el tesón con el que los responsables comunitarios han luchado contra el Consejo de Administración, al menos en su configuración tradicional, sin apreciar o sin valorar las razones que explican su difusión, su permanencia y, en definitiva, su éxito tanto en la familia latina como en los derechos anglosajones. Frente a la rígida contraposición entre Dirección y Consejo de Vigilancia, el Consejo de Administración es órgano ágil y flexible, que se adapta sin dificultad a las necesidades más variadas y heterogéneas, con independencia de las dimensiones de la empresa. Esta característica permite la modificación efectiva de la administración, sin necesidad de modificaciones de la composición y del funcionamiento del órgano. La facultad de auto-organización reconocida legalmente al Consejo y la posibilidad de delegar la mayor parte de sus facultades en uno varios Consejeros-delegados o en una Comisión ejecutiva, facilita la distribución de funciones y la modificabilidad de esa distribución según las condiciones objetivas de la sociedad y las circunstancias personales de sus miembros. Las deficiencias de la administración de las sociedades anónimas no son consecuencia de la estructura orgánica. La existencia de un Consejo de Vigilancia no es garantía de que la Dirección se encuentre efectivamente controlada o, cuando menos, no es el único medio de asegurar la efectividad del control. Aceptando este planteamiento, la Propuesta modificada de 5º Directriz ha renunciado a imponer el modelo dualista, pero ha introducido modificaciones sustanciales en el Consejo de Administración. Bajo la estructura orgánica unitaria se establece una diversidad de estatuto de los administradores, que, en términos generales, no sólo parece aceptable, sino también conveniente y oportuna. A este sistema podría adaptarse sin graves dificultades el derecho español.

La *mitificación del modelo dualista* hubiera supuesto la extensión de un modelo, no en regresión, pero sí en *discusión*. En este último sentido, son altamente significativas la sugestión que el modelo de *board of directors* norteamericano —versión anglosajona del Consejo de Ad-

ministración de los derechos latinos— ejerce sobre el ambiente económico y jurídico alemán y sobre todo la atención con que los autores alemanes están analizando el *monitoring model* de M.A. EISENBERG⁵² que ha influido decisivamente en el Proyecto del *American Law Institute*.⁵³ Como es bien sabido, partiendo de la divergencia entre la función legal —*policymaking function*— y la función real del *board of directors* —mera legitimación de las decisiones de los ejecutivos—, se propone un modelo unitario y funcional en el que, no obstante, se asegure la independencia entre el *board* y los ejecutivos así como la información objetiva sobre la acción de éstos, y se facilite y agilice la constitución de los oportunos *comités (audit committee)* para el control de la ejecución de los acuerdos del Consejo y el control contable (*nominating committee*, para la selección de los altos cargos; y, en su caso, *compensation committee*, para la fijación de la retribución de altos cargos). A pesar de que entre el modelo dualista alemán y el *monitoring model* existen significativas coincidencias de “filosofía”, las diferencias de solución técnica son fundamentales. La unidad orgánica y funcionalidad del *monitoring model* aproximan más este modelo al del Consejo de Administración tal como es concebido por el Proyecto de 5° Directriz, que a la orgánica distinción entre *Vorstand* y *Aufsichtsrat*. En realidad, se aprecia en el derecho de sociedades anónimas un *proceso de confluencia* de los dos modelos antagónicos de

52 El pensamiento de Melvin Aron EISENBERG ha sido expuesto por el autor en una serie de artículos aparecidos desde finales de los años sesenta: “The legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking”, 57 Calif. L. Rev. (1968/69), 1-181; “Access to the Corporate Proxy Machinery”, 83 Harv. L. Rev. (1969/70), 1429-1529. “Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control”, 84 Harv. L. Rev. (1970/71), 1577-1619; “Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants”, 63 Calif. L. Rev. (1975), 375-439. Estos cuatro artículos constituyen la base del libro “The structure of the Corporation. A Legal Analysis”, Boston (Little, Brown and Company) 1976. El tema al que nos referimos en el texto aparece tratado en la parte tercera del volumen, 137-211.

Sobre la importancia de las tesis de Eisenberg ya llamé la atención a mediados de los años setenta en el Seminario de derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, animando a uno de sus miembros a que difundiera el pensamiento de este autor: cfr. J. C. PAZ - ARE3, “Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad anónima. Teoría crítica de M. A. Eisenberg”, RDM 1977, 463-599. Los mercantilistas españoles, sin embargo, no han manifestado especial interés por estas tesis.

Para una exposición del estado de la cuestión en la doctrina y en la realidad norteamericanas v. Ch. WINDBICHLER, “Zur Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle bei amerikanischen Grossgesellschaften. Eine «neue» Entwicklung und europäische Regelungen im Vergleich”, ZGR 14 (1985), 50-73.

53 Cfr. American Law Institute, “Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations”, Tentative Draft num. 1, April 1982.

organización de la administración de la sociedad hacia un modelo en el que se combinan los aspectos más positivos de cada uno de ellos.

Ni siquiera puede descartarse que el modelo dualista deje de ser obligatorio en el derecho alemán. A la constatación de la divergencia entre el tipo ideal y el tipo real de *Aufsichtsrat* en un importante porcentaje de sociedades por acciones alemanas ⁵⁴, se añaden aquellas propuestas de reforma legislativa favorables a la admisibilidad legal de una *pequeña sociedad anónima (kleine Aktiengesellschaft)* ⁵⁵, en la que el *Aufsichtsrat* no fuera obligatorio. ⁵⁶ Estas importantes propuestas de reforma de la Ley de sociedades por acciones de 1965 —que no son, por supuesto, las únicas ⁵⁷— contribuyen a crear el clima ne-

54 El dato a que se refiere el texto resulta de la encuesta realizada sobre 600 sociedades por acciones con un número de trabajadores entre 200 a 2.000. a la que contestó un 53 % de los **Vorstände** de las sociedades encuestadas. Se excluyeron de la encuesta a las sociedades bancarias y de seguros. La diferencia entre norma (Aktienrecht) y realidad (AktienWirklichkeit) quedó patente: ciertamente, la mayoría de las sociedades anónimas alemanas se adaptan al tipo ideal (y legal) de Aufsichtsrat como órgano de control y de consejo o asesoramiento del Vorstand, aunque no sin diferencias significativas; pero existe un porcentaje muy alto (aproximadamente el 22 %) en los que el Aufsichtsrat ejerce, funciones de dirección (Aufsichtsrat als Führungsinstanz) y un porcentaje no despreciable (alrededor del 9 %) en las que es un simple órgano de representación (Repräsentationsorgan). Cfr. Cñ W. VOGEL. "Aktienrecht und Aktienwirklichkeit. Organisation und Aufgabenteilung von Vorstand und Aufsichtsrat. Eine empirische Untersuchung deutscher Aktiengesellschaften", Baden-Baden (Nomos) 1980, 271-274.

55 La expresión corresponde a F. RITTNER. "Die deutsche GmbH nach der Reform von 1980". ZHR 101 (1982) 171-192, 191.

56 Cfr. A. KRIEGER. "Gesetzgeberische Perspektiven auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts". ZHR 150 (1986). 182-191. 190.

57 No es fácil hacer una selección de la literatura jurídica alemana en relación con la reforma del derecho de las sociedades por acciones, ya que se trata de un tema, en el que aparecen involucrados otros muchos, los cuales necesariamente deben ser tenidos en cuenta para una adecuada valoración de las propuestas de reforma. Una primera aproximación al tema exige tener en cuenta las conferencias pronunciadas en el **AG-Forum** 1980: Die **Zukunft** der **AG**: H. - J. MERTENS, "Unternehmensverfassung und Rechtspolitik", AG 26 (1981), 1-5; P. KttBLER, "Unternehmensstruktur und Kapitalmarktfunktion - Überlegungen zur Krise der Aktiengesellschaft", ibidem, 5-13; W. ZÖLLNER, "Die Mitbestimmungsgedanke und die Entwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts", ibidem, 13-21; M. LUTTER, "Zukunft der Aktie", ibidem, 21-24. El lector que desee limitarse a conocer el catálogo de las principales propuestas de reforma puede consultar la síntesis de W. ZÖLLNER, en "Kölner Kommentar zum Aktiengesetz", Einleitungs-Band, Colonia (Heymann), s. f. (pero 1984), 277-286.

Quizá los problemas que más directamente interesan al político y al jurista sean los relativos a la crisis de la acción y a la insuficiencia de los medios propios. Se recomienda la lectura del análisis político-económico de G. LAMBSDORFF, "Die Bedeutung der Aktie als Finanzierungsinstrument für die Wirtschaft", ZGR 10 (1981), 1-16, y, entre los juristas D. REUTER, "Welche Massnahmen empfehlen sich, insbesondere im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, um die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen langfristig zu verbessern?" Gutachten B für den 55. DJT 1984, y de Karsten SCHMIDT, "Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem", JZ 39 (1984), 771-786.

cesario para esa confluencia de modelos, que, aunque no resulte factible a corto plazo, constituye meta deseable.

2. Estructura dualista y participación de los trabajadores

El intento de imponer el modelo dualista a los Estados miembros —como ya se ha indicado— se conectaba a la imposición de la cogestión⁵⁸. La opción entre participación *en la empresa* (o externa) y participación *en* (los órganos de) *la sociedad* (o interna) se resolvía en favor de la *Mitbestimmung*. Así la Propuesta de 5º Directriz, de 1972, partía de que la obligatoriedad de la participación de los trabajadores en el órgano de vigilancia de las sociedades anónimas con un número igual o superior a quinientos trabajadores.

Esta solución suponía la extensión —consciente o inconsciente— de un modelo sindical contrario a las exigencias de los trabajadores de muchos Estados comunitarios y que en modo alguno podía ser aceptado por ellos. De ahí las fuertes y decididas críticas que la *Mitbestimmung* comunitario suscitó fuera de Alemania y Holanda. De entre las formuladas puede recordarse aquí la de B. VISENTINI en la sesión del 12 de abril de 1982 del Parlamento europeo:

“Hay países en la Comunidad” —señaló— “en los cuales el sindicato es único, con amplia adhesión a los trabajadores, con tendencia reformistas en la aceptación del sistema de economía de mercado, basado en la libre empresa; y con voluntad de participación en los beneficios, pero también en las limitaciones y en las cargas que el sistema impone. Por el contrario, hay otros países con situaciones completamente diferentes: con sindicatos fraccionados; con sindicalización sustancialmente minoritaria respecto al número de trabajadores; con actitudes y aspiraciones bastante diferenciadas, en ocasiones, entre las distintas categorías de trabajadores; con situaciones que a algunas categorías, incluso de cierta importancia, no permiten expresarse de modo adecuado y autónomo; con sustancial dependencia de los partidos políticos por parte de las organizaciones sindicales (o, al me-

58 Sobre la *Mitbestimmung* v. A. GARRAUDA, “La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania”, Oviedo (Publicaciones de la Universidad de Oviedo) 1967, y para la Ley de 4 de mayo de 1976 v. OJEDA AVILES, “La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la Ley de cogestión de 1976”, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, 1978, 173 y sigs. En relación con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de marzo de 1979 sobre la constitucionalidad de algunos preceptos de la referida Ley, v. J. A. GOMEZ SEGADE, “Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima”, en “Estudios de derecho mercantil en homenaje al Prof. A. Polo”, Madrid (Edersa) 1981, 307-339, 314-335.

nos, por parte de algunas de ellas, entre las más importantes); con posiciones que no son de colaboración en el sistema sino de contestación frente al sistema, y, en ocasiones, maximalistas

“La pretensión burocrática de intervenir con reglas uniformes para imponer algunas formas de *participación* de los trabajadores en situaciones políticas, sindicales y sociales tan diferentes, sólo puede tener consecuencias negativas; introduciendo elementos que son extraños a la situación de los distintos países, interrumpiendo procesos y evoluciones en curso importantes y positivas; superponiendo elementos contradictorios por estar Pasados en tendencias distintas y opuestas con virtualidad para limitar e incluso para paralizar las posibilidades operativas de las empresas (...)”.

“Los intereses de los socios (y los intereses de los terceros, que coinciden desde esta perspectiva) y los intereses de los trabajadores dependientes deben encontrar el lugar del conflicto y de la transacción no en los órganos sociales, sino en las relaciones entre los órganos sociales (que representan los intereses de los socios) y las representaciones de los intereses de los trabajadores (...)”.

“Debo decir claramente a los colegas alemanes —los cuales en este debate han exaltado la participación de los trabajadores en la empresa tal como se realiza en Alemania a través de las disposiciones del *Mitbestimmung* (por ellos considerada como instrumento progresista de tutela de 103 trabajadores)—, que en Alemania la expropiación se ha producido (por muchas circunstancias históricas y sociales que aquí no es el caso señalar) con daño para los trabajadores, o mejor, para ser más preciso, con modalidades y consecuencias que, si quizá pueden ser consideradas progresistas en relación con la situación alemana de antaño, en otros países, como Italia, serían consideradas por los trabajadores y por sus sindicatos como una expropiación de sus poderes (...)”.⁵⁹

Estas críticas obligaron a una radical modificación de perspectiva, hasta el punto de que el Proyecto modificado de 5º Directriz, de 1983, se limita a declarar obligatoria la participación de los trabajadores para las sociedades con un número determinado de trabajadores, número cuya fijación compete a cada Estado miembro, pero que no puede ser superior a mil. Por lo que se refiere al sistema de participación, el Proyecto modificado de Directriz renuncia al modelo único, que sustituye por una pluralidad de modelos (participación en los órganos de la sociedad, con distintos subsistemas; participación externa;

59 Cfr. B. VISENTINI, “Contro la proposta di quinta direttiva comunitaria e ancora contro la gestione”, Riv. soc. 27 (1982), 116-122.

y participación sobre la base de un convenio colectivo) ⁶⁰ , vaciándose así sustancialmente de contenido y pretensión armonizadores.

En la versión actual, el Proyecto de Directriz, caso de ser aprobado, no plantea en esta materia especiales problemas de incorporación al derecho español. No hay que olvidar que la Constitución española impone a los poderes públicos la obligación de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa (art. 129.2).

Más dudoso es que hubiera podido incorporarse el sistema de la *Mitbestimmung*. La Ley de 21 de julio de 1962, sobre participación del personal en la administración de las empresas, que estableció por primera vez la cogestión en España ⁶¹ , fue expresamente derogada por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, como consecuencia de la oposición de los sindicatos mayoritarios a esta forma de participación. Sin embargo, recientemente parece haberse iniciado un cambio de actitud: con fecha 16 de enero de 1986, el sindicato socialista "Unión General de Trabajadores" y los responsables de las empresas públicas españolas han firmado el "Acuerdo sobre la participación sindical en la empresa pública", en el que, entre otros derechos se reconoce y garantiza esa participación en aquellas empresas públicas que empleen a mil o más trabajadores, la cual se hace efectiva, bien mediante la incorporación de los representantes sindicales al órgano de administración de las empresas públicas administradas por Consejos de Administración u órganos de similar naturaleza, bien mediante la integración de dichos representantes en Comisiones de Información y Seguimiento (art. 4º). El derecho a participar se reconoce a aquellas organizaciones sindicales que hubieran obtenido, al menos, un 25 % del número de delegados de personal y de miembros del Comité de empresa (art. 6º). Hay un representante por cada uno de los sindicatos con derecho a participar. En el caso de que sólo un sindicato ostente más del porcentaje antes indicado, ese sindicato tiene derecho a dos representantes (art. 8º.1). También se prevé la participación en alguno de los grupos de empresas públicas que en el Acuerdo

60 Cfr. J. PIPKORN, "Die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer aufgrund der Kommissionsvorschläge der Strukturrichtlinie und der Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer", ZGR 14 (1985), 567-593.

61 La doctrina mercantilista española analizó las repercusiones de la Ley de 21 de julio de 1962 sobre la Ley de Régimen Jurídico de sociedades anónimas, por entender que el esfuerzo para una interpretación coherente era de mayor interés que la crítica del sistema y de su escasa operatividad en la práctica. Cfr. Aurelio MENENDEZ, "Los administradores representantes del personal y la Ley de sociedades anónimas", en "Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues", Madrid, Tecnos) 1971, 181-219.

se enumeran (art. 11) ⁶². Aún es demasiado pronto para determinar si esta experiencia —que se ha iniciado sin problemas, salvo en la empresa pública bancaria— es susceptible de extensión a la empresa privada.

2. *Sociedad anónima y concentración: los grupos de sociedades en el derecho comunitario*

2.1. *Los fenómenos de concentración económica y los grupos de sociedades*

Entre las características de la actual estructura económica, la concentración empresarial ocupa lugar relevante. El movimiento de concentración a nivel nacional e internacional ha alcanzado un enorme desarrollo, se ha afirmado, con frase certera, que de la economía nuclear se ha pasado a un período de economía molecular. Pues bien, el segundo gran tema del derecho comunitario proyectado es precisamente el *derecho de grupos de sociedades*.

Las razones impulsoras de la concentración económica son múltiples. En última instancia, sin embargo, pueden reducirse a las tres siguientes: en primer lugar, la concentración viene motivada en razón de la racionalización, de la industria y de la producción; los criterios de racionalización, aplicados a la producción en masa de servicios y de productos industriales, trajeron la uniformidad de estos para reducir el costo de fabricación; a su vez, la uniformidad de productos y de servicios trajo consigo la especialización de las empresas, y ésta impuso la alianza bien de los empresarios especializados, bien de los empresarios que intervienen en los distintos momentos del proceso de producción, en segundo lugar, la ampliación del mercado: de una economía regional o nacional se ha pasado a una economía continental, e incluso mundial; la organización económica ha ido evolucionando de los pequeños a los grandes espacios. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, la necesidad de sustituir una política empresarial esencialmente competitiva por una política de colaboración empresarial, en la que la competencia queda limitada cualitativa y cuantitativamente a determinados niveles, y actividad —por el contrario— entre los distintos grupos no colaboradores.

En la realidad europea occidental, los fenómenos de concentración económica admiten una doble valoración, positiva y negativa. En el pla-

82 Cfr. J. CUEVAS LOPEZ, "Notas relativas al «Acuerdo sobre participación en la empresa pública» de 16 de enero de 1986", *Relaciones Laborales* 4 (abril 1986), 156-161.

no de las ventajas», es menester reconocer que las uniones empresariales han constituido un importante factor de racionalización de la economía. En el plano de los inconvenientes, no hay que olvidar la clásica admonición según la cual la concentración económica, en razón precisamente de la restricción de la competencia que lleva consigo, contribuye —o puede contribuir— a la supresión del sistema de economía de mercado. Sin embargo, cualquiera que sea la valoración que al economista y al político merezcan los grupos de sociedades, el fenómeno de las estructuras moleculares se presenta con el carácter de irreversible. Los protagonistas del tráfico en la C. E. E. son los grupos de sociedades y a ellos, en consecuencia, es lógico que se oriente la atención de los responsables políticos de la Comunidad. Los grupos no pueden ni deben vivir al margen del derecho estatal y comunitario. La actitud de inhibición ante el fenómeno, a la postre, sólo contribuye al descrédito del derecho.

Es bien sabido que los grupos de sociedades se caracterizan por una nota positiva y otra negativa. La nota positiva es el mantenimiento de la personalidad (autonomía jurídica); la negativa, la pérdida de la autonomía económica.⁶³ Como se ha dicho con acierto, la estructura y el funcionamiento de los grupos de sociedades representan un verdadero carrusel de técnicas jurídicas.⁶⁴ A través de las más variadas técnicas jurídicas se llega a la constitución de una unidad económica entre las distintas empresas agrupadas (constitución de una superempresa, en sentido económico). Ahora bien, esta multiplicidad de técnicas jurídicas participa de un elemento teleológico común a todas ellas: la dirección unificada. Para que pueda existir unidad económica entre las empresas integradas en el grupo se requiere como presupuesto ineludible que, a través de la fórmula jurídica elegida, pueda unificarse la dirección de estas empresas. El criterio de la dirección unificada es el determinante de la existencia del grupo. Esta dirección unificada puede ser única o colectiva, es decir, con o sin relación de

63 La literatura jurídica sobre grupos de sociedades es abrumadora. De entre las muchas aportaciones generales remitimos al lector al volumen colectivo "I gruppi di società" dirigido por A. PAVONE LA ROSA, Bolonia (Il Mulino) 1982.

Entre los autores españoles se cuenta con excelentes exposiciones, de entre las que, por la panorámica general que ofrecen, pueden citarse las de J. DUQUE, "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas", en "Libro homenaje a R. M. Roca Sastre", Madrid 1976, in, 525-586; A. FONT RIBAS, "Algunes reflexions a l'entorn deis grups d'empreses", Rev. Jur. Cat. 1982, 827-884; J. M. EMBID IRUJO, "Algunas reflexiones sobre los Grupos de Sociedades y su Regulación Jurídica", en Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya 9 (enero 1983), 13-39.

64 La expresión es de M. de la CAMARA, "Estudios de derecho mercantil", 2º ed., Madrid (Edersa), 1976, II, 270.

dependencia. En este segundo caso, se habla de grupos de coordinación o no jerarquizados.⁶⁵

Partiendo del dato común de la existencia de dirección unificada (dato apreciable caso por caso en función de la política económica general de las empresas agrupadas), es clásico distinguir aquellos grupos que utilizan como técnica jurídica de unión la participación financiera de unas sociedades en el capital de otras, y aquellos otros que no utilizan esta técnica. Esta distinción es fundamental porque la solución jurídica de los grupos de sociedades depende de la técnica jurídica de unión. Significa esto que soluciones válidas para los grupos de participación no lo son para los grupos que se forman y mantienen a través de instrumentos o técnicas diferentes. De otro lado, es preciso tener en cuenta que esas técnicas jurídicas no se excluyen mutuamente, sino que con frecuencia se superponen: el intercambio de los administradores, por ejemplo, puede ser presupuesto o consecuencia de un convenio de grupo, del mismo modo que la participación y el intercambio. La identidad de los administradores, el intercambio en los puestos en los Consejos de administración y otras técnicas afines constituyen otros tantos métodos a través de los cuales puede lograrse la dirección unificada de las empresas.

Esta observación tiene importancia porque plantea una cuestión metodológica, de cuya exacta resolución depende el éxito o el fracaso de la normativa diseñada: la necesidad de que esa normativa sea adecuada a la *tipología* sociológica y económica del grupo. Ningún legislador nacional puede afrontar y resolver adecuadamente el problema de los grupos de sociedades sin conocer previamente la realidad sociológica de los grupos de sociedades constituidos en el interior del Estado.

Por lo que se reitera a los grupos españoles, cualquier observador mínimamente interinado puede convenir en que esa realidad se caracteriza por los siguientes rasgos:

- 1º Prevalencia de los grupos de participación financiera sobre los grupos constituidos por técnica diferente. Los grupos contractuales tienen importancia marginal y, además, los convenios a través de los cuales se constituyen (asistencia técnica, contratos de licencia, etc.), no suelen tener como finalidad directa la creación de un grupo, aunque produzcan ese resultado o efecto.
- 2º Prevalencia de los grupos de participación piramidal (y, en consecuencia, fuertemente jerarquizados), sobre los grupos de estructura financiera diferente.

65 Cfr. M. SACRISTAN REPRESA, "El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas", RDM 1982, 375-442.

- 3º Prevalencia de los grupos de actividad complementaria de una actividad principal sobre los grupos de actividad homogénea y sobre los conglomerados.

Los problemas que los grupos de sociedades plantean en la realidad española no son diferentes de los que reiteradamente se denuncian como propios de este fenómeno general. En realidad, todos ellos tienen un denominador común: el de la dialéctica de la superposición del *interés del grupo* sobre el *interés social*. El derecho de las sociedades mercantiles parte de un presupuesto que la existencia y creciente importancia de los grupos societarios ha convertido en pura ficción: el que cada sociedad es económicamente independiente y en todo momento persigue el interés social. El Código de comercio y las leyes especiales utilizan la noción del interés social como piedra de toque para la regulación societaria, y, sin embargo, ocurre con frecuencia que cuando una determinada sociedad se integra en un grupo deja de perseguir el interés social para perseguir el interés del grupo, que puede coincidir o, por el contrario, ser antitético del propio. El interés de la sociedad agrupada, interés social interno, queda oscurecido (o incluso completamente cancelado) en beneficio del interés del grupo, interés extrasocial, externo.⁶⁶ La disociación entre la estructura jurídica, centrada en cada una de las sociedades agrupadas, y la estructura económica, que atiende a un conjunto unitario, plantea problemas de extrema gravedad; así, la protección de los accionistas externos, la protección de los acreedores de la sociedad agrupada que no lo sean a la vez del grupo, la protección de los trabajadores dependientes de una determinada sociedad ante la política general del grupo, los medios para conocer la situación patrimonial del grupo en su conjunto (balances consolidados), etc. Pasar de la sociedad aislada a la sociedad agrupada es el modo más eficaz de resolver los problemas ocasionados por la superposición de intereses. Los problemas desaparecerían o, al menos, se reducirían si las leyes hubieran previsto esa superposición de intereses, lo que, en definitiva, supondría modificar el tradicional paradigma de la empresa⁶⁷, pero, salvo conocidas excepciones, no ha ocurrido así.

En el tratamiento jurídico del grupo de sociedades, dos son las opciones de política legislativa básica: en primer lugar, la opción entre un tratamiento jurídico tipificador o cerrado y un tratamiento indiciario o abierto. En rigor, los ordenamientos jurídicos pioneros en

66 V., por todos, A. PITIPIERR - SAUVAIN, "Droit des sociétés et droit des groupes", Ginebra (Georg), 1972, 1-45.

67 Cfr. A. SUPIOT, "Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise", Rev. trim. dr. comm. 38 (1985), 621-644.

la regulación jurídica del grupo han preferido la tipificación: tal es el caso de la ley alemana de sociedades por acciones, de 1965 (§§ 291 y sigs.) y de la ley brasileña, de 1976 (arts. 265 y sigs.), muy influida por la primera. En ambas leyes, la tipificación se realiza a través del llamado modelo *contractual*; pero la tipificación no es absoluta, por cuanto que, al lado de los grupos contractuales o por convenio se presta atención, si bien mucho menor, a los *faktische Konzerne*, o grupos de hecho (§§ 311 y sigs.), que, sin embargo, son los preponderantes en la realidad. Por el contrario, el modelo indiciario o abierto está presente en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas español, de 1979 (arts. 233 y sigs.), en el que es clara la influencia del Proyecto de Reglamento sobre el Estatuto de Sociedad Anónima Europea, de 1975 (arts. 223 y sigs.). En segundo lugar, hay que optar entre un tratamiento jurídico estático, centrado en la solución de los problemas jurídicos del grupo ya constituido, o un tratamiento jurídico dinámico, en el que tengan cabida, además, las soluciones de las cuestiones propias de las técnicas de constitución y de la disolución del grupo. En este sentido, no es admisible que el ordenamiento jurídico prescinda de normativizar (algunas de) las técnicas de adquisición del control por una sociedad sobre otra.

Pues bien, las insuficiencias y el relativo fracaso constatado del Libro III de la ley alemana de sociedades por acciones, de 1965 —que la jurisprudencia sólo consigue amortiguar en escasa medida, como, se pone de manifiesto, por ejemplo, en materia de tutela de los accionistas minoritarios de la sociedad dominante⁶⁸—, constituye una advertencia a los legisladores nacionales y supranacionales, a la vez que un argumento más en favor de un tratamiento jurídico abierto y dinámico, que, aunque exige mayores esfuerzos de jueces y magistrados, es la solución más adecuada para el complejo fenómeno de los grupos de sociedades. La experiencia alemana pone de manifiesto que el grupo contractual sólo sirve para la legalización de las relaciones de dependencia preexistentes. En este sentido, frente al ejemplo legislativo alemán, el ejemplo jurisprudencial norteamericano tiene un extraordinario valor. En la cultura jurídica norteamericana es patente la falta de consideración legal y jurisprudencial de la tipología del grupo, cuyo concepto ni siquiera es operativo. No se trata de una diferencia semántica con el derecho alemán, sino una diferencia de sistema, consecuencia del *realismo jurídico*: para la jurisprudencia americana los pro-

68 Cfr. Sobre el caso "Holzmüller" (sentencia de 25 de febrero de 1982 del Bundesgerichtshofs), v. H. GÖTZ, "Die Sicherung der Rechte der Aktionäre der Konzernobergesellschaft bei Konzernbildung und Konzernleitung", AG 29 (1984), 85-94, con indicaciones bibliográficas.

blemas del grupo no son sino los problemas del *control*. Es la existencia de control de una sociedad sobre otra la que, en determinados casos, permite aplicar las normas federales de *disclosure* —con levantamiento del velo de la personalidad jurídica— y de represión del fraude, como, por ejemplo, la célebre *Rule 10 b-5* de la S. E. C. ⁶⁹

2.2. *El derecho comunitario sobre grupos de sociedades*

2.2.1. *El tema prioritario: las cuentas consolidadas*

La dificultad del derecho de los grupos de sociedades aconsejaron a los responsables comunitarios una jerarquización de prioridades. De entre los instintos aspectos del derecho de grupos se eligió el relativo a las cuentas consolidadas como primer objeto de armonización: la 7^o Directriz, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas, se adopta sin grandes dificultades, al haber sido facilitada la armonización por la previa aprobación de la 4^o Directriz. Para la determinación del "perímetro de la obligación de consolidar, la Directriz —fruto de la transacción entre concepciones germánicas y anglosajones, al igual que la no recurre al concepto legal de grupo, sino a una enumeración de supuestos —que desbordan los límites de lo que se entiende por grupo de sociedades—, a la que añade una serie de posibilidades de excepción de la que pueden hacer uso, en mayor o menor grado, los Estados miembros (art. 1^o).

La introducción al derecho español de esta 7^o Directriz no debe suscitar especiales problemas, y ello por dos órdenes de razones: en primer lugar, porque, en el derecho fiscal, ya está prevista la obligación de consolidar *a los efectos de tributación* a fin de evitar el doble y antitético riesgo de la doble imposición y de la efusión ⁷⁰. En el derecho vigente, el Ministerio de Economía y Hacienda "*podrá imponer* la consolidación de estados financieros en los casos de grupos formados por sociedades vinculadas mediante participación directa o indirecta, al menos, en un 25 del capital social o cuando, sin mediar esta circunstancia, una o varias sociedades ejercen en otra u otras funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión" (disp. ad. 2^o Ley 10/1985, de 26 de abril). La segunda razón estriba en que esa obligación existe con *carácter general* en relación con determinadas *socieda-*

69 Cfr. A. MAZZONI, "I gruppi di società nel diritto statunitense", en "I gruppi di società", cit., nt., 377-449-397-402.

70 Cfr. S. ALVAREZ MELCON, Análisis contable del régimen de declaración consolidada de los grupos de sociedades, Madrid (Instituto de Planificación Contable), 1983.

des anónimas especiales. Tal es, por ejemplo, el caso de las sociedades bancarias y demás entidades de depósito (Ley 13/1985, de 25 de mayo). La introducción de la 7ª Directriz —cuyas normas ya han sido tomadas en consideración para la redacción de algunas de las españolas vigentes— servirá para ampliar el ámbito subjetivo de los obligados a consolidar,⁷¹

2.2.2. *El tema pendiente: el régimen jurídico material del grupo*

Muchas mayores dificultades presenta, por el contrario, el tema del régimen jurídico sustantivo del grupo de sociedades. Algunos Estados miembros propugnan desde hace años la necesidad de un régimen jurídico sustantivo armonizado, mientras que otros se oponen a esa pretendida armonización o, cuando menos, se oponen a que sea motivo para una ulterior germanización de las legislaciones de los Estados pertenecientes a la C. E. E. En la actualidad, el Proyecto —no oficial— de 9ª Directriz se ocupa precisamente de los grupos de sociedades y lo hace con una doble finalidad que a muchos parece inaceptable: de un lado, para conseguir la *armonización de un derecho inexistente* por cuanto, salvo la excepción de la República Federal de Alemania, los demás Estados miembros *carecen* de un derecho general de los grupos de sociedades; de otro, para la *generalización del modelo contractual*. Sorprende el tesón con el que los juristas alemanes defienden la generalización del propio derecho. En efecto, mientras que el Anteproyecto de 9ª Directriz, al igual que el Proyecto de Reglamento de Sociedad Anónima Europea, se fundamentaba en el llamado *modelo orgánico* —es decir, un modelo abierto, basado en la existencia de una dirección unitaria— el Proyecto no se refiere a la dirección unitaria, sino que establece el régimen jurídico en función de la dependencia derivada de la conclusión de un contrato de dominación. El régimen del Proyecto se fundamenta en la obligatoriedad del modelo contractual, en función del cual se establece el correspondiente sistema de protección de accionistas externos y acreedores (arts. 13 a 37 bis), si bien se autoriza a los Estados comunitarios para introducir de forma adicional otro régimen distinto en el que se establezcan garantías equivalentes para socios terceros (art. 38). Ciertamente, el Proyecto —críticamente recibido por un sector de la doctrina europea⁷² y por los especialistas es-

71 Cfr. J. DUQUE, Los grupos de sociedades y las cuentas consolidadas Reforma pendiente del derecho mercantil, Hacienda Pública Española 94 (1985), 207-232.

72 Cfr. A. PAVONE LA ROSA, Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sul gruppi di società, Giur comm. 13 (1986), 831 - 845; U. IMMBNGA, "L'harmonisation du droit des groupes de sociétés. La proposition d'une Directive de la Commission de la C.E.E.", *ibidem*, 846-856.

pañoles ⁷³ — supone en algunos aspectos una mejora del derecho alemán; pero el cambio de criterio en relación con otros precedentes comunitarios es desafortunado, como también lo son algunas soluciones técnicas, como, por ejemplo, las reglas en materia de responsabilidad de la sociedad dominante, en las que, por cierto, se aprecia la influencia de la construcción de la legislación y de la jurisprudencia francesa sobre los *dirigentes de hecho*.

Frente al modelo contractual del derecho alemán y del derecho comunitario proyectado, hay que defender —una vez más— el *functional approach* norteamericano. El tema de la protección de los acreedores de la sociedad controlada sirve de piedra de toque de esta radical diversidad de perspectiva. En efecto, aunque el derecho norteamericano está mucho menos *creditor oriented* que el derecho alemán o incluso que los demás derechos europeos ⁷⁴, la jurisprudencia ha desarrollado medios de tutela satisfactorios: de una parte, cuando se daban los presupuestos para proceder al *disregard of the corporate entity*, ha tratado a la sociedad dominante y a la dominada como una sola entidad patrimonial, con superación de la personalidad jurídica respectiva. Así ha procedido especialmente en algunos casos de infracapitalización de la dominada y, en general, en aquellos supuestos en los que la dominada operaba como una mera *división* o *subdivisión* de la dominante. De otra parte, en los casos de quiebra o de reorganización de la sociedad dominada ha decretado la *subordination in equity* de los derechos de crédito de la dominante, de modo tal que ésta sólo obtenía satisfacción después de la íntegra satisfacción de los acreedores ordinarios de la dominada. Esta calificación del crédito de la dominante como crédito postergado o subordinado —o *Deep Rock doctrine*, por el nombre de la dominada en el *leading case*— es solución menos drástica que el puro y simple desconocimiento de la personalidad jurídica de la dominante, pero supone una equitativa valoración de los intereses en conflicto, además de estar dotada de un elevado grado de disuasión de ciertas conductas típicas en los grupos societarios. ⁷⁵

73 Cfr. J. M. EMBID IRUJO, Los Grupos de Sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y Novena Directivas), en Tratado de derecho comunitario europeo, cit., nt. 1, III, 73-110.

74 Cfr. S. ÓZTEK, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par una société holding, Lausana (Université de Lausanne), 1982, 145 y sigs.

75 Cfr. A. MAZZONI, ob. cit., 436-439. Sobre la Deep Rock doctrine (sentada en el caso Taylor v. Standard Gas & Elect. Co., 1942), y la Nota "The Deep Rock doctrine: inexorable command or equitable remedy", 47 Columbia L. Rev. (1947), 812 y sigs.

Sobre el problema de la infracapitalización como problema jurídico y el excelente análisis de J. C. PAZ ARES, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", ADC (1983), 1587-1639, cuyas conclusiones en materia de infracapitalización material no podemos compartir. Cfr. Kartsen SCHMIDT, "Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem", JZ 39 (1984). 771 - 786, 777-778.

Que los derechos estatales deben contener una regulación del fenómeno de los grupos está fuera de duda. Pero que la regulación necesaria dista mucho de ser la que se contiene en el Proyecto de 9º Directriz es igualmente innegable. Si el Proyecto llega a convertirse en definitiva y vinculante norma comunitaria, el derecho español deberá hacer amplio uso de la facultad de confeccionar un modelo abierto y ágil, que sea efectivamente adecuado para las necesidades de la realidad, sin perjuicio de cumplir con el compromiso comunitario de introducir el modelo contractual (art. 38). Hasta que se despeje la incógnita sobre el futuro del Proyecto, no parece prudente emprender la confección de un auténtico derecho de grupos.

Seguirá así el derecho español con normas parciales, como la de la responsabilidad solidaria de la sociedad madre por las deudas fiscales de las filiales (art. 38 de la Ley 10/1985, de 26 de abril), y con la tendencia de la jurisprudencia laboral a reconocer, en ocasiones, la responsabilidad de la dominante por las deudas de trabajo de las dominadas o de la Administración Pública y de la Magistratura a tomar en cuenta la existencia del grupo a los efectos de la regulación de empleo.⁷⁶ A pesar de que la situación actual es claramente insatisfactoria, la incertidumbre en el plano comunitario produce obligados efectos paralizadores en el plano estatal.

A MODO DE CONCLUSION

Los problemas de política legislativa que acabamos de mencionar ponen de manifiesto que el legislador español tiene ante sí una tarea de tanta importancia como dificultad. La premura de la adaptación obliga a seguir el camino de una *reforma limitada*, dejando para más adelante el más ambicioso y comprometido de la *gran reforma*, que es el que, con mayor previsión, ha recorrido Portugal, cuyo Decreto-Ley núm. 262/86, de 2 de septiembre contiene un régimen completo de las

76 Cfr. J. M. EMBID TRUJO, "Caracterización: jurídica del grupo de sociedades y su significado en derecho del trabajo", *Relaciones laborales* 1985, 861-887; A. PONT RIBAS, *Rev. Jur. Cat.* 1982, 827-884.

sociedades mercantiles, que, sin duda, tanto por la forma como por el fondo está destinado a ejercer influencia en el proceso de reforma española.

Hablamos de reforma limitada, y no de *pequeña reforma*, porque no es posible limitar la modificación a la incorporación al derecho interno de las Directrices ya aprobadas. Los ejemplos del derecho registral como, *en algunas materias*, la reforma no puede tener como exclusivo ámbito el de las sociedades capitalistas, sino que debe extenderse a los demás sujetos mercantiles. De otro lado, y como también hubo ocasión de indicar, el previsible proceso de transformaciones exige de *inmediato* una profunda reforma de la Ley de Régimen Jurídico de sociedades de responsabilidad limitada.

En fin, inaplazables modificaciones de la Ley de sociedades anónimas (v. gr.: reducción del quorum de constitución de las Junta Generales, reforma del sistema de impugnación de los acuerdos sociales, aumento de los medios de tutela de la minoría) deben ser abordadas sin demora, aprovechando la ocasión que se presenta. De otras reformas, igualmente urgente (infracapitalización, tutela de los acreedores en los grupos de sociedades), deberá ocuparse el legislador en la proyectada Ley Concursal.

Todo ello habrá de realizarse con conocimiento y ponderación de las posibles alternativas y con buena técnica, sin olvidar que la reforma de las leyes no siempre conduce al progreso del derecho.