

## Hacia un nuevo Derecho Societario\*

JOSE LUIS ALVAREZ ALVAREZ

Notario

**SUMARIO:** *Introducción:* Evolución del Derecho mercantil. Origen de la Sociedad Anónima. El nuevo Derecho de sociedades. Enfoque y sistemática de la exposición.—*I. Transformaciones de tipo técnico:* a) El absentismo de los accionistas y sus consecuencias.—Protección de los accionistas minoritarios. Efectos en los órganos sociales. b) El capital fundacional y sus modificaciones. c) Ampliación de la responsabilidad respecto de terceros.—*II. La sociedad y la empresa:* La cogestión. Equilibrio sociedad-empresa.—*III. Los grupos de empresas:* Clases de grupos. Los grupos nacionales. Soluciones de la CEE. Soluciones de la ley alemana. La ley brasileña. El proyecto español. Consecuencias jurídicas de los grupos.—*IV. Las sociedades multinacionales:* El comercio internacional. Filiales y sucursales. Aparición de las multinacionales. Estructura de la sociedad multinacional. Tipos de multinacionales. Criterios jurídicos. Ventajas de la sociedad multinacional. Inconvenientes de la sociedad multinacional. Papel del legislador nacional. Regulación internacional. Conclusiones.—*V. La sociedad supranacional:* Intentos legislativos. Necesidad de una competencia supranacional. El intento europeo. Los intentos americanos. Proyecto de sociedad europea. Análisis de ese proyecto.—*VI. Las empresas públicas bajo la forma de sociedad anónima:* La utilización de la forma de sociedad anónima. El conflicto jurídico. Repercusiones sobre el derecho societario: a) La situación de los accionistas privados en las sociedades mixtas. b) La ausencia de ánimo de lucro de la sociedad anónima y la subordinación a otros fines. c) La organización y la designación de los órganos. d) Régimen fiscal especial. e) Otras peculiaridades de estas sociedades.—*VII. Conclusión.*

Para empezar, quiero hacer una primera afirmación casi obvia, que me considero obligado a formular; el tema que me fue propuesto y aceptado por mí, es de tal importancia y generalidad, que excede, con mucho, los límites de una conferencia.

---

(\*) El presente trabajo lo realicé para pronunciar una conferencia con motivo del XX Aniversario de la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS DEL ECUADOR, y eso explica el carácter que tiene y las alusiones que contiene en ciertos casos a la legislación ecuatoriana, que pueden sorprender al lector español.

Quiero agradecer a esta Institución ecuatoriana la autorización para que este trabajo se pudiera publicar en España.

Estas explicaciones previas me parecen necesarias para que el lector conozca el enfoque con que se hizo este análisis y el estilo y amplitud de la rúbrica que lo encabeza.

No se trató de profundizar en el que cada uno de los temas que se tocan, sino de presentar una panorámica de los fenómenos que influyen en el nuevo derecho de sociedades; y falta en él el elemento de investigación y de análisis técnico, insoportable en una conferencia ante un público amplio; en cambio, hay una considerable referencia a los cambios que, a nivel internacional, influyen en el De-

He tenido una tentación: la de hacer una conferencia muy técnica y larga. Pero no he querido caer en ella. Por mucho que hubiera prolongado esta charla, hubiera sido imposible tratar con profundidad los innumerables temas que se suscitan en el nuevo Derecho de las sociedades, y he optado, por lo tanto, a riesgo de ser considerado poco profundo, por hacer un análisis de los problemas más actuales, de mayor trascendencia jurídica, social y económica, y de decir cuáles son las soluciones más seguidas y dar mi opinión, justificándola brevemente. Es decir, por plantear los problemas y ofrecer algunas respuestas a ellos, prescindiendo muchas veces de gran parte del aparato técnico-jurídico que las puede justificar, para hacer más llevadera la escucha. (Y espero seguir, si el tiempo me lo permite, profundizando en este tema, vivísimo, del moderno derecho de las sociedades, desde la base de esta conferencia, para conseguir publicar algunos estudios más documentados).

## EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL

La evolución del Derecho mercantil en este siglo, ha sido muy rápida y activa, mucho más que la de otras ramas del Derecho privado. Las razones son claras: la vida mercantil y económica de los pueblos y del mundo, ha tenido un desarrollo y transformación mayores en esta época, que en todo el resto de la historia del hombre.

Esto hace que desde hace mucho tiempo, se venga hablando de un nuevo Derecho mercantil. El que ha sido, sin duda, el maestro de todos los mercantilistas españoles actuales, Joaquín Garrigues, publicaba ya en 1933 un libro que se titulaba «Nuevos hechos, nuevo Derecho de la sociedad anónima»; en 1972, el profesor Sanders publicaba otro libro con el sugestivo título de «Quo vadis, ius Societatum?», y casi al mismo tiempo, cuarenta años después del citado antes, el mismo Garrigues, en 1971, volvía a plantear el mismo tema.

## ORIGEN DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Quiero adelantar que, en mi opinión, hablar del nuevo derecho societario, es hablar de una nueva forma de sociedad, la anónima, en la que prevalece, a veces aparentemente, el capital sobre las personas; que permite la conjunción de grandes

---

recho de sociedades de la mayoría de los países que se mueven en el ámbito de la economía libre. Es, por lo tanto, más un repertorio de problemas y sugerencias, que un catálogo de soluciones.

Su carácter de conferencia y su espíritu de divulgación más que de profundización en cada uno de los muchos aspectos tocados, explica también que se tomen ideas y a veces párrafos enteros, y sistemática de diversas obras, sin que vayan las notas a pie de página. Hacerlo así hubiera significado prácticamente reescribir este trabajo. Por razones de justicia y de lo que este trabajo debe a todas las obras consultadas o que utilicé mientras lo escribía, he optado por acompañar al final una bibliografía de las obras que más utilicé, aparte de las obras generales sobre sociedades anónimas, cuya cita no tiene necesidad de hacerse por obvia. Quiero, por fin, dar las gracias a las sugerencias y ayuda de los profesores Evelio Verdera y Aurelio Menéndez, cuya opinión y conocimientos me fueron utilísimos para preparar este trabajo.

masas de dinero y poder; que es el instrumento de que se ha servido la economía occidental para el desarrollo de las grandes empresas; y que ha generado o ha permitido la generación, luego, de nuevos fenómenos que probablemente no estaban previstos ni figuraban en el programa de la sociedad anónima, como las sociedades supranacionales, multinacionales, o los grupos de empresas, de los que nos tenemos que ocupar en esta conferencia.

Ripert decía, hace ya más de 30 años, que «la Sociedad Anónima es un maravilloso instrumento creado por el capitalismo moderno para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas», y decía de ella que «es una máquina jurídica tan útil como la que utiliza la industria».

Tras el descubrimiento de América, surge una nueva política comercial en la que florecen las grandes compañías coloniales, que en este momento cumplen funciones, no sólo económicas, sino políticas.

Después de este momento, la sociedad anónima empieza ya a convertirse en un fenómeno mercantil normal, que no es ya fruto de un acto político-económico, sino un instrumento de la iniciativa privada para el desarrollo de la producción en masa. Esta no es posible sin grandes empresas, que necesitan unas sumas de capital que las personas físicas no poseen aisladamente.

El Código de comercio francés es el primero que generaliza la figura de la sociedad anónima colocándola, en su artículo 19, al nivel de la sociedad colectiva y la comanditaria.

A mediados del siglo XIX, como consecuencia del progreso de la burguesía, de la generalización de la iniciativa privada y del desarrollo de la economía, se multiplican las sociedades mercantiles de forma anónima.

Estas sociedades empiezan a presentar los caracteres de la sociedad anónima que todavía hemos conocido nosotros, con una junta general en la que ya están todos los socios, un consejo de administración numeroso, con amplias facultades de control y dirección, y un órgano que nace con personalidad propia o por delegación, que podríamos describir como la «Dirección».

Así, llegamos a la legislación de sociedades moderna, que es la que se refleja en las leyes de finales del siglo XIX, en las que queda estructurado el derecho societario sobre la base de distinguir las sociedades personalistas, que van perdiendo importancia, y las sociedades capitalistas, representadas básicamente por la anónima, que van extendiéndose cada día más.

Su regulación en todas las leyes que sirven de modelo: la inglesa de 1862, la francesa de 1867, la española de 1829 y 1885, las alemanas de 1870 y 1884, etc., está inspirada en los principios económicos y políticos de la democracia liberal: libertad, igualdad de los ciudadanos, reconocimiento de los derechos de la persona, de la propiedad, autonomía contractual, y economía de mercado. Y estas ideas llevan a la libre fundación de sociedades, sin necesidad de autorización expresa, al reconocimiento de los derechos de los socios como partícipes y a la consecuencia de que a la suma de los accionistas corresponde el papel decisivo a través de un órgano colectivo que es la Junta General.

Aquí me querría parar un momento, porque de aquí parte lo que podemos considerar como un nuevo derecho societario. En realidad, ha existido durante casi medio siglo, un derecho de sociedades que se puede considerar estabilizado sobre esas bases liberales y tradicionales. Aunque existían tres líneas de regula-

ción: la sajona, la germánica y la latina, con sus propias peculiaridades, había entre ellas una notable semejanza:

Reconocimiento de la Junta General y de los derechos de los accionistas.

Existencia de un órgano de control: el Consejo de Vigilancia en la legislación alemana, y el Consejo de Administración en el modelo sajón o latino.

Y existencia de una dirección, que en el sistema germánico era distinto del Consejo de Vigilancia aunque nombrado por él: el Vorstand, y en el otro era un Comité permanente, ejecutivo, o los Managers o los Consejeros-Delegados o Gerentes que surgían por delegación del Consejo de Administración y normalmente de su seno.

## EL NUEVO DERECHO DE SOCIEDADES

No es que en esos años no haya problemas y evolución del Derecho societario, pero es un cuerpo de doctrina estable. Hablar de un nuevo derecho de sociedades es hablar de las modificaciones que se introducen en ese sistema como consecuencia de una serie de fenómenos nuevos de los que quizá los menos trascendentes son los de origen jurídico y los más influyentes los de origen económico, internacional, laboral y social.

Hay que advertir que los libros, estudios, seminarios, reuniones, que tratan de este nuevo derecho de sociedad, examinan casi exclusivamente los problemas de las grandes sociedades, y los legisladores dictan sus normas pensando en ellas. Creo que eso es un análisis parcial y que se olvida otro fenómeno de enorme interés: la pequeña sociedad anónima. Esa máquina jurídica de que hablaba Ripert, no sólo se ha convertido en el vehículo único y obligado de las grandes sociedades, sino que es el medio más utilizado también por las pequeñas sociedades.

Y este es un suceso en el que repara muy poco la doctrina y sin embargo tiene una gran importancia. Prácticamente, las sociedades personalistas: colectiva o comanditaria, han quedado como la excepción, y las sociedades capitalistas como la regla.

No creo que necesite ponderar aquí la importancia para la economía de cualquier país del buen funcionamiento, la facilidad de movimientos y el buen encuadramiento jurídico de las pequeñas y medianas empresas. Estas son la fuente más importante de puestos de trabajo, el vivero de empresarios capaces y emprendedores, y representan en la economía de todos los países desarrollados, o en vías de desarrollo, hasta de los más adelantados, un tanto por ciento del PIB muy superior a las grandes empresas. E, incluso, se está produciendo el fenómeno en Estados Unidos, en Alemania, en Italia, en España que en el campo de la innovación y de los sectores más avanzados: informática, comunicaciones, fotografía, biogenética, contribuyen decisivamente al desarrollo del país, son más adaptables a los cambios y resisten muchas veces mejor los períodos de crisis.

Creo que es necesario decir, hablando del nuevo derecho societario, que no es posible perder de vista este fenómeno y que una regulación de la sociedad anónima, que es también el instrumento de esas empresas medias, que la hiciera inservible para ellas o que las obligara al cumplimiento de unos requisitos que dificultaran o encarecieran su funcionamiento, sería una norma torpe y anti-económica.

## ENFOQUE Y SISTEMÁTICA DE LA EXPOSICION

Hablar de todas las transformaciones del derecho de sociedades es muy difícil y puede resultar agobiante, si no partimos de una sistemática que, aunque sea criticable, permita un análisis ordenado.

Probablemente, en la clasificación que he hecho para ese examen, influya mi propia formación, mis experiencias vitales y los diversos prismas desde los que he ido conociendo el Derecho, la Economía y la vida de las sociedades.

La verdad es que yo me considero un jurista y desde esta posición abordo esta conferencia. Pero en un notario español se dan siempre dos aspectos jurídicos: el de estudioso e investigador del Derecho, y el de jurista práctico. Me preocupa el análisis técnico-jurídico de la evolución del derecho de sociedades, y a ello dedicaré el primer capítulo de este examen. Así, hablaré de la modernización de las leyes de sociedades y del nuevo derecho de sociedades.

Pero no puedo olvidar, como jurista práctico, con treinta años ya de ejercicio de mi profesión, que por mi mesa han pasado miles de sociedades, y que la inmensa mayoría de ellas eran sociedades medianas, fruto de la iniciativa privada, bien que junto a ellas aparecen grandes sociedades, empresas públicas, empresas mixtas, y otra serie de personas jurídicas.

Como jurista puro, me podría quedar en este examen.

Sin embargo, he tenido dos experiencias más que lógicamente influyen en el enfoque de esta conferencia: la de participar en la vida política y económica de mi país, y la de colegislador como diputado en dos legislaturas. Y no cabe duda que esas dos actividades me hacen considerar nuevos aspectos del derecho de sociedades, en cuanto éstas forman parte como soporte de la mayoría de las empresas, nacionales y extranjeras, y la vida de las empresas es decisiva para la marcha de la economía y, como consecuencia, para el nivel de bienestar de los ciudadanos, y hasta para la evolución política de los países.

Desde este ángulo, creo que en el nuevo derecho de sociedades hay que considerar, al menos, los siguientes fenómenos:

— La influencia que la fuerza del fenómeno económico de la empresa como institución, como realidad y como foco de riqueza y de conflictos, tiene en la normativa de las sociedades. No creo que se pueda entender el nuevo derecho societario sin examinar lo que el desarrollo de las empresas, sus problemas y evolución, significan. La economía es en casi todo el mundo obra de la actividad empresarial, en los tres sectores básicos: primario, industrial y de servicios; ya sean las empresas privadas o públicas, grandes o pequeñas, industriales, agrarias o de servicio. Y que la empresa opera, casi siempre, a través de la forma societaria es un hecho apenas discutible.

— La influencia que una economía a escala mundial supone, por la aparición de nuevas agrupaciones de sociedades y empresas. No sólo en el ámbito internacional, sino en el estrictamente nacional. Para poder vivir en la competencia de ese ámbito económico, en muchos campos: las comunicaciones, la siderurgia, la alimentación, la electrónica, la automoción, etc., es preciso ir a la gran concentración empresarial capaz de resistir a los gigantes de otros países. Eso origina un nuevo fenómeno que influye en el derecho societario: la concentración de empresas, la aparición de los grupos.

— La influencia que sobre el derecho de sociedades supone el empujamiento del mundo o el acercamiento de los países por las comunicaciones y la existencia de un mercado internacional. El comercio mundial es hoy una realidad, y no existen ya países independientes, en el sentido de no existir dependencias recíprocas para el desarrollo económico de cada uno. Y ninguno podemos prescindir de los demás, si no se quiere uno condenar al inmovilismo y abdicar de incorporarse al futuro. Esto, que es una realidad positiva, no deja de tener sus riesgos, que todos conocemos. Aparece un tipo de sociedad, con su nacionalidad, que se vierte al exterior. Son las llamadas multinacionales. El uso que políticamente se ha hecho del fenómeno, ha sido muchas veces interesado y demagógico. Pero es cierto que con sus ventajas e inconvenientes, que los dos existen, es indispensable una regulación más actual y menos ingenua que la que tenían muchas legislaciones cuando apareció el fenómeno. Y que dado su frecuente poder concurren una serie de datos, no sólo económicos, sino políticos, que exigen una normativa inteligente y ponderada, que se tiene que reflejar en el nuevo derecho societario.

— La influencia que supone la aparición de los pactos internacionales de asociación de países, de los ámbitos supranacionales económicos o políticos. Sin duda de ninguna clase, el caso más claro son las Comunidades Económicas Europeas, pero el Pacto Andino, los movimientos en otras partes de América y África, la EFTA, la OCDE, son acontecimientos que marcan hacia dónde camina el mundo. Pues bien, como consecuencia de esos nuevos ámbitos, se advierte la posibilidad de nacimiento de sociedades supranacionales (no multinacionales), es decir, de una sociedad que no es francesa o alemana, sino comunitaria o europea. La economía va muchas veces por delante de la política, y aunque no exista Europa como nación, o confederación de naciones, puede existir ya una sociedad anónima europea. Esa posibilidad genera una necesidad: la regulación en un ámbito nuevo de ese tipo de sociedades, y la respuesta por parte de las legislaciones de los otros países a esa nueva sociedad transnacional, sin patria política, pero sí con un asentamiento territorial y con un régimen jurídico de trascendencia internacional. Y ese fenómeno lógicamente influye en el derecho societario y normalmente va a influir cada día más.

Todavía hay otro fenómeno del que no se puede prescindir, aunque se salga un poco del ámbito del derecho privado en el que me quiero mover. La utilización de la figura jurídica de la sociedad anónima para empresas públicas, del Estado, con privilegios. Es un hecho que en muchos países, por la eficacia de esa «máquina jurídica», se prescinde de figuras administrativas o públicas que encierran mayor control, menor agilidad y más burocratización para usar de las ventajas de la sociedad anónima, bien en el orden interno del país, o bien para entrar en los mercados internacionales, mezclándose el poder de los Estados bajo el disfraz de la sociedad anónima, con el poder de los grupos privados. Es ese otro dato que no puede olvidarse al regular el nuevo derecho societario.

Quedan más campos que influyen sobre la normativa de las sociedades. Pero me parece que con los citados, ya voy a tener muchas dificultades para no excederme en el tiempo que una conferencia permite.

## I. TRANSFORMACIONES DE TIPO TECNICO

### a) EL ABSENTISMO DE LOS ACCIONISTAS Y SUS CONSECUENCIAS

Aunque éste es un suceso que se produce desde la aparición de la sociedad anónima, es evidente que la multiplicación de ellas y la existencia de miles de pequeños accionistas, hace que la situación se generalice tanto, que afecta al funcionamiento de la sociedad. La actitud pasiva de la mayoría quiebra la validez del principio mayoritario en las decisiones de la Junta General; hace pasar a la sociedad anónima de un sistema democrático de gobierno (formal), a un sistema oligárquico o aristocrático (real); la dominación de la gran sociedad anónima pasa, o a los directores o a las «minorías de control» (bien sean los accionistas participantes o los Bancos depositarios).

#### *Protección de los accionistas minoritarios*

Esa situación pone a la sociedad en una situación falsa que exige una reforma legislativa que la haga conciliarse con la realidad. Si a los propietarios pequeños no les interesa controlar y dirigir la sociedad, la ley tendrá que velar por el derecho de esos propietarios, y lo que es más importante, por el control y dirección de las sociedades para que no se conviertan en terreno a conquistar por los más hábiles y atrevidos, o modo de engañar a los más ingenuos. Todo ello repercute tanto en el tratamiento a los accionistas como en el régimen de los órganos de la sociedad anónima.

En cuanto a los accionistas, se han intentado dos caminos para su defensa: interesarlos en la participación, o defenderlos si no quieren participar.

El primer intento se produjo a través de la eliminación de los apoderamientos en blanco, de la posibilidad de los Bancos de votar por los depositantes (L.S.A. española de 1951 - Ley alemana de 1931), y a través de la expansión y aseguramiento de los accionistas, por vía de una mayor información —convocatorias, órdenes del día, acceso a los libros—, y de la búsqueda de que el derecho de voto se ejerza en beneficio del accionista, acudiendo, incluso, a la responsabilidad del apoderado.

El fracaso real de este sistema, ha hecho buscar otros caminos. En realidad, como ha puesto de relieve la doctrina, lo que sucede es que en la gran sociedad hay al menos dos tipos de accionistas: el que quiere controlar y participar, y el inversor de fondos; y a éste sólo le interesa la rentabilidad y no la marcha de la sociedad, y normalmente ni su vocación es controlar, ni está preparado ni dispuesto a ello.

Esto, sin embargo, no es aplicable a las pequeñas o medianas sociedades con escaso número de accionistas, que tienen interés directo en la participación o, al menos, en el control.

Ante esto ha surgido una nueva orientación en la regulación de las sociedades que parte de reconocer ese hecho como inevitable y trata de crear los mecanismos adecuados para resolver esa situación. Esa función tienen las acciones sin voto. Si el accionista lo que pretende al invertir es especular o emplear sus ahorros de la mejor forma, la solución será darle una mayor parte de los beneficios sociales y no darle lo que no desea, que es el derecho a voto.

Las acciones sin voto, de origen anglosajón, no nacieron para este fin, pero

han sido adaptadas a él. Aparecen en la ley alemana de 1937 y se utilizan claramente con el fin descrito en la ley alemana de 1965.

Esas acciones se compensan con una participación preferente en las ganancias, y con unas garantías de recuperación del voto y de participación en las Juntas y mantenimiento del derecho de información, que les hace seguir siendo socios y no obligacionistas.

Con este carácter se van introduciendo en leyes recientes y en el proyecto de Estatuto de la sociedad europea. Pero no le faltan detractores, ni dejan de reconocerse sus inconvenientes.

Sin embargo, y como resumen, creo que esta es una de las líneas de la nueva normativa para la gran sociedad, que se descompone en accionistas inversores, o pasivos, y accionistas directores, o activos. Pero siempre como opción que permite la ley, y que no debe ser ni impuesta, por cuanto no interesa a las pequeñas y medianas sociedades, ni prohibida como se hacía antes, reconociendo la posibilidad reflexiva de renunciar al voto mejor que abandonarlo de hecho. Debe ser un instrumento a utilizar, para adoptarlo o no, según el carácter con el que la sociedad se constituya o se modifique.

#### *Efectos en los órganos sociales*

La repercusión en los órganos de la sociedad de ese absentismo, ha influido todavía más en el cambio de regulación de las sociedades anónimas.

El sistema seguido presenta tres tipos fundamentales. El primero, o sistema unitario, es el de Bélgica, Italia, Inglaterra o España, en el que existen el Consejo de Administración y la Junta General que elige y controla a la Administración, que es la que lleva la gestión de los asuntos sociales.

El segundo, es el sistema de Alemania o dualista, en el que la Junta General tiene unas facultades limitadas a los casos determinados en la ley y en los Estatutos, elige sólo a parte de los miembros del Consejo de Vigilancia, y no puede decidir en asuntos de gestión.

Este es el órgano de gestión y representación de la sociedad que la dirige bajo su propia responsabilidad. El Consejo de Vigilancia tiene unas facultades muy extensas que se retiran a la Junta General, por razón del absentismo de los accionistas, y entre las que la más típica es la de control, que incluye los derechos de información; también corresponden a ese Consejo las facultades de autorizar determinadas medidas de gestión, dar la autorización previa para determinados negocios y, sobre todo, elegir a los miembros del Vorstand.

El tercero es el de aquellos países que prevén la coexistencia de ambas formas de organizar la administración, bien como Francia a elección de la sociedad, bien como Holanda y Dinamarca haciendo obligatorio el sistema dualista para un tipo de sociedades y dejando en libertad a las demás.

Como se ve, las soluciones son todavía variadas, pero puede decirse que el nuevo derecho societario camina hacia la solución dualista.

En realidad, las diferencias no son tan grandes como pueda parecer a simple vista. Hay un dato real que aproxima ambos sistemas. En todo caso, en las grandes sociedades la Junta General ejerce o tiene unas facultades mucho más limitadas que las del supremo órgano democrático de la sociedad. En el sistema germánico por ley, y en el latino-sajón por práctica. En estos últimos, el Consejo



de Administración, numeroso, opera más como órgano de vigilancia y control que como órgano de gestión. De él se segrega un Comité Ejecutivo, Comisión de Dirección o grupo de gerentes que asumen la Dirección, por delegación, con facultades similares a la del Vorstand. Como además, quien los elige es el Consejo de Administración, el papel de éste se parece mucho al Consejo de Vigilancia; con lo que nos encontramos ante tres órganos paralelos.

La tendencia legislativa moderna es a la extensión del sistema germánico, y es razonable. Si esas facultades se distribuyen de hecho así, parece lógico que la normativa se adecúe a esa realidad, y las obligaciones y responsabilidades de cada uno se determinen por la ley.

Esa es la posición del proyecto de Quinta Directriz de la CEE y del Estatuto de sociedad anónima europea, y es también el cambio que introduce el proyecto español de 1979. Pero sin dramatizar y con gran flexibilidad, hablando incluso el derecho comunitario de coexistencia de los dos sistemas en un período de transición.

En el proyecto español, la solución es muy amplia, pues ofrece hasta cinco sistemas de administración, imponiendo el sistema dualista sólo para las sociedades cuyos títulos cotizan en Bolsa, su capital o su número de empleados exceda de ciertos límites, o se trate de sociedades a las que se le imponga una ley especial.

#### b) EL CAPITAL FUNDACIONAL Y SUS MODIFICACIONES

Otra de las tendencias claras en el nuevo derecho de sociedades es la fijación de un capital mínimo y la exigencia de un número mínimo de fundadores. Ambas nos parecen normas razonables, pero bastante inútiles.

Son razonables, porque van dirigidas a asegurar la seriedad y solvencia de la sociedad, y su carácter de unión de esfuerzos de una pluralidad de personas. Ambas van introduciéndose en los diversos Derechos, en el alemán, en la regulación de la sociedad europea; en el proyecto español de 1979, en la ley ecuatoriana, etc. Y probablemente tienen su base también en la idea de que la sociedad anónima es una figura especialmente apta para las grandes compañías.

Sin embargo, y sin que esto signifique que yo me oponga a todo capital mínimo, hay que reconocer que la sociedad anónima es utilizada en todos los países, no sólo por las grandes sociedades, sino también por las medianas y pequeñas que, aunque se las quiera inducir a usar la sociedad limitada, suelen preferir la anónima por su mayor perfección técnica, y ya he confesado antes mi preocupación e interés por las pequeñas compañías. Por ello, mi criterio es que deben evitarse los capitales ridículos para las sociedades anónimas, pero que el mínimo que se establezca no debe ser tan alto que impida a muchas sociedades el uso de esa forma, porque la experiencia dice que muchas de esas pequeñas sociedades, precisamente las que prosperan, necesitan de la forma anónima para el desarrollo de sus negocios, y no hay necesidad de imponerles después un cambio de forma, de la limitada a la anónima, cuando alcanzan el nivel de capital o actividades que ya esté a los niveles exigidos. Aunque justo es reconocer que el capital mínimo que fijan la mayoría de las legislaciones, es muy prudente.

En cuanto al número de fundadores, la norma es todavía más inútil. Como Notario, estoy harto de ver la participación de fundadores con un número de acciones tan pequeño que no se intenta engañar a nadie en cuanto a su condición

de puros presta-nombre para completar el mínimo. Comprendo la preocupación por la sociedad de socio único o por la sociedad puramente familiar, de padres e hijos, en la que se busca funcionar con un patrimonio separado y disfrutar del privilegio de la responsabilidad limitada. Y aun en este caso, la experiencia me ha demostrado que existen serias razones para no desalentar estas sociedades familiares. Pero la eficacia de la norma que exige un número de socios alto es muy escasa.

Son frecuentísimos los casos de una sociedad, nacional o internacional, que crea una filial con un capital ampliamente mayoritario, y cuando se trata de empresas públicas que utilizan la forma anónima, es todavía más reducido el número de fundadores. En Alemania, donde se exige un mínimo de 2 a 5 fundadores para la sociedad limitada, los entes públicos no pueden crear una sociedad de capital sin participación ajena, pero como nos dice Vogel, eso se salva mediante la utilización de empleados o funcionarios que concurren a la fundación y luego ceden sus participaciones a la Administración. El legislador ecuatoriano ha sido más inteligente y realista; porque si exige cinco accionistas, al menos, para constituirse y subsistir, permite, en los casos de participación de instituciones de Derecho público, que el número de accionistas descienda a dos.

Dentro de esta línea de seguridad del capital, se manifiestan otras tendencias en las leyes o proyectos más recientes que me parecen más importantes:

La garantía de la suscripción efectiva con responsabilidad de los fundadores y promotores, y a veces exigencia de una ratificación o aprobación por un órgano público nacional o supranacional; vigilancia y garantía de las aportaciones no dinerarias, acudiéndose, en algunos casos, a la procedencia de esas aportaciones según el tipo de sociedad, y en otros a la aprobación expresa de los órganos sociales, y en el caso de que se trate de aportaciones extranjeras, a la exigencia de autorizaciones especiales cuando se trate de bienes de difícil valoración: aportaciones técnicas de procedimientos, derechos de propiedad industrial, marcas, etc.

En el aumento y reducción de capital, predomina la preocupación del respeto de los derechos de los accionistas existentes y de los terceros interesados en la marcha de la sociedad. Se toman precauciones para los casos en que la sociedad trate de adquirir sus propias acciones y, en general, a pesar de la disminución del papel de la Junta en relación con la Dirección o el Consejo de Vigilancia, se mantiene en todas las legislaciones como un caso claro de competencia de ese órgano, la aprobación de todas las operaciones que afecten a la cifra capital.

En la línea de mayor defensa de la sociedad como institución, que de los accionistas como propietarios de ella, se introducen normas que, por razones de peso, reducen el derecho de suscripción preferente en ciertos casos de aumento de capital, disminuyendo así la relación entre derecho al capital y derecho a las reservas: tendencia peligrosa que debe ir acompañada de una compensación a los accionistas antiguos, pues si no, por esta vía se les puede disminuir su real participación en la sociedad.

En cambio, para defender a los accionistas en caso de transformaciones de la sociedad, que puedan anunciar una disminución de su seguridad en el futuro, se tiende a ampliar los casos en que los accionistas pueden hacer uso de su derecho de separación: en los cambios de objeto, en los casos de traslados del domicilio de la sociedad al extranjero, en los casos de ventas de paquetes de acciones que

parecen anunciar la aparición de un nuevo socio dominante, y en los casos de entrada de la sociedad en la disciplina de un Grupo.

### c) AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE LOS TERCEROS

La idea de la responsabilidad limitada, parece tan integrada en la sociedad anónima, que hay una resistencia al planteamiento del tema. Sin embargo, como después veremos, el fenómeno de los grupos ha planteado el tema de la búsqueda de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante para proteger a los acreedores o a los accionistas de las sociedades dependientes. Es decir, se tiende a colocar la responsabilidad allí donde se encuentra el mando o el origen de las decisiones.

En la sociedad anónima estricta, empieza a plantearse la misma cuestión como consecuencia de la diferenciación de accionistas inversores y accionistas con poder de mando y dirección. Existe para ello una razón histórica y otra económica.

La razón histórica es que en las sociedades personalistas que antecedieron a las capitalistas, el mando y decisión suponían la responsabilidad. Era así en la colectiva, y en la comanditaria, cuando aparece, se limita la responsabilidad del que aporta capital sin participar en la dirección. Es cierto que la sociedad anónima es la superación de esa situación por dos razones: por el privilegio que se concede por la autoridad pública por razón del riesgo extraordinario que se corre (sociedades coloniales); y luego se conserva por la necesidad de estimular la concentración de grandes masas de capital, necesarias para el nuevo desarrollo industrial, y esa razón de interés económico público, es la que justifica la responsabilidad limitada. Producido un cambio en la sociedad anónima moderna, es la que un grupo actúa como siempre (los inversores), es justo que se mantenga la responsabilidad limitada para ellos, pero no parece justo que se dé el mismo trato a quienes llevan la dirección, quienes tienen el mando y quienes entran en la sociedad, no para obtener una renta, sino para dominar y dirigir el negocio (el grupo dominante), porque, como veremos, lo que se hace con ello es trasladar la responsabilidad a los terceros.

Existe un precedente citado por el profesor español A. Menéndez en la legislación española, que perduró en América —por razón del rechazo del Código mercantil de 1829 por el movimiento independentista—, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737; allí se reconoce que cada interesado en la «sociedad general» saneará las pérdidas «hasta la cantidad de capital en que estuviere interesado», pero añade que «aquél o aquéllos bajo cuya firma corriere la compañía, están obligados, además, ...con todo el resto de sus bienes, habidos y por haber, al saneamiento de todas las pérdidas».

La razón económica es la de que cuando cambia la esencia de la sociedad anónima y existe un poder muy grande en la Dirección que no arriesga nada personalmente (ya que no estamos hablando de sus responsabilidades por negligencia o incumplimiento de sus obligaciones) y que sólo se juega la responsabilidad del capital ajeno y muy repartido, se pueden producir situaciones en las que la garantía para los terceros sea insuficiente, y que la limitación de responsabilidad puede operar en perjuicio de los acreedores, de los terceros, de los empleados de la empresa, y hasta del interés de la colectividad.

Se trata en el fondo de ver cuáles son los límites que se deben poner a la

limitación de responsabilidad, en base a la concentración de poder en un grupo de accionistas o de administradores, que detentan el control de la sociedad, sin que éste sea paralelo a las repercusiones económicas que pueda padecer personalmente.

Como tantas veces, la realidad ha ido más deprisa que la legislación. Ese riesgo está siendo eliminado por los que, con fuerza, negocian con ese tipo de compañías. El fenómeno se da más en las sociedades anónimas o limitadas medianas o pequeñas, pero se puede dar en las grandes y en los Grupos de empresas. Y digo que está siendo eliminado, porque cada vez son más frecuentes las exigencias de responsabilidades complementarias o avales a las sociedades anónimas, por quienes contratan con ellas, o por quienes les prestan dinero; es decir, por proveedores y acreedores.

Todos sabemos cómo el banco que presta a una sociedad anónima, exige el aval de todos o parte de los miembros del Consejo de Administración, o del Presidente o de los accionistas que mandan en ella; y cómo los grandes proveedores o contratantes con ella, acuden al mismo procedimiento. En el fondo, lo que están haciendo es quitando, para ellos, la limitación de responsabilidad.

Con ello no se resuelve el problema general, sino que se agrava. Aparecen así dos clases de acreedores, los poderosos que eliminan su riesgo, y los débiles (personal de la empresa, proveedores pequeños, acreedores múltiples) que padecerán la situación de insolvencia de la sociedad y que, además, quedarán, incluso, en segunda posición respecto de los grandes. Las legislaciones, por la presión de los sindicatos, han eliminado en muchos casos este riesgo del personal calificando de privilegiados sus créditos, pero en los demás subsiste el problema.

Ante ello, existe una tendencia, partidaria de una modificación inspirada en la sociedad comanditaria por acciones, que se presenta como una fórmula más justa para las grandes empresas con control concentrado. Esta idea se ha introducido en algunos casos en el derecho francés llevando a la responsabilidad ilimitada de los órganos de gestión en algunos casos de quiebra, y se refleja en general, en una regulación más detallada y exigente de los casos de responsabilidad de los Administradores y en la exigencia, por doquier, de una publicidad mucho mayor de los actos de las sociedades anónimas, y de un mayor derecho de información de accionistas minoritarios y acreedores.

En los casos de quiebra, se puede pedir que se declare la sujeción a dichos procedimientos, de los que bajo la fachada de la responsabilidad limitada de la persona jurídica, hayan dispuesto de los bienes sociales como propios o hayan continuado abusivamente, en interés personal, una explotación deficitaria.

Estas ideas fueron acogidas en el Proyecto preliminar de convenio de quiebra para los países de la CEE de 1968, pero no conozco el estado de la redacción actual, que se halla en fase de negociación del Consejo de Ministros de las Comunidades, todavía recibándose opiniones de los Estados Miembros a finales de 1983. El proyecto de Estatuto de sociedad europea es, en cambio, clásico en cuanto a las responsabilidades exigibles a los Directores de la compañía; es decir, se limita a regular sus posibles responsabilidades frente a la sociedad, no frente a terceros, y establece, en cambio, la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante por las obligaciones de las sociedades del Grupo.

El tema está abierto. Todavía estamos en la línea de mantener la responsabilidad limitada en las sociedades anónimas, y creo que es el principio que ha

permitido el desarrollo de ellas como forma, y de muchas iniciativas económicas, pero el legislador debe estar atento a las utilidades de la anónima para prevenir y sujetar los casos en que, en vez de ser un requisito útil, se convierta en un riesgo para terceros y un abuso de sus usuarios que haga peligrar la subsistencia del equilibrio en ese tipo de sociedad.

## II. LA SOCIEDAD Y LA EMPRESA

Existe otro factor determinante, que influye mucho en el nuevo derecho de sociedades. Es la consideración de la empresa como factor productivo básico de la economía de un país y las modernas concepciones de la empresa como institución.

Un altísimo tanto por ciento de la economía mundial, de la que depende el bienestar de todos, actúa a través de empresas, pequeñas, medianas o grandes, pero que reúnen las características de esa figura económico-jurídica.

Pues bien, esa generalizada presentación de la empresa como sociedad, provoca muchas nuevas repercusiones en la figura de la sociedad.

Lo primero que produce, es una confusión que desde el primer momento quiero apartar. Empresa no es igual a sociedad, aunque en el lenguaje vulgar a veces se unen como sinónimos. La sociedad es la forma jurídica, a veces, de la empresa, o es el titular o posible sujeto de la empresa. Como he dicho, existen muchas empresas que no son sociedades, y hay sociedades —pocas en el mundo de las anónimas— que no son empresas.

La mayor transformación en el derecho societario, viene de la creciente importancia económica, social y política de la empresa. El nivel de vida, el PIB, y hasta la independencia nacional depende a menudo del desarrollo empresarial de un país. Y esa fuerza hace que se quiera subordinar plenamente la forma jurídica al fenómeno económico, cuando el Derecho es para moldear y encuadrar ésta, no para dejarse arrastrar por las fuerzas en juego.

Fue Rathenau quien por primera vez, en un famoso escrito de 1917, planteó de forma sistemática la importancia que tiene la empresa en sí misma —no como propiedad del empresario—, como insustituible factor de producción de riqueza, depositando la confianza en la defensa y realización del interés propio de la empresa en la administración y no en los accionistas, guiados por sus intereses egoístas de lucro.

Sólo con decir esto, se aprecia la gravedad del tema. De la construcción liberal, basada en el derecho y en la propiedad de los accionistas, se puede trasladar el centro de gravedad a los intereses de otros muchos interesados en la marcha de la empresa: consumidores, trabajadores, acreedores, población en que se halla situada la empresa (piénsese en el reciente caso de Sagunto con motivo de la reconversión de Altos Hornos del Mediterráneo), desarrollo de la construcción y el comercio en la zona que debe proporcionar vivienda y suministros para los obreros y sus familias, etc., etc. Por esta vía se puede llegar a la transformación de la regulación de la sociedad y hasta su absorción y destrucción por la empresa. Y de todo hay ejemplos.

El planteamiento inicial de esta cuestión es la protección, en interés de la conservación de la empresa y por su importancia económico-política, frente al desen-

frenado interés económico de los accionistas. Así se empieza a reconocer a la empresa como un bien jurídico independiente, diferenciado de sus titulares.

Esta corriente tiene unas consecuencias divergentes. Para algunos autores, la sociedad anónima es un elemento del sistema capitalista que refleja los cambios que en él se van produciendo. Para otros, la importancia de la empresa determina unos nuevos principios del Derecho de sociedades anónimas basado en la necesidad de la protección de la empresa y de los accionistas. Para otros, justifica la concentración de poder en manos de los administradores y la reducción de los derechos de los accionistas, basado en la necesidad de proteger al interés propio de la empresa. Y para otros, abre la posibilidad de una ordenación jurídica más justa de la sociedad anónima, no limitando los intereses de la gran sociedad anónima a los de los accionistas, sino incluyendo los de los trabajadores y la empresa misma.

Lo cierto es que la doctrina de la empresa abre una gran brecha en la construcción tradicional de la sociedad anónima. Por esta vía se va a introducir en la regulación de la sociedad anónima todo el tema del control público; de la participación de los trabajadores y la cogestión; del interés de la economía nacional; y del fortalecimiento de la posición de la administración y la limitación de la influencia del capital anónimo.

#### *La cogestión*

Pero la introducción de la idea de la importancia de la empresa en el ámbito de las sociedades anónimas, va a provocar bastante tiempo después, pasada la segunda guerra mundial, una de las transformaciones mayores y más discutidas todavía, y que no ha llegado, ni mucho menos, a una solución pacífica doctrinalmente por el contenido sociopolítico que encierra: la participación de los trabajadores de la empresa en los órganos de la sociedad anónima.

Tras 1945, el SPD alemán y los sindicatos de ese país, se proponen como objetivo la socialización de la economía y las corrientes de inspiración cristiana examinan también con interés la cogestión de los trabajadores en una sociedad industrial que había quedado destruida por la guerra. Simultáneamente la influencia americana, de inspiración neoliberal, empieza a producir sus efectos frente a la planificación centralizada socialista de la Alemania del Este, que es un mal ejemplo por su escaso funcionamiento. Alemania, gobernada por los democristianos, aprueba en 1949 una Constitución equilibrada y el Gobierno opta por la vía media de Erhard, de la economía social de mercado.

Aunque antes había habido unos intentos de cogestión basados en el artículo 165 de la Constitución de Weimar, y se acogió por primera vez en 1920 la representación de intereses extraños a la sociedad en el Consejo de Vigilancia, no llegó esto a significar un cambio estable, y es en 1947, en las industrias del acero y el hierro, cuando aparecen los primeros Consejos de Vigilancia paritarios.

Tras ello, en 1950, con la intervención personal de Adenauer, y tras graves conflictos sociales, se aprueban las «Directrices sobre la cogestión en la industria del hierro y del carbón», y tras ellas una ley de cogestión en 1951, que con otra ley de 1952 introduce la cogestión simple o minoritaria que atribuye a los representantes de los trabajadores un tercio de los puestos del Consejo de Vigilancia y la cogestión cualificada o paritaria para las empresas con más de 1.000 trabajadores en los sectores del carbón, hierro y acero, de una manera especial, ya

que el Consejo de Vigilancia cuenta con 11 miembros de una forma muy matizada (4 representantes de los trabajadores, más un miembro adicional, y 4 representantes de los accionistas más un miembro adicional, y otro miembro adicional). Para éstos se establecen unos requisitos que les dan cierto carácter independiente y arbitral.

Este problema se vuelve a plantear con la reforma de la ley de sociedades anónimas alemanas de 1965. Y no olvidemos la influencia que la doctrina germánica va a ejercer en todo el derecho moderno de sociedades.

Los alemanes, ejemplo bastante bueno de orden democrático, eficaz y social, basado en la propiedad privada y en la libre iniciativa, pero sin los excesos liberales de Estados Unidos (que se los puede permitir por su desarrollo económico, su riqueza y extensión, y su larga tradición democrática), y sin las peculiaridades del tradicionalismo de los japoneses en la empresa, son un modelo interesante de lo que puede dar de sí una legislación moderna de sociedades en un país que quiere coordinar la justicia con la libertad, a finales del siglo xx, sin caer en los excesos capitalistas ni colectivistas. Por ello, es interesante conocer su experiencia en este campo, sin olvidar el mayor grado de responsabilidad, moderación y formación de los trabajadores y empresarios alemanes en relación con los de muchos otros países.

La ley de 1965 fue motivo para una batalla en el tema de la cogestión. De un informe del Congreso de Juristas alemanes de 1951, que desechó la configuración de las formas de empresas desde el punto de vista de la constitución económica y social, surgió una propuesta de ordenación privada para las grandes empresas de más de 10.000 trabajadores— en la que se acoge institucionalmente la cogestión y el bien común, buscando un equilibrio de los intereses de capitalistas, trabajadores y colectividad.

Ballerstedt, citado por Gaudencio Esteban en su magnífica obra «El Poder de decisión en las Sociedades Anónimas», a quien sigo básicamente en este punto, en 1959, parte de la distinción entre Derecho de sociedades y Derecho de la empresa, y de la necesidad de proceder a una reforma de la empresa que incluya otros intereses que los de los aportantes de capital, y dice que la reforma del Derecho de sociedades debe orientarse sustituyendo la perspectiva societaria por la jurídico-empresarial en la que se valore la aportación de trabajo y la importancia socioeconómica de la empresa.

A pesar de estas posiciones y de la presión de los sindicatos, la ley de 1965 se concibe como una ley de organización cuyo fin es poner a disposición de la actividad económica un sistema técnico capaz de funcionar, y se afirma que la organización interna de la sociedad anónima no se debe ver afectada por las cambiantes concepciones políticas.

En 1965 prevalece la idea de que el grado de cogestión alcanzado ya en Alemania, es suficiente y ajustado a la Constitución alemana, y que más pasos podrían atentar a los principios constitucionales, que reconocen la propiedad y la iniciativa privada en un sistema de economía de mercado.

El problema se abre de nuevo tras la llegada del SPD al poder. Se intenta introducir la cogestión paritaria en las grandes sociedades anónimas (siempre sólo en las grandes, hasta en los proyectos más radicales de los sindicatos), sobre la base de la distinción entre la función de la propiedad y la función de la dirección, no siempre coincidente con los intereses del capital, y la consideración de

que las grandes empresas no deben considerar como meras organizaciones de propietarios, sino como instituciones económicas y sociales.

Tras muchas discusiones, la Ley de Cogestión de 1976, no contiene un sistema unitario de cogestión, ya que se aplica sólo:

— a unos tipos de empresas, los que revistan la forma de sociedad anónima, sociedad limitada, sociedades mineras y cooperativas de producción y consumo, siempre que empleen más de 2.000 trabajadores;

— a la empresa dominante de un grupo de empresas, cuando el conjunto del grupo tenga más de 2.000 trabajadores.

Se fundamenta en razones de carácter jurídico-laboral para mejorar la protección de los intereses de los trabajadores a través de su participación en la toma de decisiones, y en razones de carácter económico-social por la trascendencia de las grandes empresas, no sólo para los intereses de los trabajadores y aportantes de capital, sino también de los intereses públicos o colectivos.

La cogestión se realiza a través de la presencia en el Consejo de Vigilancia, pero como destacado la doctrina, la gestión no puede llegar a considerarse paritaria por la necesidad de respetar el Derecho vigente de sociedades que está basado en la propiedad y autonomía privadas. En este dilema, en el que la composición paritaria de ese Consejo restringe la autonomía de los socios para decidir los destinos de la sociedad, se llega a la solución de que —al regular la composición de ese Consejo en el grupo de los trabajadores—, se incluye a los obreros y empleados, y dentro de éstos a los directivos y a los no directivos, con lo que aparece como una «tercera fuerza» que en la forma de elección de los miembros aparece ligeramente favorecida. Esto, unido al voto doble del Presidente del Consejo, para cuya elección tienen ciertas preferencias los representantes de los accionistas, hace que se concluya por los intérpretes que se han ampliado considerablemente los derechos de los trabajadores, pero que no se ha llegado a una cogestión paritaria.

De todas formas, la modificación experimentada en el Derecho de sociedades por la introducción de la idea de la empresa en sí, es enorme. De la clásica posición de que los únicos interesados son los accionistas, se pasa a la disminución de su papel, aumentando el de la dirección, y de esto se llega al reconocimiento del derecho de participación y gestión, no sólo del capital, sino del otro elemento de la empresa, el trabajo.

Obsérvese, sin embargo, que en la posición más avanzada dentro del Derecho occidental, y en una ley dada con un gobierno de un partido socialista —ahora ya en la oposición—, se limita esa cogestión a las grandes empresas y a su presencia en un órgano muy importante, pero sin llegar a tener posición determinante, sino influyente.

Después veremos la influencia que esto ha significado en el Estatuto de la sociedad europea de la CEE.

### *Equilibrio sociedad-empresa*

Si yo tuviera que dar mi opinión sobre hacia dónde camina el Derecho de sociedades por esta nueva influencia empresarial, me inclinaría a reconocer como norma general, que la sociedad anónima y la empresa funcionan, en general, mejor, vigiladas por un sistema equilibrado de poderes —accionistas, dirección, Consejo de Administración o vigilancia con funciones de control—, dentro del ámbito



de la autonomía privada y con la dirección y control de quienes arriesgan su dinero; pero con excepciones en ciertos casos, reguladas cuidadosamente, de manera que no corriera riesgo la seguridad jurídica, y como consecuencia no se produjera el desestímulo para la inversión.

Un intervencionismo excesivo, sea de los organismos públicos, sea de los meros «interesados», podría acabar con el espíritu de empresa, el ánimo de riesgo, y el deseo de crear una empresa propia.

Sin embargo, en determinado tipo de sociedad-empresa, en que el desinterés del capital, por su dispersión, puede ser un hándicap, en que la dirección puede quedar en manos de personas que no corren riesgo ninguno, y en la que, además, por su tamaño se crean unos intereses legítimos para la economía nacional, el entorno geográfico y la masa de trabajadores que dependen de ella, me parece acertada la presencia de esos intereses en los órganos de la sociedad.

Es un mundo de modificaciones peligrosas, pero para los que creemos en los valores del hombre, en su libertad y dignidad, y en su igualdad de oportunidades sin caer en el igualitarismo, se abre aquí un camino de colaboración de los diversos elementos humanos de la empresa, que es digno de ser explorado con esperanza.

### III. LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Acabamos de ver que el concepto empresa y no digamos el de organización empresarial, es más extenso que el concepto sociedad. Otro fenómeno de nuestro tiempo es la aparición de organizaciones económicas que están compuestas por una pluralidad de actividades que desarrollan diversas personas jurídicas, es decir, seres jurídicamente independientes, pero que económicamente no lo son: los grupos de empresa. Pues bien, esta realidad es otra causa de necesarios cambios en el Derecho de sociedades.

Es un hecho cierto en casi todos los países, desarrollados y en vías de desarrollo, que por las características de la economía moderna, se ha producido la aparición de los grupos de sociedades que, teniendo una distinta personalidad, responden, sin embargo, a una estrategia económica única. Ello produce hondas transformaciones en las relaciones jurídicas de las sociedades entre sí y con los terceros. El Derecho de sociedades no puede permanecer ajeno a esta realidad; de hecho, lo ha venido haciendo durante mucho tiempo, porque las regulaciones sobre los grupos de sociedades, son todas recientes y muy escasas. Y podría afirmar que, en general, además, insuficientes.

#### *Clases de grupos*

Este tipo de grupos son, fundamentalmente, de dos clases: nacionales e internacionales. De estas últimas, sin embargo, no me voy a ocupar aquí porque son una de las manifestaciones más frecuentes del fenómeno, al que me referiré luego, de las multinacionales. Me refiero sólo, ahora, al fenómeno del grupo de sociedades dentro de un país, y por lo tanto a sus repercusiones jurídico-económicas en ese ámbito, que —aunque es una situación mucho menos complicada que aquella en la que confluyen la pluralidad de empresas con la pluralidad de nacionales, y la plural presencia en diversos países— presenta aspectos que exigen

soluciones jurídicas y determinan respuestas del nuevo Derecho de sociedades.

Vaya por delante mi afirmación de que, tanto en éste como en otros de los campos que vamos a explorar, las soluciones legislativas caminan muy por detrás de las realidades sociales y económicas y que, por lo tanto, voy a hablar más de problemas que de soluciones, porque si los legisladores de la mayoría de los países no han sabido cómo «meter el diente» al problema, sería petulante por mi parte pretender ir diciendo lo que hay que hacer en cada caso.

### *Los grupos nacionales*

La necesidad de un tratamiento específico del «grupo» como tal, deriva del hecho de que, aunque las sociedades son independientes jurídicamente, todas dependen de una dirección económica unitaria.

No hace falta ser muy avisado teóricamente, y basta con mirar a nuestro alrededor en la práctica para darnos cuenta de lo que eso puede suponer a la hora de desviar beneficios de unas sociedades a otras; de dejar a los accionistas de una sociedad que no participan en otras, sin intervención ni beneficio real ninguno para sus acciones; de la poca eficacia de los órganos de una sociedad si las decisiones le vienen dadas desde fuera; y de la posibilidad de burla de los acreedores de cualquiera de las sociedades del grupo, provocando su quiebra sin que eso suponga ningún perjuicio para el grupo, sino para los terceros que contrataron con la sociedad quebrada. Y como éstas, mil otras posibilidades que exceden de nuestra previsión de juristas.

La jurisprudencia de todos los países y el legislador, a nivel de norma de segundo grado, fiscal, administrativa, ha ido tratando de dar respuesta a esas situaciones que se producen cada día, pero creemos que no basta con eso; que esta situación exige una respuesta global y ordenada de la legislación societaria ante ese hecho que salta sobre la personalidad jurídica de las distintas entidades.

Las dos soluciones más interesantes, de carácter global, al problema, son la de la ley alemana de 1965 y los intentos de regulación de la Comunidad Económica Europea. Vamos a hacer una referencia a ellas y veremos lo que esta situación significa para el Derecho de sociedades.

### *Soluciones de la CEE*

El proyecto de la CEE de 1970, sin embargo, no ha llegado a ser aprobado definitivamente por la Comunidad. Su situación actual es la siguiente: se ha segregado de él la presentación de cuentas de los grupos, que se ha aprobado como Séptima Directriz por el Consejo de Ministros, el 13 de junio de 1983, y los Estados miembros tienen para convertirlo en leyes interiores, hasta 1987; el resto del proyecto está, como borrador de Novena Directriz, discutiéndose aún en Comisión con los Estados miembros y los sectores privados interesados.

En el nivel que lo he conocido, y habida cuenta que no intentaba regular los problemas fiscales ni de libertad de competencia, sus criterios son éstos:

El socio minoritario o externo al grupo de la sociedad controlada, tiene derecho, o a hacerse reembolsar el valor actual de sus acciones (separarse) o a canjear sus acciones por otras de la sociedad controladora; o a seguir como estaba, obteniendo una compensación por el dividendo sacrificado por el control.

Para los acreedores, se establece el sistema de responsabilidad solidaria, previa la excusión, de la sociedad dominante por las deudas de la controlada; y se es-

tablece, además, un sistema de tutela de los terceros, por la publicidad y la exigencia de un balance consolidado.

Para los trabajadores, en base al sistema de cogestión del proyecto de sociedad anónima europea, se prevé la creación de un consejo de empresa del grupo.

#### *Soluciones de la ley alemana*

La ley alemana de 1965, contiene la más importante regulación de los grupos, o Konzern. Las ideas de las que parte son las que he expresado, existencia de una dirección única a través de una influencia dominante y autonomía jurídica de la empresa dependiente respecto de la dominante. Pero, además, habla de grupos de empresas y no de sociedades, con lo que se incluye a las personas físicas.

Además, el derecho alemán distingue el grupo de derecho o contractual, y el grupo de hecho. El primero se funda en un contrato de afiliación o sumisión, y el segundo sólo en una situación fáctica. La regulación es distinta, pues mientras para los primeros las fórmulas son las que adopta el proyecto comunitario, para los segundos la regulación es mucho más leve y comprende sólo el resarcimiento del daño de los socios externos, si la política del grupo se lo ha producido.

La doctrina italiana ha observado, con mucha gracia, que fuera de Alemania y salvo por bonificaciones fiscales, no habrá grupos contractuales sino sólo de hecho, con lo que esa regulación sobraría en los demás países.

El tema de los grupos, tan real hoy día, a pesar de que al grupo, de cara al exterior, no se le reconoce personalidad jurídica, ha determinado una serie de toma de posiciones legislativas que significan la apertura de un nuevo capítulo en la regulación de las sociedades porque la verdad es que, salvo en Alemania, no se ha tratado de los grupos de empresas, sino de los grupos de sociedades.

Por razones muy obvias me voy a referir en esta conferencia, y muy brevemente, sólo a dos países: Brasil y España.

#### *La ley brasileña*

En Brasil, la nueva ley de sociedades anónimas de 1976 contiene una regulación de los grupos. Parte de definir la sociedad controlada como aquella «en que la sociedad controladora, directamente o a través de otras, es titular de derechos de socio que le aseguran, de modo permanente, preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir a la mayoría de los administradores».

El legislador brasileño parte de una construcción bastante lógica, quizá demasiado; distingue las sociedades vinculadas y regula la cesión de control y la oferta pública de acciones, con lo que no existe una regulación de los grupos fácticos. No sé cómo habrá evolucionado en la realidad esta legislación, pero cabe pensar que toda la realidad no haya sido abarcada por la norma.

Como consecuencia de ese pacto entre sociedad controladora y controladas, se puede hablar del grupo como una sociedad «de segundo grado» sin personalidad jurídica y quizá por ello la legislación brasileña dedica atención a la administración y organización del grupo, hablando de órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general del grupo. En cambio, faltan las clásicas normas de protección de acreedores y trabajadores, especialmente si el control o dominación se produce sin convención y por vía de hecho. Impone, en cambio, lógicamente, la consolidación de las cuentas y el balance de las sociedades que forman el grupo.

La opción brasileña, por la concepción contractualista del grupo, hace más fácil la regulación, que es muy interesante, pero deja sin regulación el grave tema de los grupos fácticos que, como decíamos, son sin duda los más frecuentes y peligrosos.

#### *El proyecto español*

El proyecto español de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, que de momento parece olvidado, dedica 13 artículos a los grupos de sociedades.

En ellos se prevén tres situaciones: que un accionista, persona física o jurídica, tenga más del 10 por 100 de las acciones de una sociedad, en cuyo caso se le imponen obligaciones de publicidad y responsabilidad si usa en su beneficio la posición de predominio sobre la sociedad; la clásica del grupo, de que «una sociedad sea dominante en virtud de un contrato por cualesquiera otros medios (grupo fáctico), y puede ejercer una influencia decisiva sobre la actuación de otra sociedad que es por ello dependiente de aquélla»; y la tercera en la que establece unas presunciones de dominación por tenencia de acciones, de votos o de designación de los miembros de sus órganos; y la existencia de sociedades vinculadas, que es cuando una ejerce, directa o indirectamente, una influencia notable sobre la otra.

La existencia de una sociedad dominante y otras dependientes, determina la existencia de un grupo al que no se reconoce personalidad jurídica. Las consecuencias más importantes de la regulación, son la obligación de inscribir en el Registro la adscripción al grupo (publicidad); la concesión a los accionistas externos de las dependientes, de vender sus acciones, o canjearlas por otras de la dominante, o compensarles de los dividendos; y la extensión a la sociedad dominante de la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la sociedad dependiente.

#### *Consecuencias jurídicas de los grupos*

Como se ve, a través del grupo se produce la ruptura de una serie de dogmas de la regulación de las sociedades anónimas. Los órganos de gestión de la dominante, dominan y mandan en los órganos de las dependientes (hasta el punto que el proyecto español llega a exonerar de responsabilidad a los administradores de las dependientes cuando cumplen órdenes). Los intereses de la sociedad dependiente son subordinados a los intereses del grupo, con el consiguiente riesgo para accionistas externos o los acreedores. Y la necesidad de encontrar soluciones justas a estas situaciones anómalas a la vida de la sociedad, impone modificaciones en la normativa de las sociedades, tanto más graves y significativas, cuanto mayor es la proliferación de los grupos. Y todos sabemos que éstos están en progresión creciente (en Alemania se calculaba, ya en los años sesenta, que el 70 por 100 de las sociedades anónimas formaban parte de grupos y, aunque la situación en España e Italia es de mucha mayor independencia, no se puede negar la creciente tendencia a la agrupación).

El ordenamiento tiene que proteger a los accionistas externos, a los acreedores y a los trabajadores de las dependientes, y no digamos nada de los problemas, que no queremos tratar, de la defensa de la competencia.

Para los accionistas surgen las alternativas vistas: creación de un nuevo dere-

cho de separación, derecho a incorporarse a la dominante, derecho a un dividendo asegurado, o, al menos, indemnización del daño producido.

Todas estas medidas significan una alteración de los derechos que corresponden al accionista normal, provocada por una situación económica, de hecho, a la que el Derecho no puede ser indiferente. Y cuando es por convenio, y no de hecho, entra el legislador a defender a los minoritarios, ya que el acuerdo puede habérselo hecho sólo con el que traspasa el control, y eso supondría la expoliación de los pequeños accionistas.

Para los acreedores, la protección viene por el camino de extender la responsabilidad a otra sociedad, con la que ellos no contrataron. La ruptura en las normas societarias que esto supone, es mucho más grave aún. Supone levantar el velo de la personalidad jurídica y hacer responsable a la sociedad dominante, atendiendo más a las consecuencias económicas que a las formas jurídicas. Aunque la solución es justa, las consecuencias de ella pueden ser gravísimas y romper uno de los tabús más clásicos: el principio de la responsabilidad limitada de las sociedades anónimas.

Como ya he indicado citando al profesor Aurelio Menéndez, se puede advertir aquí la reaparición de un fenómeno anterior a la aparición de la sociedad anónima, y propio de la sociedad en comandita. La vuelta a la responsabilidad ilimitada, y subsidiaria, del socio colectivo. Estamos en la reafirmación de que el que gestiona y manda, responde. Cesan los privilegios de la limitación. Estos se dan para unos casos, que por la publicidad se garantiza que no hay peligro para terceros, y cuando esa publicidad falta pierden su razón de ser. Pero no quiero dejar de insistir en la vía que por aquí se abre para identificar a la empresa con la sociedad, para romper con la idea de responsabilidad limitada en otros casos en que también sea justa esa extensión de responsabilidad, y para desacralizar el concepto de persona jurídica haciendo prevalecer la realidad económica sobre la forma jurídica. Empieza a prevalecer aquí el sujeto económico (el grupo) sobre el sujeto jurídico (la sociedad) de la empresa. Cualquier economista afirmaría que las sociedades del grupo no son empresas, sino pedazos de una única empresa, y que es, por tanto, normal, y natural, que se antepongan los intereses del grupo a los de la sociedad. Pero vuelvo a decir, que las consecuencias de esta afirmación en la vida y régimen de las sociedades, nos puede poner no sólo ante un nuevo Derecho de sociedades, sino ante una resolución de sus principios básicos que supondría derruir «piedra a piedra» el edificio actual que con tanto esfuerzo ha sido construido y que tantos buenos efectos ha producido.

#### IV. LAS SOCIEDADES MULTINACIONALES

Otro de los factores de cambio de las sociedades anónimas, y como consecuencia de la renovación del Derecho societario, son: la extensión del comercio internacional; el acercamiento de los países por la revolución del mundo de la comunicación, que permite el transporte de cosas, personas y noticias, en un tiempo increíble, y a unos precios que, muchas veces, no suponen apenas incremento de costos por las ventajas que ofrecen la mano de obra y la materia prima de unos países en relación con otros; la aparición de mercados interesantes en todos los continentes como consecuencia del desarrollo general y la desaparición

del colonialismo; y la aplicación del desarrollo tecnológico a la producción en gran escala.

### *El comercio internacional*

El fenómeno ha existido siempre. El comercio internacional y la mediación y colocación de productos en otros mercados que les valora más, lo practicaron los griegos y los fenicios antes de nuestra Era, y la historia de Marco Polo o el esplendor de Venecia no es sino una manifestación de la presencia internacional del empresario mercantil en países distintos del suyo. Pero lo que es nuevo es la intensidad y la frecuencia de esa actuación, el paso de la actividad comercial a la industrial, y la dominación de mercados de producción y venta en todo el mundo por grandes empresas, primero de otros países, y después por encima de cualquier nacionalidad.

Lo que es nuevo, y lo que está sometiendo, y va a someter más aún en el futuro, a reflexión, examen y modificación al Derecho de sociedades, es la aparición, extensión y omnipresencia de las llamadas multinacionales.

En el examen de la presencia, actuación y repercusiones de una sociedad extranjera en un país, hay que distinguir dos situaciones básicamente distintas:

El ejercicio de los derechos por una persona de nacionalidad extranjera, sea física o jurídica, con ánimo mercantil; y

La presencia de unas empresas que adoptan la forma de sociedad, casi siempre anónima, en múltiples países del mundo, a través de una red de entes jurídicos.

En general, los principios liberales impulsaron la posibilidad de la actuación de la sociedad extranjera, con tal que esté regularmente constituida de acuerdo con las leyes de su país. Este fue el derecho común, con más o menos facilidades, de casi todos los países europeos. El reconocimiento de la sociedad significa el de la capacidad que su ley le reconoce con los límites que la ley del territorio impone a sus propias sociedades nacionales, y con limitaciones, también diversas, para distintos tipos de sociedades por el objeto al que se dedican, para protección de campos que, por razones políticas o de orden público, se reservan a las nacionales: sociedades de seguros, bancos, sociedades productoras de elementos bélicos, industrias de interés militar, o de comunicación, o editorial, etc.

### *Filiales y sucursales*

En cuanto a las dos formas de presencia más frecuente de una sociedad extranjera: la creación de una filial o de una sucursal, los principios generales de las legislaciones europeas, son los siguientes:

La creación de una filial, en principio, no origina dificultades ya que se trata de una sociedad nacional que le basta ajustarse a la ley. Los problemas vienen de la manera de adquirir el control: o por la vía de participación directa con aportación de capital (limitado por las legislaciones reguladoras de la inversión de capital extranjero), o por la vía de colocar personas extranjeras ligadas a la principal (limitaciones a las participaciones de extranjeros en cierta proporción y puestos). Aunque la posibilidad de burlar estas limitaciones no se le oculta a nadie, la verdad es que las grandes sociedades son partidarias de un reflejo exacto de la relación existente con la filial, por sus propias obligaciones contables en el país de origen.

La creación de una sucursal o establecimiento sin personalidad jurídica, del que la sociedad extranjera es propietaria. La creación de estas sucursales que, en principio, origina menos problemas, está admitida en casi todos los países europeos (siempre me refiero a Europa Occidental), sin perjuicio del respeto de las normas sobre inversiones extranjeras. Este régimen es, por otra parte, por lo que sé, el que sigue la ley ecuatoriana de compañías.

Aparte de estas relaciones normales, cabe la existencia de tratados, bilaterales o multilaterales, que resuelven entre países o grupos de países, este problema, sobre la base de criterios de reciprocidad, entre los cuales son especialmente interesantes el de La Haya de 1951, y la Convención Europea de 1966, ambos sólo ratificados en parte.

Estas eran, y son, las normas corrientes del Derecho de sociedades ante la aparición de una sociedad extranjera. Pero, aunque siguen siendo útiles, hay que reconocer que han quedado desbordadas por el fenómeno que vamos a tratar, brevemente, a continuación: la aparición de las sociedades multinacionales, en número mucho mayor y con fuerza mucho más grande.

#### *Aparición de las multinacionales*

Como en casi todos los temas que he tratado, tengo que empezar diciendo que una visión de la realidad nos debe hacer distinguir, desde el primer momento, entre la inmensa llanura de sociedades grandes y medianas, que no tienen nada que ver con el fenómeno multinacional, que son decisivas para la economía mundial, y los pocos montes que se elevan en esa llanura. De verdad, las multinacionales son unos cientos o unos pocos miles de sociedades de alta tecnología, organización y capital, que forman un sector de la economía al que Galbraith llamó «sistema industrial». Como es lógico, la regulación de estas pocas sociedades no puede generalizarse ni afectar a las demás, y por lo tanto, lo que vamos a decir debe entenderse referido sólo a las sociedades que revisten el carácter y los riesgos de la gran multinacional.

La multinacional que describimos, tiene un gran tamaño y un gran capital, porque los necesita para alcanzar los niveles de tecnología y estructura que la permite, en cierta manera, controlar o influir sobre el mercado; tiene una gran autonomía, y aun cuando se encuentra sujeta a una o varias legislaciones, intenta influir sobre ellas por medio de una infraestructura jurídica de primer orden; y la mayoría de sus accionistas no tienen ni la dirección ni la capacidad de decisión; en ella influyen, no sólo la dirección propiamente dicha, sino los servicios de información, ya que para el tipo de decisiones que tienen que tomar, una información y una perspectiva política, económica y social, es decisiva.

Este tipo de empresa es, además, casi siempre, un grupo, porque como decía, con gracia Ripert, no sólo las personas físicas tienen familia, sino también las personas jurídicas, y así hay una sociedad-madre, sociedades-hijas y sociedades-hermanas, y hay veces que la madre vive a costa de las hijas, o viceversa.

#### *Estructura de la sociedad multinacional*

La estructura básica es la existencia de una sociedad-madre que tiene la dirección; un control logrado por diversos medios jurídicos sobre todos los establecimientos; una estrategia común, y una unidad económica del grupo, que se refleja en que el beneficio o la pérdida se deduce de un balance consolidado que,

casi siempre, es desconocido para la inmensa mayoría. No es necesario decir que el grupo engloba a empresas de varias nacionalidades establecidas en diversos países y que no hay personalidad jurídica de la multinacional como tal, sino de cada uno de sus componentes, comprendiendo a la empresa-madre.

Las características económico-jurídicas de la multinacional son, además:

a) El control descansa en la Dirección, sean las sociedades del sistema germánico, latino o sajón, y en los principales funcionarios directivos.

b) La Dirección la constituye un grupo de personas que se perpetúa con el sistema de cooptación. Se crea un profesional especial que manda en las multinacionales, pues a veces pasa de una a otra.

c) La influencia de los accionistas externos de las compañías, a veces hasta en la compañía-madre, es mínima. Aunque se pueden producir cambios de control por vía de la venta de muchos paquetes pequeños de acciones.

d) Estas sociedades se caracterizan por su independencia financiera para no depender de los bancos, aunque a veces, sobre todo en los países medianos, la presencia de un banco en posición semidominante no es extraña.

Lo cierto es que el gran capitalismo moderno se desarrolla a través de ellas, pero con un sentido en el que el poder y el mando cuentan más que el beneficio. Ya en 1955 H. Ford II afirmó: «la corporación moderna o capitalismo de riesgos colectivos, ha reemplazado el capitalismo de los marginales. El propietario ejecutivo está siendo reemplazado por una nueva clase de ejecutivos profesionales, dedicados más al progreso de la compañía que al enriquecimiento de unos cuantos propietarios».

Y la explosión o desarrollo de estas ideas ha sido espectacular en treinta años. Sólo en Europa la inversión en millones de dólares pasó de 1.700 en 1950, a 25.000 en 1970, y en 1971 se apuntaba una inversión en el extranjero de todas las multinacionales de más de 165.000 millones de dólares.

Dentro de las empresas multinacionales, caracterizadas siempre por tratarse de un conjunto de sociedades que funcionan en varios países, bajo diferentes legislaciones, pero unidas siempre por una dirección y control común y una unidad de estrategia y de resultado globales económicos, hay una gran variedad de familias, todas las cuales deben ser objeto del tratamiento legislativo especial al que nos intentamos referir.

#### *Tipos de multinacionales*

Las puras empresas de una nacionalidad, que realizan operaciones a través de otras en diversos países, pero que se rigen y asientan por las leyes del país en que radica la matriz.

Las empresas internacionales en el sentido de que el grupo se asienta sobre una o varias empresas de distinta nacionalidad, con fondos de diverso origen y en que la consolidación no se produce en un solo país, sino en un nivel supranacional.

Las empresas transnacionales, en que el equipo directivo del grupo —no la dirección de cada empresa, que eso pasa en casi todas—, está compuesto por personas y capitales de diversa nacionalidad, cuya esfera de actuación es el mundo, y que no se encuentran vinculadas a ninguna legislación ni están al servicio de ningún país.

Todavía pueden existir otras combinaciones, pero más interesante que seguir



en esa línea es, desde un punto de vista jurídico, señalar de qué maneras puede actuar la multinacional para lograr esa pluripresencia.

Las formas más frecuentes de presencia son:

— Crear nuevas empresas en los países en que se tenga interés, bien por la vía de la filial o de la sucursal. Es jurídicamente la situación más sencilla y no exige una nueva regulación, pues el derecho de sociedades tradicional ha previsto ya este tipo de situaciones.

— Adquirir una participación de una empresa nacional ya existente, que supone el control de ella mediante la transferencia de recursos propios del grupo dominante.

Esta fórmula tiene una infinidad de variantes. Se puede hacer por la sociedad matriz o por una de sus dominadas; éstas pueden ser, según convenga, de la misma nacionalidad de la matriz o de la que se quiere adquirir, dependiendo de la legislación del país; con mayoría de capital, o simplemente con un paquete de control y con presencia de funcionarios del grupo o sin ellos, y, además, puede hacerse, no sólo por vía de adquisición, sino de asociación. Y dentro de ésta, por la vía de la *joint venture* (asociación de la empresa multinacional y la empresa local, con el fin de formar una nueva filial, cuyo control pertenezca a la multinacional), con lo que la nueva sociedad goza de los beneficios del crédito local como nacional, y de las garantías internacionales por la presencia de la multinacional; o por la vía, cuando la legislación interior limita mucho la presencia de capital extranjero, de una *joint venture* limitada, en la que la sociedad extranjera tiene una posición casi exterior de asistencia técnica y participación minoritaria, pero a pesar de ello ostenta el control.

Pero la realidad es todavía más fértil, pues hay muchos casos de entrada en una empresa multinacional sin que ésta aporte capital o participe en la estructura de propiedad de la dominada, por vía de convenios de colaboración, de asociación para actuación en los mercados, de suministro de asistencia, materias primas y entrada de sus productos en los mercados que domina la empresa multinacional.

#### *Criterios jurídicos*

Aunque es imposible hacer una exposición completa de lo que representa la trama de la empresa multinacional o de las consecuencias de ella, voy a intentar, sin embargo, decir una palabra de los aspectos más trascendentales, a mi juicio, desde el enfoque de esta conferencia, de la empresa multinacional.

Voy a considerar ahora si es posible y conveniente que el Derecho o una legislación prohíba la existencia o funcionamiento de las empresas multinacionales, y en caso negativo, qué precauciones o medidas debe arbitrar el Derecho de sociedades para evitar los excesos, abusos o situaciones antijurídicas, ilícitas o ilegales que se originen por la presencia de una empresa multinacional.

El primer tema está íntimamente relacionado con la realidad e importancia del fenómeno, con la posibilidad real de un país de sustraerse a él y con las ventajas e inconvenientes que la presencia de las empresas multinacionales tiene. Sobre estos últimos existen multitud de estudios y análisis y, en buena parte, el juicio depende también de la posición política o económica del analista. Pero haciendo un esfuerzo de objetividad, vamos a poner de un lado y de otro los aspectos positivos y negativos, dejando el balance al oyente.

*Ventajas de la sociedad multinacional*

Entre los aspectos positivos que abonan el funcionamiento de la empresa multinacional están:

La aplicación de las economías de escala y de las tecnologías más modernas, a los países en los que se establezcan. El desarrollo tecnológico es tan alto y tan complicado en muchos campos de la producción actuales, que es imposible que pequeños o medianos países puedan incorporar esas mejoras técnicas a su industria o a sus servicios. Es la forma más eficaz y rápida de poner al alcance de los ciudadanos de esos países esa mejoras de calidad y ahorros, que aunque a veces afectan a las empresas competidoras, benefician en general a todos los consumidores.

Suponen un beneficio para la reestructuración de las economías de los países receptores; introducen formas y sistemas de producción más competitivos y tiran del sector en el que se mueven. Esas grandes empresas, con frecuencia llevan aparejada la aparición de una serie de empresas auxiliares y colaboradoras que ya no forman parte de la empresa multinacional y que se benefician de su técnica; y hasta las empresas nacionales que se mueven en otras áreas aprenden de la organización y métodos de la gran empresa.

Representan un medio muy eficaz de desarrollo regional. La ubicación de una de esas empresas multinacionales en las zonas más atrasadas de países desarrollados o en zonas de países en desarrollo, llevan consigo un cambio o representan un impulso para dar el salto que necesitan esas zonas. Con el capital interior puede ser muy difícil realizar esos cambios, ya que sólo una empresa de ese tamaño y recursos puede triunfar en una operación de modificación radical. En el sector agrícola y alimentario, el elemento de tirón y de comercialización de los nuevos productos, puede producir, aun con gran beneficio de la empresa multinacional, la aparición del valor añadido en una serie de productos que, de otra manera, no habría surgido y la incorporación de nuevas técnicas, sistemas y hasta semillas y producciones que hubieran necesitado lustros para incorporarse allí, o no se habrían incorporado nunca. Y de hecho, ha habido países o zonas cuya producción agraria ha cambiado hasta el punto de eliminar situaciones de hambre endémica. Se puede decir que eso lo deberían haber hecho los Estados o los Organismos internacionales, pero el dato real es que, a veces, lo han hecho empresas multinacionales.

La empresa multinacional puede introducir a la producción de un sector de un país en unos circuitos comerciales internacionales que aisladamente son muy difíciles de alcanzar. Es un axioma hoy, que es mucho más difícil vender que producir, y que dado el dominio de determinados mercados por una oferta fuerte para una demanda muy exigente, y determinada en cuanto a calidades y especificaciones, el beneficio depende básicamente de la aceptación de ese producto en esos mercados. La diferencia de valor de un producto muy semejante, según se adquiera y presente en un mercado o en otro, es radical. Pensemos, por ejemplo, en el vino; del vino con marca, introducido en el mercado americano (caso de la ofensiva del vino italiano) a la venta a granel al mercado soviético de vinos semejantes sin marca, la diferencia de valor puede ser de 1 sobre 10 o más para productos de calidad semejante.

La riqueza más grande de cualquier país, no son sus riquezas naturales, sus

dotaciones de materias primas o sus yacimientos. La mayor riqueza es siempre su población. Si ésta alcanza unos niveles de cultura, capacitación y posibilidad de crear nuevas soluciones y nuevas técnicas, eso es lo que transforma la vida de los ciudadanos de ese país. Ejemplos hay a montones: Francia se destaca en los siglos XVII y XVIII en Europa porque, aparte de otras cosas, es el país más poblado y que más se desarrolla en aquel momento; Japón es el caso que tenemos más cerca, el fruto de un trabajo intenso y de una aportación técnico-cultural transforma la economía y hasta las características físicas de la raza. Naturalmente, nadie defiende que las empresas multinacionales puedan sustituir a la labor educativa y cultural, pero en determinadas dimensiones, las empresas multinacionales contribuyen a la formación de personal de todos los niveles, desde los directivos a los manuales, de forma que repercute en el país receptor.

En un momento en que el paro es uno de los problemas más grandes a escala mundial, y el primero, por ejemplo, en muchos países europeos, la creación de puestos de trabajo, directos e inducidos, es un elemento de notable influencia en los Estados receptores a la hora de decidir sobre la presencia de determinadas empresas en su territorio. Es evidente que el carácter y sector de la empresa arroja resultados muy diversos en este aspecto, y que hay empresas multinacionales que generan muy pocos puestos de trabajo, pero es un factor más a tener en cuenta en combinación con los otros. Su presencia suele influir además en el mercado del trabajo, ya que la empresa multinacional suele estar en condiciones de pagar mejores salarios a la mano de obra local, lo que determina cambios en la oferta de trabajo, aumenta el poder adquisitivo de los asalariados y su nivel de vida y aspiraciones. No faltarán personas que crean que esto no puede presentarse como una ventaja, sino como un problema para muchas empresas interiores, pero la experiencia más extendida no es esa.

La influencia de las empresas multinacionales en el producto interior bruto y en la balanza de pagos, también puede ser positiva. Por ejemplo, el año 1983, de un aumento del PIB en España en un 2 por 100, se calcula que casi un 0,5 por 100 corresponde a la puesta en marcha de la planta de General Motors —una de las más clásicas empresas multinacionales— en Zaragoza. Y la colocación de empresas multinacionales en determinados países para cubrir con la explotación mercados más amplios, caso de Europa, de América del Sur, de Oceanía, puede representar para el país receptor un elemento en su balanza comercial que puede, a veces, ser muy significativo.

Desde el punto de vista de la tecnología y la investigación, una empresa multinacional que incorpore a la filial no sólo la recepción de productos o la producción con arreglo a unas técnicas ya conocidas, sino el desarrollo de esas técnicas y la continuación de la investigación, puede significar un elemento de progreso para el país receptor.

Otro efecto positivo es la aportación de recursos económicos extranjeros, de golpe, y en campos en los que el ahorro interno no está en condiciones de acumular las cantidades precisas o de asumir los riesgos. Esto posibilita una mayor capitalización de los países receptores, que normalmente la necesitan, y una disminución de su endeudamiento al surgir empresas en su territorio que se autofinancian, con capital extranjero que accede al ámbito nacional.

Muy relacionado con esto está la contribución al mayor ingreso que para el fisco representa el establecimiento de una gran empresa, y su participación en

los beneficios por vía de impuesto, lo cual puede contribuir a la actividad económica del sector público para la creación de servicios públicos o infraestructuras que den lugar a un mejor o mayor desarrollo económico interno. En algunos países, como Australia, se han realizado estudios que arrojan el resultado de que la mayor inversión extranjera provoca mayor inmigración (lo que allí es bueno), mayor inversión interior y mejor renta interna con los consiguientes mayores ingresos fiscales.

### *Inconvenientes de la sociedad multinacional*

Expuestas algunas de las ventajas más frecuentemente señaladas, pasemos ahora a los inconvenientes. Mientras aquéllas eran casi todas económicas, en este segundo grupo se mezclan con los políticos.

El primero que se suele apuntar, es la aparición de unos entes, no gubernamentales, con gran capacidad de actuación, que pueden competir con los Gobiernos por su poder, en el campo económico, y que, incluso, pueden influir en la política o en la política económica del país receptor.

Esto puede producirse de diversas maneras. O por la capacidad de presionar sobre las decisiones de los dirigentes económicos, o por la cercanía de los directivos de esa empresa respecto de los centros de poder político o económico, o por la repercusión de su actividad sobre el empleo, el PIB o, incluso, por su participación indirecta en la balanza política cuando se encuentran en juego diversas alternativas y la empresa multinacional considera que uno es mucho mejor que otra para el desarrollo de su actividad económica.

Hay casos muy sonados, pero en vez de hablar de ellos me voy a referir a uno mucho más pacífico, como es el del Canadá. El informe Watkins, de 1968, decía: «Para el Canadá el coste más grave de la propiedad extranjera es la intrusión del derecho y la política extranjeros, y el problema más importante no es el costo económico, sino la pérdida de control sobre un sector importante de la vida económica del país».

Dentro de este mismo campo, es especialmente grave la posibilidad de un conflicto entre el país receptor y el país de la nacionalidad de la empresa multinacional asentada. En efecto, hay precedentes de la interferencia, no de la empresa multinacional, sino del país, o de sus representantes, a los que pertenece esa empresa, o de la utilización de alguna multinacional como medio de hacer política exterior del país; problema que se da mucho más en las multinacionales de las muy grandes potencias y mucho menos en las de países de tamaño mediano aunque muy desarrollados técnicamente.

Hay otro tipo de conflicto posible también, entre el Estado y la empresa multinacional, pero de carácter menos político. Son las divergencias entre los objetivos de producción o venta propios de la empresa, que persigue fines de lucro, y los objetivos de bienestar social que debe proseguir el Gobierno. Eso, a escala nacional, se suele resolver a favor del Gobierno, con razón o sin ella, pero en el conflicto con la empresa multinacional no hay, a veces, jurisdicción nacional que pueda imponerlo, ni organismo internacional objetivo con medios para transar. Por este camino se puede llegar a pensar que el control de determinados sectores económicos importantes puede ser un atentado contra la independencia política, y también se pueden plantear graves enfrentamientos entre la planificación na-

cional y el plan de la empresa multinacional, por ejemplo, cuando ésta actúa en sectores no declarados preferentes por el plan.

Estrechamente relacionado con los aspectos públicos, está el tema fiscal. En una perspectiva, la contribución de la empresa multinacional es positiva, como vimos, pero existe una clara posibilidad de conflicto en dos aspectos, uno técnico y otro de fraude.

El primero es la posible discusión sobre la atribución de los beneficios a una empresa u otra, la contabilidad combinada que puede suponer una transferencia de ganancias, la fijación de los precios de transferencia para las transmisiones a distancia, o sobre la coordinación de los sistemas fiscales de países distintos, casos de doble tributación, etc.

El segundo y mucho más grave, es la evasión fiscal de una empresa multinacional a través de sus empresas filiales, con, incluso, complicidad en actos de fraude o de influencia. Esta es una posibilidad gravísima por sus repercusiones públicas, más grave aún, en los países en que el fraude fiscal es una constante entre las empresas nacionales.

También, en el campo puramente económico o económico-social, hay una serie de peligros e inconvenientes.

Riesgo de que se perturbe el mercado interior por la entrada de un ente más poderoso y se rompa el equilibrio de competencia interna, creándose un oligopolio o monopolio.

Riesgo de que la empresa multinacional haga un uso de los recursos naturales y de las ganancias totalmente al margen de los intereses del país. Especiales problemas se pueden presentar en este campo, en el sector extractivo, ya que la política del Estado puede determinar un ritmo en base a sus reservas que sea completamente distinto del ritmo que interese a la empresa multinacional, en base a su participación en las reservas universales, e, incluso, a las instrucciones o plan de su país de origen, que puede estar ahorrando sus reservas a base de explotar intensivamente las de terceros países.

Repercusiones negativas sobre la balanza de pagos. Puede suceder que unas primeras inversiones sean favorables, pero que después lleguen a ser inferiores a las ganancias netas remitidas al exterior. Aunque una valoración de esto es difícil, parece ser que ha habido épocas y casos en que la diferencia negativa ha sido muy apreciable, y hay datos de períodos para determinadas zonas del Globo, concretamente América del Sur, en que las salidas de beneficios han superado a las entradas de capital, concretamente en relación con un país, USA, y con las empresas multinacionales de tal origen. Probablemente no es difícil tomar datos separados que arrojen, según se quiera, balances de uno u otro signo. Sin embargo, con carácter general, parece que se puede afirmar que ese riesgo es mucho menor en los países receptores de mercado desarrollado, como los europeos, y mucho mayor en países de economía más débil.

Especialmente graves son los problemas sociales que se pueden originar por la presencia de empresas multinacionales. Pueden venir por la introducción de técnicas y maquinaria que disminuyan la mano de obra en países con alto nivel de paro, lo cual, aunque pueda ser bueno a medio plazo, plantea graves dificultades a corto, caso muy frecuente en las empresas extractivas, de automoción, y agrarias.

Por otra parte, la mejor retribución de sus empleados, puede tener el efecto

de crear grupos laborales privilegiados, con la irritación consiguiente del sector, o producir distorsiones en el caso de implantación en zonas rurales de escasa renta en sus campos tradicionales de trabajo.

Otro aspecto negativo es la inferioridad del empresario local con la consiguiente ruina de pequeñas empresas, que dejan de ser competitivas, como en el caso de la tradicional lucha de los pequeños comerciantes con las cadenas de grandes almacenes. O la discriminación entre los empleados del país receptor y los del país de la sociedad dominante que, lógicamente, van a puestos de dirección, cobran mayores sueldos y tienen mejor nivel de vida, a veces, que nacionales que ocupan mejores puestos o tienen títulos superiores.

Podríamos terminar aquí con los inconvenientes, pero no seríamos veraces si olvidáramos otros, a veces mucho más graves, aunque sean de discutible valoración con criterios puramente económicos. Nos referimos a los inconvenientes de tipo psicológico.

Existe una desconfianza respecto a las sociedades multinacionales, que se manifiesta en recelo ante la presencia de una sociedad extranjera que es fuerte, que tiene una posición dominante, y que supera a las de carácter nacional, que puede ser acusada de mantener una posición política propia y querer interferir en la vida local, y que puede alterar los patrones de consumo y los elementos conservadores de las empresas nacionales.

Estos y otros argumentos semejantes, cualquiera que sea la realidad de la conducta de la empresa multinacional, son inconvenientes reales para la presencia de ellas, que deben ser tenidos en cuenta, tanto por el legislador nacional, como por las empresas afectadas.

Ya he dicho que no iba yo a hacer el balance de estos pros y contras. Lo que sí me atrevo a decir es que, a pesar de todas estas reservas, muchas de ellas reales y de importancia, la mayoría de los posibles países receptores suelen estimular las inversiones extranjeras, hasta ofreciendo ventajas o compitiendo con otros países, porque consideran que su contribución es interesante.

#### *Papel del legislador nacional*

Creo que lo que corresponde al legislador es conseguir una adecuación que permita utilizar las ventajas que tienen las empresas multinacionales y disminuir, hasta donde sea posible, sus inconvenientes, y prever los conflictos que se puedan originar. Y creo asimismo que aunque se pueden fijar unos criterios generales, ni los problemas ni las soluciones son iguales en todos los países. No puede ser la misma la posición de países como Alemania, Italia o España que la de los países africanos recién llegados a la independencia; no puede ser la misma la posición de los países de Iberoamérica respecto a USA, por su cercanía y poder, que respecto a los países europeos medios; y no puede ser, aun dentro de una misma área geográfica, la situación de un país muy extenso y rico en recursos, que la de un país pequeño y escasamente poblado; ni puede ser igual la normativa de un país receptor que de un país sede de muchas sociedades matrices, ni la de uno que tenga los dos caracteres, como Francia o Gran Bretaña.

Así y todo, en general se puede decir que la legislación de los países receptores debe adaptarse al fenómeno en los siguientes aspectos:

Controlando el establecimiento en su país del grupo multinacional, a través de los procedimientos clásicos: autorización para la inversión de capital extran-

jero; control, inscripción y sujeción al derecho nacional de las sucursales; superior intervención del Estado en los sectores más sensibles para la economía del país, con determinación previa de cuáles son estos y fijación de la normativa especial aplicable a cada uno para lograr la seguridad jurídica deseable para no desestimar las inversiones convenientes.

Igualmente necesario es establecer una normativa interna que prevea, al menos: la publicidad de la pertenencia a un grupo de sociedades de carácter internacional; una normativa especial para la realización de balances y cuentas de sociedades filiales de un grupo multinacional; la participación de nacionales en los órganos de dirección y vigilancia de la sociedad dependiente; aplicación de las garantías establecidas para los grupos de sociedades nacionales a los internacionales, y si no existe esa regulación, incorporarla cuando se trate de un país especialmente afectado por la presencia de las multinacionales.

Mucho más difícil es crear unas normas que prevean los casos de:

— expropiación o nacionalización de empresas extranjeras o nacionales con participación de capital extranjero o con control extranjero, legalmente expresado, que reúnan las condiciones de no eliminar el lógico recelo ante ellas. Esas normas han de ser una regulación pública y previa, que, sin afectar a la seguridad jurídica y a las características de Estado de Derecho del país que las dicte, supongan un freno para las extralimitaciones de la empresa multinacional;

— situación de insolvencia de las sociedades filiales por reducción del negocio, o cierre de plantas por razones de economía de la empresa-madre, o disminución de los ritmos de producción por razones de economía internacional que no coincida con la nacional. Comprendo que muchas de estas cuestiones son de enorme dificultad, pero es evidente que los juristas y los legisladores no podemos quedarnos quietos por la dificultad del empeño. Ante unos problemas reales que se presentan todos los días y que están sin resolver, no se puede esperar a encontrar soluciones caídas del cielo y mantener las lagunas legales de que adolecen casi todos los ordenamientos. Es verdad que esos problemas, cuando llegan, exigen una negociación entre la sociedad y el Estado, y que, a veces, se resuelven por esa vía. Pero si adoptamos esa solución, entonces sí que estamos tratando a las empresas multinacionales como pares de los Estados y no como sujetos de Derecho sometidos a unos poderes, legislativo y judicial, legalmente constituidos y en funciones;

— conflictos en la dirección económica de la empresa multinacional y la política económica del país. En realidad, estos conflictos deben plantearse con mucha menor frecuencia y éstos sí que son difícilmente resolubles por las leyes mercantiles. Porque no son problemas jurídicos, sino económicos o económico-políticos. Aún así y todo, es posible pensar en normas estabilizadoras, sobre todo cuando se trate de empresas de especial trascendencia por su objeto y tamaño. Tratándose de grandes inversiones a desarrollar en plazos largos, no es imaginable pensar en la aprobación de la actividad unida a planes, aunque sean flexibles, presentados a la Administración. Ciertamente pueden variar las previsiones de la empresa multinacional o del Estado, pero eso sí que es mucho más fácil de resolver sobre la base de los planes previstos, la cláusula «rebus», y la renegociación a posteriori entre la Administración y la empresa.

Es indudable que en toda esta zona nos movemos en una gran incertidumbre. Las normas son pocas y diversas, la experiencia jurisprudencial escasa, y la capa-

cidad de los Estados para llevar a la práctica sus resoluciones y hacerlas cumplir fuera de sus fronteras, muy reducidas.

### *Regulación internacional*

Probablemente esto y otras dificultades reales es lo que ha llevado a muchos autores a decir que las medidas nacionales son insuficientes para resolver eficazmente los problemas de las empresas multinacionales, y que es preciso una organización también multinacional.

Sin embargo, los esfuerzos internacionales, aunque meritorios, son aún insuficientes. Las realidades más importantes son:

- a) Resoluciones de las Naciones Unidas.
- b) Aparte de tomas de posición de la O.I.T., de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional y de la OCDE, son especialmente interesantes dos Congresos internacionales y dos acuerdos internacionales.
- c) El Institut de Droit International, a propuesta de Goldman, hizo un resumen de los principales problemas jurídicos a resolver, enumerando: relaciones entre las empresas multinacionales y los Estados sede y huésped; la estructura y funcionamiento de esas empresas; las relaciones de la empresa multinacional con los aportantes de capital; las relaciones con los trabajadores, y la reglamentación de la concurrencia.

El X Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho internacional, de Guanajuato de 1973, dedicó su 5.<sup>a</sup> Comisión a las empresas multinacionales. Sentó unas afirmaciones entre las que las más importantes fueron:

Todo Estado tiene derecho a regular a las empresas multinacionales que operan en su territorio, y velar porque cumplan todas sus normas, se ajusten a sus políticas económicas, fiscales y sociales y no intervengan en sus asuntos internos.

Las controversias entre un Estado y una empresa multinacional que opere en su territorio, deben quedar sujetas a los Tribunales del primero.

Es deseable para el mejor control de las empresas multinacionales el establecimiento de políticas comunes entre Estados de similar grado de desarrollo o situados en la misma región.

- d) En esta línea y en la de los acuerdos internacionales lo más importante que se ha hecho son el Pacto Andino y la Comunicación de la Comisión del Consejo de las Comunidades Europeas sobre las empresas multinacionales, en el contexto de los reglamentos comunitarios.

### *Conclusiones*

Las conclusiones de este repaso de la normativa internacional, son bastante modestas. Con la excepción del Pacto Andino, lo demás está a nivel de puras recomendaciones, por lo que la necesidad de una regulación interior de los grupos y de las empresas multinacionales, o grupos de sociedades de diversa nacionalidad, es ya una necesidad evidente. Creo que es uno de los retos más claros que tiene el nuevo derecho societario y que, ya que los países no se ponen de acuerdo, debería la doctrina profundizar en este tema, a través de los trabajos aislados que fueran formando opinión, y de los encuentros colectivos de juristas y los pactos o acuerdos plurilaterales entre países que se encuentran en situación semejante, como han hecho los miembros del Pacto Andino y han intentado los de la CEE. Porque la verdad es que, hasta ahora, van mucho más deprisa las em-



presas multinacionales con su actuación y multiplicación día a día, que los Estados. Una vez más la agilidad de la iniciativa privada vence a la burocracia de los organismos públicos.

## V. LA SOCIEDAD SUPRANACIONAL

En la misma línea que acabamos de esbozar, de transformación del derecho societario por causa de la internacionalización del mercado y de la producción, y del aumento de las relaciones entre los diversos Estados, pero dando un paso más allá de las sociedades multinacionales, nos encontramos con un fenómeno aún más nuevo: el de las sociedades internacionales o supranacionales sujetas a una normativa especial creada para ellas; no por la legislación de un Estado, sino por el acuerdo expreso de una pluralidad de Estados que crean un ámbito de nacimiento y actuación de esas sociedades, que excede del clásico nacional.

Siempre han existido sociedades internacionales en el sentido de que estuvieran compuestas por personas, físicas o jurídicas, de distintas nacionalidades. Pero esas sociedades tenían la nacionalidad, y estaban sujetas al Derecho, de un Estado. Lo nuevo es que intenten crearse unas sociedades que no son de una nacionalidad, sino que son propias de un nivel superior que prácticamente no existe como forma política, pero que empieza existiendo como ámbito económico. Así podríamos hablar de sociedad europeas, centro-americanas o africanas.

Esto supone un salto o ruptura básico que representa, no tanto una diferencia de regulación sustantiva —pues la ley que las rijan puede ser similar o copiada de una legislación nacional—, sino un ámbito competencial y de actuación absolutamente distinto.

El poder legislativo que las crea, tiene que ser supranacional y por lo tanto fruto de un acuerdo multilateral o de una pluralidad de acuerdos bilaterales o de adhesiones posteriores; los Tribunales y Registros que las ordenan tienen que exceder de los internos y trasladarse a ámbitos internacionales; el control no pertenece en forma exclusiva a los órganos de los Estados en cuyo territorio actúan; el capital puede no estar en la moneda de ningún Estado nacional; se plantea el reconocimiento de estas sociedades por países que no han participado en el acuerdo internacional; la tributación fiscal no parece que pueda hacerse a un ámbito fiscal supranacional que no esté reconocido, etc., etc.

Por eso decía que aquí se produce un salto que origina una novedad radical que excede de las previsiones que contienen la mayoría de las legislaciones y que puede suponer un nuevo derecho, no de, sino para, las sociedades transnacionales.

Como he indicado, para que este fenómeno se dé, es preciso que haya una capacidad ordenadora originada por un acto político previo: la creación de una comunidad de naciones que camina hacia una realidad superior a la del Estado que nosotros conocemos. En realidad, no se da esta situación en sentido propio, en los Estados federales, por delegadas que estén las competencias en los Estados federados, porque siempre hay una soberanía única, que es lo que falta en este tipo de comunidades.

La repercusión que este fenómeno, incipiente aún, puede tener en el nuevo Derecho de sociedades, es enorme, por el valor ejemplar que la legislación comunitaria ejerce sobre las legislaciones de los países que están dentro de la Comunidad;

por la necesidad de las demás legislaciones de dar respuesta a un tipo de sociedad nueva; por el ejemplo mimético que para ámbitos aún no comunitarios tiene esta decisión, y por la aparición de órganos jurídicos mercantiles, no políticos, de ámbito supranacional y su relación con los del mismo carácter de ámbito nacional.

En una conferencia sobre el nuevo derecho de sociedades, que mira al futuro, no creo que pueda faltar una referencia y una toma de postura frente a este tema, aún a sabiendas de la insuficiencia de desarrollo de estas sociedades y del carácter rarísimamente vinculante de las normas que existen hoy.

### *Intentos legislativos*

Existen, que yo conozca, dos aproximaciones a esta figura de la sociedad supranacional en América: el proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de sociedades anónimas y el Régimen Uniforme de las empresas multinacionales del Acuerdo de Cartagena. Pero creo que ni una ni otra separan estrictamente la sociedad supranacional de otros fenómenos de sociedades internacionales. La necesidad de regular casos de multinacionales uniendo la fuerza de varios países para hacer frente a ellas, la conveniencia de facilitar la creación de sociedades con participación de capitales de los países que estén dentro de un pacto, o de facilitar el reconocimiento e igualdad de trato, con sentido de reciprocidad, de sociedades de unos países en otros, hasta la redacción de leyes uniformes o de una Ley Uniforme en una pluralidad de países, son fenómenos interesantísimos y progresos evidentes en la internacionalización del derecho societario. Favorecen la economía de todos ellos y la actividad de las empresas en un territorio más amplio que el de un Estado nacional, pero no es eso exactamente, la nueva institución que se nos viene encima. La sociedad supranacional es aún algo más que todo esto, y por ser eso más, es mucho más difícil su existencia.

### *Necesidad de una competencia supranacional*

Ese más sólo puede nacer de la aparición de una competencia supranacional que sólo llega a existir por cesión de parte de las competencias nacionales. Y a ésto, todos sabemos lo reacios que son los Gobiernos, aunque tengo la duda de si los pueblos lo son también. Quede clara, sin embargo, mi afirmación de que este camino, difícil de recorrer y en el que quizá se fracase por los egoísmos nacionalistas y la falta de capacidad de mirar a lo lejos de los Gobiernos de todo el mundo, es el más adecuado para el desarrollo no colonialista de unas economías de escala mundial que permitan el desarrollo de los ámbitos territoriales que, por razones históricas, están divididos en una pluralidad de naciones, cuyos esfuerzos aislados no podrán hacer frente, en el futuro, a las sociedades y empresas de los países que tienen un tamaño, poder y estructura única, superior, como es el caso de USA, URRSS, China y, en un futuro lejano, India.

Como la realidad suele ser muy tozuda, parece evidente que, en un análisis prospectivo, el desarrollo de las empresas de esas grandes naciones será difícilmente igualable por los pequeños países europeos, americanos o africanos. Todos sabemos que con quien tiende uno a discutir más y entenderse peor, es con el vecino; pero es también verdad que la comunidad de intereses frente a una amenaza exterior, termina uniendo a los hermanos de una familia que, mientras tanto no existe aquélla, no paran de discutir entre ellos.

*El intento europeo*

Europa es evidente que, siendo sus países los más ricos, al menos en PIB y renta per capita, es la primera que se ha dado cuenta de esta realidad o, al menos, que ha tratado de superar su debilidad. Sin conseguirlo hasta ahora, es verdad, pero poniéndose en el camino. No se le oculta a nadie de los oyentes, y menos a mí, que he sido testigo directo de las dificultades de la CEE y de su ampliación, el insuficiente trecho recorrido desde que los padres de la idea moderna en Europa (Schumann, De Gasperi, Adenauer) la echaron a andar. Ni se me ocultan los riesgos que su subsistencia sufre; ni el egoísmo que domina cada negociación de ampliación, que en este momento estamos sufriendo en España en todos los sectores, y especialmente en tres de gran trascendencia social: la agricultura, la pesca y la movilidad de la mano de obra. Pero, así y todo, es el ensayo de creación comunitaria supranacional por la vía del acuerdo, y no de la conquista ni de la fuerza, más avanzado. No es posible saber si esa CEE, ampliada y robustecida que fuera, sería capaz de originar el correcto funcionamiento de unos órganos políticos, Parlamento y Consejo de Ministros europeos; capaz de crear una conciencia de nacionalidad superior. Pero tampoco es eso el objeto de esta conferencia, y por ello, venciendo la tentación de materia tan interesante, vuelvo a nuestro mundo de las sociedades que, simultáneamente, depende de la respuesta a esa pregunta, e influye, en caso de lograr el acuerdo societario, en esa respuesta.

*Los intentos americanos*

Unas palabras sólo sobre el proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas, y sobre el Régimen Uniforme Andino.

En la primera, parece que se trata de conseguir una Ley uniforme para una pluralidad de países, pero que sería ley nacional de cada uno de los países cuando éstos la adoptaran, paso importante, pero no de supranacionalidad; y de regular, además, una sociedad centroamericana, pero que parece que no tiene una nacionalidad propia, sino que ha de ostentar la de alguno de los países (la Base 61 decía que las sociedades constituidas en cualquiera de los cinco países centroamericanos conforme a esta ley, se consideran sociedades nacionales). Es un paso hacia la supranacionalidad, pero sin poder darlo del todo por la falta de un marco político (aparte de que el origen del proyecto es técnico al surgir del Instituto Centroamericano de Derecho comparado de Tegucigalpa) que cubriera y garantizara ese carácter. Por eso, los juristas que hacen el trabajo, tratan de obtener el máximo y mejor resultado posible, por la vía de los acuerdos de cada país y del reconocimiento de la sociedad centroamericana como propia de cada uno.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, las características del proyecto son: la preferencia por el tipo de sociedad anónima, la exigencia de un capital mínimo y una presencia mayoritaria de capital centroamericano; control exterior para asegurar la seriedad de aportaciones y constitución; posibilidad de acciones con voto limitado y dividendo preferente; sistema de órganos a base de Junta General como órgano supremo y protección de minorías, Consejo de Administración plural y órganos de vigilancia nacional (comisarios) y supranacional. Como se ve, está en la línea del nuevo Derecho de sociedades.

Desde un punto de vista económico, sus ventajas son: mejor recibo a una so-

ciudad centroamericana que a una sociedad extranjera; impulso a la creación de sociedades de los diversos países y fortalecimiento de ellas; facilitar la fusión de sociedades nacionales e incremento en la concentración de grupos de sociedades de esos países; mayor circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

El Régimen Uniforme establecido por el Acuerdo de Cartagena me parece que da un paso más, tanto por su carácter de texto aprobado por una Decisión tomada por todos los países del Pacto Andino, como por contener una regulación de las empresas que llama multinacionales que, sin ser como las comunitarias europeas, tampoco son estrictamente como las clásicas multinacionales, ya que hay una presencia subregional necesariamente mayoritaria, puesto que los inversionistas extranjeros no pueden pasar del 40 por 100 del capital, y esto se ha de reflejar en la dirección de la empresa.

Por otra parte, al exigir que el domicilio principal esté en uno de los países miembros, actúa más como comunitaria que como multinacional, y esto se refleja también en que se le aplica el Régimen Uniforme y, en su defecto, la ley del país del domicilio principal. Su carácter supranacional vuelve a manifestarse en la necesidad de conformidad de los países miembros cuyos nacionales participan en el capital de la empresa, aunque la aprobación definitiva depende del país del domicilio principal; y tras esto se ha de inscribir en los Registros de los diversos países, desde cuyo momento recibe un trato de sociedad de derecho nacional en todos ellos.

La regulación parece conducir a una sociedad de presencia subregional, con relación más estrecha con el país de su sede, que se rige por normas internacionales y nacionales, que excede de las normas nacionales, pero que, aún llamándose multinacional, tiene más de subregional —o comunitaria— que de extranjera. Quizá sea un buen camino para promover sociedades subregionales y para controlar la presencia de las multinacionales, aunque nos da la impresión de que parece más útil para lo primero.

### *Proyecto de sociedad europea*

Un paso más allá aún ha intentado dar la CEE, que ha llegado a elaborar un proyecto, pues de ahí aún no ha pasado, de alcance internacional casi sin precedentes que, si no constituye la mejor ley posible, da, al menos, la versión ideal de un Código de Sociedades Anónimas tal como lo conciben los autores y legisladores de esos países. Refleja además la evolución legislativa de ellos sobre la base de la publicidad y de la protección de los intereses en juego alrededor de las sociedades anónimas: los de los accionistas, terceros, trabajadores y colectividad.

Los pasos que hubo que dar hasta llegar al proyecto que la Comisión presentó al Consejo en 1970 fueron lentos y numerosos.

En los textos del Tratado de Roma de 1957, se encuentran ya los principios de libertad de establecimiento, eliminación de la doble imposición, y el reconocimiento recíproco de las sociedades, el mantenimiento de su personalidad en caso de traslado de la sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades de distinta nacionalidad.

En 1959 Thibierge presenta su ponencia al XVII Congreso francés del Notariado, afirmando que la creación de una sociedad europea es una necesidad para la integración de las economías de Mercado Común, y por primera vez se habla

de una nueva figura: la Sociedad Europea. El mismo año, el profesor Sanders pronuncia un discurso en Rotterdam que se titula: «Hacia una sociedad económica europea». En 1960, es en París, en un Congreso Internacional de la Abogacía, donde se vuelve a pedir una sociedad comercial de tipo europeo. El Congreso de 1961 de la Sociedad Alemana de Derecho Comparado, dice que hay dos medios de resolver los problemas del Mercado Común en materia de sociedades: la uniformación de las leyes nacionales y la suscripción de un Tratado que estableciese el Estatuto de una sociedad internacional superpuesta a las sociedades de tipo nacional coexistentes con ella.

En 1965, el Gobierno francés dirige una nota al Consejo de Ministros de la CEE, en la que propone: «la creación de una sociedad comercial de tipo europeo, cuyo instrumento será un proyecto de Ley Uniforme que cada uno de los Estados miembros introduciría en su derecho interno, y que coexistiría con las leyes nacionales y las sociedades por ellas regidas». En junio de 1967, la Comisión de la CEE publica el proyecto de un Estatuto de Sociedades Europeas, que es el llamado «proyecto Sanders», antecedente del actual Proyecto.

En el proyecto Sanders están ya: la exigencia de capital mínimo, publicidad y jurisdicción única como medio de protección de accionistas y acreedores; la creación de un nuevo derecho para los grupos de sociedades; la introducción del sistema de órganos propio del Derecho alemán: Directorio, Consejo de Vigilancia y Asamblea General; el reconocimiento de la cogestión de los trabajadores; las acciones sin derecho de voto; y la posibilidad de participación de capitales extranjeros en las sociedades europeas.

Al fin, en junio de 1970, la Comisión de la Comunidad presenta al Consejo un proyecto de sociedad anónima europea de 284 artículos, dividido en 14 Títulos.

En su preámbulo afirma que:

— «es indispensable que las empresas cuya actividad no está limitada a satisfacer necesidades locales, puedan organizar sus actividades a nivel comunitario, y que su capacidad competitiva se haga a ese nivel.»

— «que la única solución lógica para realizar la unión económica y jurídica de las empresas europeas es, al lado de sociedades de derecho nacional, la constitución de sociedades enteramente regidas por un derecho único, directamente aplicable en todos los Estados miembros para permitir la creación y gestión sin trabas de empresas de dimensión europea.»

— «que las reglas que la regulen se tomen de la práctica ya comprobada de la aplicación de los derechos nacionales.»

Ideas que son válidas para cualquier nuevo derecho societario de ámbito supranacional.

La situación actual de este proyecto, que ha merecido una atención extraordinaria de la doctrina europea, sobre el que se han publicado multitud de libros y estudios y que ha influido, sin ser ley y por su valor intrínseco, sobre bastantes legislaciones, es, sin embargo, la que diremos después de hacer un rápido análisis de su contenido.

### *Análisis de ese proyecto*

Un análisis completo del proyecto, no tiene sentido hacerlo aquí. Hay multitud de obras que contienen resúmenes y comentarios al alcance de todos. Por

ello, dentro del contenido natural de esta conferencia, yo creo que lo más interesante puede ser señalar las líneas renovadoras más significativas que nos indiquen hacia dónde apunta el nuevo derecho societario europeo, y en la medida que esto sirviera, el nuevo Derecho de sociedades a escala universal. Vuelvo a insistir que la máxima novedad no son estas tendencias, sino la aparición del fenómeno mismo de la sociedad supranacional europea, y lo que eso puede significar; por su presencia en el mundo y porque otros conjuntos de países pudieran llegar a intentar figuras semejantes. Dicho esto, paso a referirme a esas líneas renovadoras.

a) Lo que he dicho tantas veces constituye el punto de partida del Estatuto de Sociedad Anónima: la sociedad anónima constituye la forma básica de actuación, la «máquina» jurídica que sustituye a todos los demás instrumentos. La ley se elabora sobre la base de que todas las empresas afectadas son y quieren ser sociedades anónimas, hasta el punto de que no se admite para la sociedad europea otra forma distinta de la anónima. Por eso podemos decir que cuando hablamos de nuevo Derecho de sociedades, estamos hablando de nuevo Derecho de sociedades anónimas.

b) Se parte de la idea de un capital mínimo por las razones que he dicho varias veces: norma que aunque lógica para la sociedad europea nos parece poco importante para una sociedad nacional.

El capital puede fijarse en moneda nacional o en la moneda comunitaria (ECUS), lo que introduce otra novedad coherente con su carácter supranacional.

En la ampliación de capital, lo más novedoso es la posibilidad de que la Junta acuerde suprimir el derecho de suscripción preferente, en todo o en parte.

c) Quizá por su importancia, o por empezar el régimen para darle mayor seguridad y garantía, se escoge el control del juez además de la inscripción en el Registro, y se da gran importancia a todas las normas que afectan a la publicidad de la sociedad; y en la misma línea el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, órgano supranacional, procede al control judicial pudiendo pedir todas las informaciones que considere necesarias. Se puede afirmar que la publicidad de la inscripción en el Registro, es constitutiva.

d) Las operaciones de agrupación de esfuerzos de varias sociedades, puede lograrse por diversos caminos: por fusión, en forma clásica de asunción de activo y pasivo; por creación de un holding sin desaparición de las sociedades fundadoras en su ámbito nacional, o por creación de filiales comunes a varias sociedades.

e) En materia de acciones, las novedades más interesantes son la posibilidad de una amplia autonomía. Con excepción de las acciones de voto plural y de la adquisición por la sociedad europea de sus propias acciones, que está prohibida, se pueden emitir acciones de distinto valor nominal diferentes; con derechos patrimoniales diferentes, sin derecho a voto, al portador o nominativas; y admite los pactos a la libre transferencia de acciones que la práctica y jurisprudencia europea habían admitido ampliamente.

f) El sistema de órganos está influido por el sistema alemán.

Existe Directorio, que desempeña la gerencia bajo el control del Consejo de Vigilancia, pero que tiene los más amplios poderes para todos los actos sociales no atribuidos expresamente a otros órganos por la ley. Existe, pues, un poder de dirección y gestión muy fuerte, pero que se limita a nacionales de los Estados miembros. Son nombrados por el Consejo de Vigilancia.

Prevalece la representación absoluta del órgano frente a terceros, de manera que cualquier miembro del Directorio representa a la sociedad frente a terceros, y si los Estatutos disponen lo contrario, esto sólo surte efectos internos, no externos. Es una solución de gran garantía para terceros y en la línea de la Prokura germánica.

El Consejo de Vigilancia es un órgano permanente y de consejo, con un número pequeño de miembros —entre tres y doce—, que tienen un derecho ilimitado de inspección y control sobre todas las operaciones de la sociedad.

La Junta General tiene unas facultades limitadas a los actos más importantes de la estructura de la sociedad, y no todas, como en el sistema latino. La convoca el Directorio, o una parte de los accionistas, y pueden asistir a ella, no sólo los accionistas, sino los miembros del Directorio o del Consejo de Vigilancia. Para evitar la cesión del voto, el mandato que se dé para votar tiene un tiempo limitado y no puede sustituirse.

Para garantía de todos, se exige la intervención notarial en el acta inicial de presencias y en la redacción del acta, y se concede un amplio derecho de información al accionista.

En casos excepcionales, el control de garantía puede llegar al nombramiento de comisarios especiales y de medidas de administración especiales.

Como se ve, en este sector se multiplican los controles, se tiende a robustecer el órgano ejecutivo, y la Junta General deja de ser omnipotente. O, lo que es lo mismo, pasamos a una sociedad anónima menos democrática en la que preocupa, sobre todo, el buen funcionamiento y la garantía. Eso lleva a poderes concentrados, compensados por mayor control y responsabilidad.

Finalmente, hay tres temas que se regulan, que son otras tantas novedades respecto al Derecho clásico de sociedades anónimas.

g) La representación de los trabajadores en la sociedad europea. La sociedad europea parte de la idea de que se debe dar a los trabajadores de una empresa la posibilidad de defender en común sus intereses en el seno de la empresa y se hace a través de: el Comité Europeo de Empresa, la presencia en el Consejo de Vigilancia y la posibilidad de convenios colectivos de trabajo entre la sociedad europea y los sindicatos representados en la empresa.

El Comité Europeo de Empresa está formado por trabajadores de los distintos establecimientos de la sociedad europea y se ocupa de defender los intereses de los trabajadores de la sociedad europea. El Directorio tiene obligación de informarle por escrito trimestralmente, y el Comité recibe, además, la misma información que los accionistas, y el Directorio tiene que consultar con él en determinadas cuestiones y, si no hay acuerdo, se procede a un arbitraje.

En el caso de que se trate de un grupo de sociedades, el Comité es de empresa de grupo, y los trabajadores de todas las empresas del grupo deben estar representados en él.

Los trabajadores tienen, además, representantes en el Consejo de Vigilancia, a razón de un miembro por cada dos designados por la Junta General.

Este sistema tan complicado es, según parece, una de las mayores dificultades para el progreso del Estatuto de la Sociedad Europea, ya que para la inmensa mayoría de los países comunitarios, supone una diferencia enorme con su legislación interna, y de difícil convivencia con aquélla.

h) Las cuentas anuales son objeto de una especial atención, con unos requi-

sitos de publicidad altos. El Directorio establece las cuentas anuales y la memoria de gestión. Se someten, como proyecto, al Consejo de Vigilancia y, sólo si no se ponen de acuerdo Directorio y Consejo, se someten a la decisión de la Junta.

La regulación es muy minuciosa en cuanto a la estructura del balance, sus partidas, la cuenta de pérdidas y ganancias y la evaluación de los valores, con atención especial a las cuentas de los grupos de sociedades.

i) Finalmente, se regulan los grupos de sociedades, lo cual es otra novedad, pues sólo Alemania entre los países comunitarios tiene una regulación detallada de este tema.

El proyecto parte de la idea de que el grupo representa a una unidad de empresa, y que los intereses de las diversas empresas están subordinados a los del grupo.

Como consecuencia, la empresa dominante es responsable de las obligaciones de la dominada (ruptura del principio de responsabilidad limitada); es preciso saber si una empresa pertenece a un grupo, y para ello se da la competencia al Tribunal de Justicia de las CEE y no a los Tribunales nacionales, y se obliga a la inscripción en el Registro Europeo de Comercio (ruptura de las competencias nacionales).

Se protege a los accionistas libres, concediéndoles derechos de canje de sus acciones o indemnización en metálico (ruptura de la imposición de los acuerdos de las mayorías a las minorías).

Como se ve, quizá aquí es donde se producen, como es lógico, las mayores novedades, porque prevalece la organización económica sobre la estructura jurídica.

Es curioso que las cuentas de los grupos es de las Directrices (es la Séptima) que han sido aprobadas ya por el Consejo de Ministros de la Comunidad en 1983.

A la responsabilidad de la sociedad europea se le da tal competencia, que el tema de la quiebra es objeto de un acuerdo comunitario especial, que está en este momento negociándose en el Consejo de Ministros comunitarios.

La situación actual del Proyecto de Estatuto es la de haber sido presentado al Consejo de Ministros. Un grupo de trabajo *«ad hoc»*, ha realizado una primera lectura de los artículos menos complicados. Los temas tratados en Directrices pendientes han sido apartados hasta que se aprueben éstas y, por ejemplo, el tema de la cogestión ha sido dejado para un último momento.

Las expectativas de aprobación se consideran hoy lejanas, lo que da idea de la dificultad que representa obtener el objetivo de la empresa supranacional y lo atrasados que vamos todos los conjuntos de pequeñas naciones en relación con las grandes potencias. Por ello, el valor de estas normas es hoy mucho más doctrinal y ejemplar, en lo bueno y en lo malo, que normativo.

Sin embargo, el interés del Estatuto es grande y cualquiera que sea su destino, caminamos hacia sociedades de tipo comunitario. Quizá el proyecto europeo ha sido muy ambicioso, olvidando las características de las políticas nacionales. Quizá hubiera sido mejor la publicación de una Ley Uniforme, o la unificación del Derecho de sociedades de todos los países comunitarios, por la vía de leyes muy parecidas, surgidas de los órganos legislativos nacionales, que funcionan más fácilmente, y limitadas a los aspectos técnicos dejando las cuestiones más conflictivas para Anexos que se fueran incorporando.

Como jurista, creo que el objetivo propuesto vale la pena. Políticamente desconfío del buen fin en la situación actual de ese proyecto, y desde un punto de



vista práctico, sin abandonar el intento inicial, tendería a ir a lograr la unificación, por la vía de las reformas simultáneas, de las legislaciones nacionales. Esta es mi opinión también para actuaciones semejantes, o de unión más débil, en otras áreas geográficas.

## VI. LAS EMPRESAS PUBLICAS BAJO LA FORMA DE SOCIEDAD ANONIMA

Hemos visto la influencia que sobre el régimen de la sociedad anónima produce la relación poder-capital o dirección-accionariado; lo que las facultades de los órganos repercuten en la necesidad de que la ley proteja a los accionistas externos, y lo que significa el poder de un grupo organizado de accionistas frente a los accionistas dispersos.

Hemos visto la influencia que la fuerza económica y organizativa que es el objeto de la sociedad, la empresa, tiene sobre su titular, y cómo la empresa, como entidad productiva, llega a imponer sus necesidades a la sociedad anónima.

Hemos visto lo que representa, para un régimen societario, la nacionalidad de las sociedades dominantes, no ya sólo sobre las sociedades dependientes de otra nacionalidad, sino sobre la economía y la política de ese mismo país.

Si todo eso es así, ¿cuál no será la influencia sobre el Derecho de sociedades cuando la empresa que constituye el objeto de la sociedad anónima es una empresa pública; cuando el titular de las acciones, en todo o en parte, es el Estado; y cuando el fin de esa empresa es, al menos en la intención, el prestar un servicio público o el mayor bienestar de la colectividad?

Es ese otro factor real, el último, que vamos a examinar, de alteración del Derecho clásico de sociedades y de necesidad de arbitrar soluciones jurídicas a esa realidad social, para evitar la ruptura del equilibrio dentro de la sociedad anónima y en sus relaciones con terceros; y para lograr que la justicia prevalezca sobre el poder, que invade un campo tradicionalmente privado.

Hay dos hechos indiscutibles: la multiplicación de las empresas públicas en todos los países del mundo de economía libre (no digamos en los países totalitarios o que rechazan la iniciativa privada), y la utilización por esas empresas públicas, con frecuencia, de formas jurídicas privadas. Fundamentalmente, una vez más, de esa máquina jurídica que es la sociedad anónima.

### *La utilización de la forma de sociedad anónima*

Pero el problema que a nosotros nos interesa, por su repercusión sobre el Derecho de sociedades, es el que se produce cuando una empresa pública adopta la forma privada de sociedad anónima para el desarrollo de su actividad.

Este fenómeno es ya indiscutible. En España, Alemania, Italia, Francia, son abundantísimas, y no es un fenómeno europeo, México, Marruecos o el Japón, y otros muchos países en todos los continentes, tienen sociedades anónimas de capital total o parcialmente público.

Existe hoy una opinión común en el sentido de que una actividad económica pública puede desarrollarse con una forma jurídica privada, sin que haya incompatibilidad entre ellas, y que esa forma jurídica es especialmente apta para las actividades públicas que toman carácter empresarial.

*El conflicto jurídico*

Pues bien, en cualquier caso, el hecho de que la empresa sea pública determina situaciones especiales o produce el riesgo constante de que se creen; porque, por encima de que digamos que esa sociedad está sometida al derecho privado, ciertas normas de éste son de difícil aplicación, y ciertas normas administrativas se mezclan en la vida de esa sociedad.

No puede pensarse que se resuelve el problema, como han hecho muchos autores, diciendo que no hay diferencia por el hecho de que el socio sea público. Esa empresa, y lo digo por experiencia, atiende a criterios económicos, pero son «orientadas» por objetivos socio-políticos transmitidos a través del ente o departamento del que, de hecho, dependen; y ante un interés público, cede siempre la consideración económica.

Además, la situación podría explicarse hasta en clave de puro derecho privado. Si en los casos de los grupos de empresas, el interés económico de una sociedad dependiente cede, hasta la destrucción, ante el interés del grupo o de la dominante ¿cómo va a ser distinto en el grupo que representa la Administración del Estado?

Y esta situación no ha sido resuelta por las legislaciones. Buonocore nos dice que en Italia el último proyecto de sociedad por acciones, no contenía la más mínima referencia a las sociedades mixtas, a pesar de ser una de las materias más discutidas y haberse pedido desde los años cincuenta una disciplina «ad hoc». Y en Alemania, su organización y formas jurídicas no están reguladas de forma específica, habiendo quedado la construcción de las soluciones en manos de la ciencia jurídica, discutiéndose, incluso, si las empresas públicas pertenecen al Derecho privado o al público.

En España han de constituirse precisamente como sociedades anónimas y se rigen por las normas del Derecho mercantil, civil y laboral. Pero no sólo la aplicación de éstos sufre presiones y adaptaciones de hecho (que estamos viendo con motivo de la reconversión industrial en Altos Hornos del Mediterráneo y en muchas otras empresas), sino que legalmente han de someter su balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio económico, a la fiscalización del Tribunal de Cuentas.

Por lo tanto, el problema del régimen jurídico aplicable y de los efectos sobre la normativa de sociedades, sigue siendo un problema abierto sobre el que se vierten toda suerte de opiniones.

*Repercusiones sobre el Derecho societario*

Examinar todas las repercusiones que sobre el régimen de la sociedad anónima supone que ésta arroje a una empresa pública, es tarea difícil de hacer exhaustivamente, pero bastará con unas cuantas muestras para que nos demos cuenta de la necesidad de una respuesta legal, de unas peculiaridades normativas que se apliquen a este tipo de figura híbrida.

a) *La situación de los accionistas privados en las sociedades mixtas*

Su posición recuerda mucho a los llamados accionistas externos de una compañía dependiente dentro de un grupo de empresas, agravada aquí por la posible falta de ánimo de lucro de la sociedad. El carácter público de la empresa y el

ánimo de obtener un fin, no estrictamente económico, sino social o de servicio o impulso, puede producir un evidente perjuicio a los accionistas, que algunos autores, en Italia, han intentado justificar con la figura del negocio indirecto, bajo el aspecto de la persecución de un fin público a través de una organización de Derecho privado. Pero el negocio indirecto se justifica, para no convertirse en fraudulento o ilícito, en la subordinación a la licitud del fin ulterior que se pretende a través de la forma empleada. Y si es lícito utilizar la forma de sociedad anónima, no lo parece tanto el prescindir de los derechos del accionariado privado en una sociedad mixta.

La ley ecuatoriana, que es una de las pocas que dedica una sección al tema, me parece que no se refiere exactamente a este problema, porque no parece bastante el artículo 369 cuando habla de la necesidad de expresar, claramente, al formarse la compañía, la forma de distribuir las utilidades entre capital público y privado. Quizá por la vía de la remisión de las normas generales de la sociedad anónima, se haya encontrado la solución justa.

En mi opinión, la solución debería ser, o el reconocimiento de un derecho de garantía para esos accionistas, como unas acciones con dividendo fijo o preferente, o por la vía del derecho de separación con garantía de valoración actualizada de esas acciones. La libertad plena de la dirección pública, encierra unos riesgos que perturban la vida normal de la sociedad anónima.

Especial dificultad tiene un problema que se acaba de plantear en España, en el caso RUMASA. La nacionalización de sociedades privadas dependientes de un grupo, en el que se expropia el grupo o la sociedad-madre, y por derivación, las dependientes, en algunas de las cuales, RUMASA era socio minoritario. La situación de los accionistas externos que se ven expropiados, sin indemnización hasta que se cuál es la situación económica de la sociedad, lo que puede llevar años, no puede ser de mayor indefensión. Y la situación en que se encuentran si sus acciones no son expropiadas, es también realmente lamentable.

#### b) *La ausencia de ánimo de lucro de la sociedad anónima y la subordinación a otros fines*

En principio, parece que es esencial a la sociedad mercantil el espíritu de lucro, y es evidente que la empresa en la que participa el Estado u otro ente público, se justifica no por el beneficio, sino por la obtención de objetivos de interés general.

La empresa pública puede justificarse por restablecer situaciones de concurrencia donde hay un monopolio, tomar iniciativas en sectores en los que no se esperan beneficios de momento, crear industrias en zonas subdesarrolladas o en períodos de depresión, etc. Y es indudable que muchas de esas empresas adoptan la forma de sociedad anónima; el que en este caso no se acuda a la sociedad mixta, sino que todo el capital sea público no elimina el problema aunque lo reduzca.

Porque la pregunta, en este caso, es si no hay una incompatibilidad absoluta entre la forma elegida y el fin pretendido.

Para resolver este dilema, se han utilizado dos sistemas: el de los privatistas que piensan que la presencia de un ente público no cambia nada en la sociedad anónima y que lo salvan diciendo que el objetivo de la actividad económica es

la producción de riqueza, con lo que se excluyen las actividades sin resultados económicos, como la cultural, recreativa, etc., pero que la actividad económica o patrimonial no es sinónimo de actividad dirigida inmediatamente al lucro, y que hay sociedades privadas desprovistas de finalidad lucrativa.

Y la de los publicistas, que entienden que puede haber una sociedad anónima que esté dirigida a obtener un beneficio no valorable en dinero y que eso sucede en las sociedades-dependientes de un grupo. Y que lo mismo pasa con el interés público. Es un interés global al que se puede servir desde una empresa pública que no pretenda obtener un resultado económico valorado como beneficio de lucro, sino como beneficio general.

El problema es aún mayor, cuando la participación pública no estatalitaria; entonces surge la necesidad de un compromiso entre grupos heterogéneos de intereses que es lo que trata de salvar el art. 369 de la ley ecuatoriana, para lo cual habría que ver cuál es la conciliación posible de los fines públicos y de los intereses patrimoniales particulares, o qué procedimiento hay, o para salirse de la sociedad los particulares, o para adquirir los particulares la parte del Estado (situación que se contempla en el artículo 371 de su ley).

### c) *La organización y la designación de los órganos*

En principio, el sistema organizativo de una sociedad anónima con participación del Estado, es la normal de ese tipo de sociedad, ya que se aplican las normas del Derecho mercantil.

Prácticamente, toda empresa pública tiene un órgano deliberante en forma de Consejo de Administración, y unos administradores o directores como órgano ejecutivo. De éstos se discute si actúan por mandato imperativo o representativo, cuestión que creo que hay que resolver en forma distinta en las relaciones internas y exteriores de la empresa. En las primeras, puede haber casos de mandato imperativo, pero en sus relaciones con terceros, el mandato tiene que ser representativo, de acuerdo con los Estatutos y la legislación de cada Estado, de forma que los terceros que contratan queden protegidos plenamente por el carácter de sociedad anónima de la empresa. Otra solución acabaría con la seguridad del tráfico y el valor de la figura jurídica.

El problema no es, por tanto, qué órganos existen, sino cómo se reparten los poderes entre ellos, cómo se nombran sus componentes, y cuál es su campo de libertad de actuación.

Cuando se trata de una sociedad mixta, es evidente que los accionistas privados tendrán los derechos que les reconozca su legislación, o en forma expresa, como lo hace la legislación ecuatoriana, previendo la proporcionalidad y las funciones como en las sociedades anónimas normales, o en forma tácita, por aplicación de los derechos que correspondan a su participación.

Pero en cuanto a los representantes del sector público en una sociedad mixta, o a todos los órganos en una sociedad de participación total, no cabe duda que hay diferencias notables.

En la Junta General de una sociedad mixta, el accionariado público estará representado por una o varias personas, lo mismo que si el titular fuera otra sociedad o una persona jurídica. Pero en el caso de que todo el capital pertenezca a un Ente Público, lo que es muy frecuente, la Junta General deja de tener

sentido y se identifica Junta con propietario de la empresa, o lo que es lo mismo, la Junta se convierte en una ficción.

Los miembros del Consejo de Administración y los Directores, son nombrados por el poder ejecutivo, Ministro, Consejo de Ministros o Ente Público local o de otro tipo, y su dependencia de las órdenes recibidas es completa. Puede ser que la profesionalidad de esas personas logre una cierta independencia en su gestión, y para ello, en algunas legislaciones se establece un plazo fijo de ejercicio de la función, sin posibilidad de remoción por quien lo nombró, salvo por causas tasadas y graves. Pero lo cierto es que haría falta una regulación especial para el nombramiento de los órganos o representantes de la Administración, porque las normas de las sociedades anónimas no les son aplicables.

Es cierto que esas sociedades anónimas que amparan empresas públicas, han ido acentuando el carácter privado en una serie de aspectos: el personal se rige por las normas de derecho privado; los directores son profesionales privados; los contratos de la empresa con terceros, se alejan de la contratación administrativa. Pero no es menos cierto, que los puestos directivos cambian con el cambio político, como acabamos de ver en enorme proporción en España; se utilizan esos puestos para pagar servicios políticos; y se cambian las orientaciones a las sociedades y se renuevan totalmente los Consejo y órganos de la sociedad. No deja de existir una orientación política a través del Estado o del Ente Público del que depende.

Otra variante es la alteración real de la relación entre los órganos, en cuanto al reparto de poderes. Si en las grandes sociedades ya domina la Dirección sobre la Junta, en las que ahora tratamos esto se produce por identificación de los Directores que han recibido la orientación con el representante —político o administrativo— del Ente Público, titular de las acciones.

Por otra parte, es frecuente que el Presidente o el Gerente o Director, tenga unos poderes que se superpongan a los de los órganos colectivos —Junta o Consejo— en cuanto que su poder, de hecho, le viene de la confianza del órgano político decisorio, y no son raros los casos de Consejos de Administración casi ornamentales, o consultivos al lado del Ejecutivo y subordinados a éste (caso de la Regie Renault o de Iberia). De hecho, en general, en estas sociedades se ha alterado la jerarquía clásica en el sentido de que la preeminencia corresponde a los ejecutivos sobre los órganos colegiados de control, dirección o vigilancia, incluso en sociedades mixtas con minoría política, pero con un enorme accionariado privado disperso (como el de la Compañía Telefónica Nacional de España).

#### d) *Régimen fiscal especial*

La norma general aplicable es la de igual trato fiscal que a las sociedades privadas, ya que, si no, se produce un elemento de competencia ilícita que difícilmente podría ser soportado por aquéllas. Pero las excepciones son tan frecuentes que, a veces, se convierten en regla general. Unas veces, por vía de exención o bonificación expresa (lo cual sólo es justificable cuando la actividad se preste en régimen de monopolio); y otras veces, por devolución, por vía de subvenciones o por aumento de la dotación presupuestaria para inversiones o para cubrir déficit de explotación (caso de la Trasmediterránea española).

e) *Otras peculiaridades de estas sociedades*

Sin ánimo exhaustivo, es frecuente que se produzcan situaciones que cuadran mal con la estructura de la sociedad anónima y que se explican mejor por la preponderancia del poder público. Citemos como ejemplos:

- Aprobación de los Estatutos de constitución o de las modificaciones de ellos por un órgano público.

- Limitaciones especiales a la transferencia de acciones o al derecho de suscripción preferente de los accionistas privados en los aumentos de capital.

- Competencia de los órganos del Estado para designar a los administradores; imposibilidad de ser removidos por la Junta o por el Consejo; derecho de veto de esos administradores respecto de determinados acuerdos; asunción de operaciones a pérdidas por razones públicas coyunturales; régimen de remuneración o prestación de trabajo de los operarios de distintas características de las otras sociedades, etc.

No discutimos la legitimidad y la existencia de la empresa pública; lo que pensamos, es que cuando adoptan la forma de sociedad anónima habría que tomar unas precauciones especiales para asegurar el equilibrio económico y el respeto a los derechos de socios y acreedores de la sociedad, y las consecuencias sobre otras actividades que no gozan de la protección pública y actúan en sus mismas áreas, garantizando el legislador los mínimos de igualdad necesarios para que no sufra la justicia.

Todo ello exige una previsión de esta situación y la adaptación del Derecho de sociedades a este supuesto, cada día más frecuente en todos los países del mundo. Si no es así, en vez de mejorar la gestión de las empresas públicas por la utilización de la forma de sociedad anónima, lo que vamos a conseguir es empeorar la situación de las sociedades anónimas privadas o expulsarlas de alguno de los campos en los que se va haciendo presente el Estado, con lo que conseguiríamos, exactamente, el objetivo distinto al perseguido al entrar el Estado: no mejorar la gestión de la empresa pública por la competencia con la privada, sino sustituir ésta por aquélla, sin competencia, y, además, sin el control de las empresas públicas, sometidas al Derecho administrativo.

Es cierto que la riqueza y utilidad de la sociedad anónima es tan grande que no se puede prohibir su utilización, pero no lo es menos que para que se mantenga es preciso que el Derecho tenga la suficiente flexibilidad como para dar respuesta y mantener la robustez y el equilibrio de la fórmula ante los múltiples usos de que es objeto.

Si no reaccionan los estudiosos y los legisladores y no se mantiene el Derecho de sociedades al día, corremos el riesgo que prevalezca la duda de si realmente estamos ante verdaderas sociedades anónimas o más bien ante una vestidura formal de sociedad anónima que encubre la insuficiencia de una creación efectiva de formas jurídicas adecuadas que subsuman las empresas públicas, los grupos de sociedades, o las actividades económicas de ámbito internacional.

No sé si la sociedad anónima es necesariamente una sociedad mercantil, pero hasta ahora ha sido eso por excelencia. Cabría preguntarse si conviene que lo siga siendo, o si es sólo eso. Alguien ya se ha preguntado si no estamos convirtiendo la anónima en una forma neutra, susceptible de ser usada para cualquier finalidad, si no estamos yendo hacia una institucionalización progresiva de la

sociedad anónima sencillamente como una forma de organización susceptible de servir a fines o empresas de distinto signo, si es un puro instrumento económico al servicio de una pluralidad de fines.

La idea no es destructiva, como puede parecer a simple vista, porque de hecho la organización de la sociedad anónima ha penetrado la economía privada, la gran y pequeña empresa, la empresa pública, las asociaciones sin ánimo de lucro, culturales o benéficas, y hasta las Fundaciones. Pero puede poner en riesgo el papel de la sociedad anónima en el Derecho mercantil.

## VII.—CONCLUSION

Creo que a lo largo de esta conferencia se ha visto la necesidad de actualizar el Derecho de sociedades y he querido señalar no todas las situaciones sino las más graves, de las que provocan esa necesidad. Si ha quedado algo claro es que todos esos problemas se plantean casi siempre en la sociedad anónima y en el ámbito de las grandes empresas y que eso debe hacer que las modificaciones no se olviden del tamaño de las sociedades; que la legislación sirva para todas.

Sigo creyendo en la virtualidad del derecho societario, y de la estructura técnica de la sociedad anónima, y de su utilización en el mundo económico y mercantil. Pero para ello es preciso que se vaya haciendo día a día una regulación plural de las sociedades, especialmente de la anónima, acorde con la utilización que se haga de ella, de manera que su normativa básica, actualizada con criterios técnico-jurídicos y prácticos, se complete con una serie de normas que prevean los los distintos fenómenos que se producen por su relación con la empresa como institución, con el mercado mundial, con la relación y con los poderes públicos, o con las nuevas formas de acumulación de capitales o de esfuerzos.

Y creo finalmente que en un momento en el que la economía influye tanto en el bienestar y en la calidad de vida de los ciudadanos, los juristas y los legisladores tenemos la grave responsabilidad de hacer que el derecho societario, sirviendo a la Justicia, se ponga a la altura de los tiempos para permitir, con sus fórmulas, el mejor desarrollo de las iniciativas y empresas capaces de crear riqueza y trabajo. Después de éstas habrá que distribuirlas bien, pero hay que confiar en el espíritu emprendedor del hombre y darle los medios, porque de la burocracia, el inmovilismo y la negación de la libertad creadora no se puede esperar más que la pobreza y la tristeza y como consecuencia la resignación o el miedo, y de la capacidad del hombre y del ingenio de sus soluciones jurídicas, la mejora de sus posibilidades.

## BIBLIOGRAFIA

- ALONSO LEDESMA, Carmen, *Las empresas multinacionales*, R. Derecho Mercantil, 1981, pág. 693.
- BUONOCUORE, Vincenzo, *Las sociedades con participación del Estado: reseña de la doctrina italiana*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza, 1970.
- CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la, *Estudios de Derecho Mercantil*. Centro de Estudios Tributarios, Madrid 1972.
- COTTINO, Gastone, *Participación pública en la empresa privada e interés social*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.

- CREMADES, B., *Empresas multinacionales y Derecho español*. Confederación de las C. de Ahorros, Madrid 1977.
- EMBIID IRUJO, José Miguel, *Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de Sociedades Anónimas*. R. Derecho Mercantil 1977, pág. 461.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *El Poder de Decisión en las Sociedades Anónimas*. Ed. Civitas, Madrid 1982.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *El control de las empresas multinacionales*. Tecnos, Madrid 1983.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *La empresa pública en el Derecho español*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.
- GIANNINI, M. Severo, *Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza 1970.
- GIRÓN TENA y otros, *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*. Fac. de Derecho de la U. Complutense, Madrid 1978.
- GOLDMAN, Berthold, *Droit commercial européen*. Dalloz, París 1983, 4.<sup>a</sup> ed.
- GRAZZIANI, Alessandro, *Diritto delle Società*. Ed. Morano, Nápoles 1962, 5.<sup>a</sup> ed.
- GRISOLI, Angelo, *Las sociedades de un solo socio*. Ed. RDP, Madrid 1976.
- I. S. L. E., *La società commerciali nei paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America*. Ed. Giuffrè, Milán 1970.
- LESSONA, Silvio, *Líneas generales sobre la empresa pública*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.
- MENÉNDEZ, Aurelio, *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*. Cuadernos Civitas. Ed. Rev. de Occidente, 1974.
- MINERVINI, Gustavo y otros, *Il Diritto delle Società nella Comunità Economica Europea*. Ed. Cedam, Padua 1975.
- PÉREZ ESCOLAR, Rafael, *La sociedad anónima europea*. Ed. Montecorvo, Madrid 1972.
- PUELLES PÉREZ, J. A., *Multinacionales*. Ed. Indes, Madrid 1978.
- XXII *S emana de Derecho Financiero*. Ed. D. Financiero, Madrid 1974
- SIMÓ SANTONJA, Vicente L., *Las nuevas potestades económicas*. Ed. Tecnos, Madrid 1976.
- TRIGO CHACÓN, Manuel, *La empresa multinacional*. Ed. Nacional, Madrid 1973.
- VENEZIA, J. C., *Las empresas públicas en Francia*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.
- VOGEL, Klaus, *Las empresas públicas en la República Federal Alemana*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.