

El Empresario Individual de Responsabilidad Limitada

Por

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ
Doctor en Derecho. Notario de Madrid.

DEDICATORIA .

Este trabajo ha sido especialmente escrito para la "ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO" y su REVISTA DE DERECHO NOTARIAL en prueba del entrañable afecto que me une con los notarios mexicanos y a quienes quiero rendir con este modesto ensayo testimonio de mi gratitud y admiración.

EL EMPRESARIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

I

Introducción

Es una vieja aspiración de los comerciantes no solo vigente sino continuamente reavivada por estímulos cada vez mayores, limitar las responsabilidades que puedan derivarse del ejercicio de sus actividades mercantiles, a los bienes que integran o constituyen su empresa o establecimiento. Prescindiendo por el momento de analizar el tema desde un punto de vista técnico, lo que se pretende es, en última instancia, fraccionar la unidad del patrimonio del empresario para escindirlo en dos masas separadas. La primera constituirá el patrimonio comercial que quedará afecto al cumplimiento de las obligaciones, contractuales y extracontractuales, contraídas por el titular de la empresa. La segunda formará el que podría llamarse patrimonio particular del comerciante al cual no tendrán acceso sus acreedores mercantiles.

Planteada la cuestión en estos términos escuetos y elementales, el jurista, al enfrentarse con ella, debe acometer una triple tarea. En primer término debe preguntarse si es justo que el comerciante limite su responsabilidad en la forma expuesta. En segundo lugar ha de averiguar hasta que punto es admisible, en función de un derecho positivo determinado, que el comerciante consiga directamente ó indirectamente aquel objetivo. Finalmente, y supuesto que la respuesta a esta segunda interrogante sea negativa, o al menos quede en la penumbra la viabilidad de una contestación afirmativa concluyente, tiene que sugerir cual sea el sistema técnico preferible a través del cual se consume y articule la pretendida limitación de responsabilidad.

El primero de los problemas propuestos nos sitúa ante una encrucijada de difícil salida pues en ella se dan cita razones en pro y en contra cuya trascendencia no puede ignorarse. Precisamente por eso el intérprete, o más sencillamente el estudioso del derecho

debe mantener una actitud de prudente reserva. No se trata de una materia que reclame urgente e inapelablemente soluciones tajantes en un sentido o en otro, de tal modo que todo jurista deba erigirse en portavoz de los intereses de los comerciantes, o en defensor a ultranza de los antiguos dogmas y principios tradicionales. Ha de ser el legislador, quien mediante una adecuada ponderación de todos los complejos factores que inciden sobre el supuesto ha de decir la última palabra. La valoración de esos factores depende mucho más de criterios de oportunidad o de conveniencia, de política legislativa en suma, que de supremas exigencias de la justicia.

Fuerza es reconocer que los partidarios de la empresa individual de responsabilidad limitada presentan argumentos de peso indiscutible. La limitación de responsabilidad a las empresas individuales, dice TRIAS DE BES¹ tiene una triple justificación:

Una razón de necesidad: Dar satisfacción a la humana aspiración de crear un acervo o fortuna que esté a cubierto de los riesgos anejos al ejercicio de una actividad comercial.

Una razón de utilidad: El interés público, dígame económico, se verá favorecido con el planteamiento de negocios que por su novedad, volumen y riesgos no se intentarían de otro modo.

Y una razón de equidad: Una vez roto el principio según el cual la responsabilidad limitada está ligada a una participación puramente impersonal y pasiva en la gestión de la empresa, la privación de aquella a los particulares supondría, dice TRIAS, apoyándose en la autoridad WIELAND, “un privilegio injustificado de las empresas sociales”.

Nadie podrá desconocer, si quiere adoptar una actitud objetiva, la fuerza de estas razones. Pero su indudable consistencia no quiere decir, ni mucho menos, que sean irrefutables.

Frente a la “humana aspiración” de contar con unas reservas que otorguen al comerciante y a su familia un margen de tranquilidad, milita una consideración que en modo alguno puede desdesharse. ¿En qué medida es justo que el comerciante, cómodamente instalado sobre el privilegio de la limitación de responsabilidad, deje de cumplir las obligaciones derivadas de su comportamiento profesional aunque cuente con un patrimonio personal importante quizás obtenido, o acrecentado, merced a los beneficios logrados durante los tiempos en que los negocios marchaban viento en popa?

¹ *La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales*, AAMN, IV, pág. 371.

Se afirma que es de interés general permitir la limitación de responsabilidad para posibilitar la realización de empresas que por su envergadura o por los riesgos que entrañan no se acometerían de otro modo, pero a ésto cabe replicar que, hoy por hoy, estas empresas están, por lo general, fuera del alcance del empresario individual aislado. La empresa moderna es demasiado compleja para el esfuerzo creador de un hombre solo. La colaboración tanto en el orden económico como en el técnico es indispensable si se quiere montar un negocio de cierta importancia y complejidad. Por esto la empresa individual va quedando relegada a segundo plano ante el empuje arrollador de las formas asociativas. Y dentro de éstas el problema no existe. La Sociedad anónima primero, concebida desde sus orígenes como instrumento puesto al servicio de la concentración de capitales, y la Sociedad de responsabilidad limitada después (forma social que bajo diversas denominaciones o variantes conocen casi todos los Ordenamientos jurídicos) se caracterizan precisamente porque el socio no arriesga más que los bienes que aporta. Solo la sociedad, elevada al rango de persona jurídica, y no los socios, responde con su patrimonio de las obligaciones sociales.

Pero acontece que la evolución de la sociedad anónima ha hecho de esta institución un fenómeno protéico susceptible de cobijar las más diversas infraestructuras personales y económicas. Junto a las grandes sociedades anónimas que cuentan sus accionistas por centenares o por millares, existen las sociedades anónimas de pocos socios, llamadas también sociedades cerradas entre las que destacan, con fisonomía propia, las sociedades anónimas familiares. Por otra parte la sociedad de responsabilidad limitada, y al margen de cual sea su reglamentación concreta en cada legislación, cumple, como la "private Company" de los ingleses, la finalidad de montar un esquema asociativo relativamente simple y especialmente pensado para empresas colectivas compuestas por un número reducido de socios y en las que desempeña un importante papel (lo que también sucede en la S. A. cerrada) el "intuitus personae".

Justamente este fenómeno, cuya realidad no puede desconocerse, sirve de base a la tercera de las razones que se aducen a favor de que también el comerciante individual pueda limitar su responsabilidad. La contraposición clásica entre sociedades en que los socios responden (siquiera sea subsidiariamente) de las obligaciones sociales con sus propios bienes y aquéllas otras en que sucede precisamente lo contrario tiene su origen y su justificación en el dato de que mientras en las primeras los socios están llamados, por el solo hecho

de serlo, a dirigir y administrar los asuntos sociales, en las segundas se produce una disociación entre dirección y propiedad de la empresa. No parece justo que quien carece de poder no solo para influir sobre la marcha de la empresa, sino tan siquiera para informarse de cuál es la situación de la misma (en las grandes sociedades el derecho de información es muchas veces una pura entelequia) responda con todos sus bienes de las obligaciones contraídas por quienes efectivamente dirigen la sociedad. Precisamente por eso las más modernas orientaciones doctrinales, e incluso legislativas, como después tendremos ocasión de comprobar, propenden a responsabilizar cada vez más rigurosamente a quienes oficialmente, o en la sombra, gobiernan y controlan las sociedades anónimas. Dentro de ciertos límites, claro está, se postula que el riesgo y la responsabilidad (incluso ilimitada) vayan anejos al poder de mando, quedando marginados únicamente quienes se limitaron a poner en el negocio sólo su dinero.

Pero cabalmente estas reflexiones, que abonan la concesión del privilegio de la limitación de responsabilidad a los accionistas de las sociedades anónimas (especialmente a los socios inversores, o "baileurs du fonds", como dicen los franceses), quiebran cuando aquellas, sin llegar a la hipótesis-límite de sociedad unipersonal, de la que después habremos de ocuparnos con alguna extensión, se convierten en sociedades cerradas. Aunque el socio por el hecho de serlo no sea administrador nato, aunque formalmente subsista la distinción entre órgano soberano (la Junta o Asamblea General) y órgano ejecutivo, la realidad es que la sociedad, la empresa social, la dirigen personalmente los propios socios quienes, normalmente coparticipan en la gestión de los negocios comunes. Lo mismo acontece cuando se trata de las sociedades de responsabilidad limitada, que han sido creadas precisamente pensando en este tipo de asociaciones de substraetum personalista, pese a la limitación de responsabilidad y al hecho de que, al menos en derecho español, el socio no tiene derecho, en función de su condición de tal, a ocupar el puesto de administrador. De aquí que se haya podido decir (CFR. JERONIMO LOPEZ Y LOPEZ y MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ; Significado del régimen jurídico de la Sociedad de responsabilidad limitada, en ADC tomo IV, pág. 630) que admitida con carácter general la SRL y despojada del rigorismo inherente a la sociedad anónima, no tiene cumplida justificación que no se admita abiertamente la empresa individual con responsabilidad limitada.

Con todo quizás tampoco estas consideraciones, no obstante su

indiscutible valor, sean totalmente decisivas. Se puede argüir que el legislador, al conceder el beneficio de la responsabilidad limitada a una forma social que deliberadamente considera más simple y flexible que la anónima, lo ha hecho porque quiere estimular la formación de empresas colectivas, aunque éstas no alcancen las dimensiones para las que fue pensada, inicialmente al menos, la sociedad anónima. La subsistencia de formas sociales que giran bajo el principio de la responsabilidad ilimitada de los socios (como acontece con la sociedad colectiva o en la sociedad civil, en aquellos Ordenamientos que aún admiten la separación entre sociedades civiles y mercantiles) se justifica, en parte por razones históricas, y, en parte, porque la circunstancia de que el patrimonio de los socios esté llamado a responder de las obligaciones sociales permite, en algunos aspectos de importancia, sustraer estas sociedades a ciertas exigencias, incómodas pero ineludibles, que necesariamente han de imponerse cuando se trata de sociedades que funcionan bajo el principio opuesto.

Por lo demás es lícito preguntarse hasta qué punto sigue siendo útil la conservación de tipos sociales, como la colectiva y la comanditaria simple que de hecho carecen de vigencia. Y es que la realidad denuncia una falta de adecuación entre los tipos sociales que el legislador brinda a la opción de los particulares y las aspiraciones de éstos, que no siempre encajan dentro de estos moldes prefabricados, lo que, irremediamente, conduce a su deformación.

El tema, sumamente sugestivo, ha sido puesto sobre el tapete en una serie de trabajos, procedentes de juristas prestigiosos de diversos países y recopilados bajo el título "Evolution et perspectives du Droit de sociétés" (Milán 1968). En la recopilación o síntesis de dichos trabajos (Tomo I, págs. 233 y sigs.) se pone de relieve, de un lado, que no existe una total coincidencia entre las formas sociales reconocidas en los países del "civil law" y del "common law", de otro, que es lícito preguntarse hasta qué punto los diferentes tipos de sociedades actualmente existentes son todavía aptos para satisfacer las nuevas exigencias de la empresa, y finalmente se subraya la necesidad de que las legislaciones se pongan en línea para evitar las evidentes discrepancias que se registran entre el derecho legislado y el derecho en materia de sociedades.

Con lo dicho queda plenamente confirmada, creemos, nuestra opinión de que no es fácil tomar posición sobre la conveniencia de admitir o rechazar la empresa individual de responsabilidad limitada.

Pasemos ahora del terreno meramente especulativo al más firme y consistente del derecho positivo. ¿Es viable, hoy por hoy, la empresa mercantil de responsabilidad limitada? La contestación, según subrayamos anteriormente, hay que darla en contemplación de un derecho positivo determinado. Sin embargo el examen del derecho comparado pone de relieve una rara unanimidad al respecto. Con la excepción, sobradamente conocida, del Principado de Liechtenstein, cuya legislación se inspiró en el famoso proyecto PISKO, ningún país reconoce directamente, ni por tanto regula, la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada. El silencio legislativo sobre la institución, también desconocida por el derecho español, impide, obviamente, que un comerciante pueda eludir el principio de responsabilidad patrimonial universal (sancionado en el C.C. español por el artículo 1911, y que tiene su “pendant” en otros preceptos similares, como el artículo 2740 del C.C. italiano, ó el 2092 del Código francés) adscribiendo pura y simplemente al pago de sus obligaciones mercantiles un sector del activo de su patrimonio. No se trata solo de la interferencia de ese principio, que dado su rango, no permite otras excepciones que las claramente establecidas por la propia ley cuestión ésta sobre la que se insistirá más adelante, sino que la ausencia de una normativa adecuada dirigida, ante todo, a proteger a los acreedores, frustra “a priori” la posibilidad de que un comerciante individual limite, derechamente y sin rodeos, la responsabilidad dimanante de sus obligaciones mercantiles a los bienes afectos al ejercicio del comercio.

Esta actitud pasiva del legislador ante un problema que lejos de perder actualidad la conserva acrecentada, y que todavía es objeto de particular atención en la literatura jurídica de muchos países, tiene, sin embargo, una explicación bastante simple. Los comerciantes en lugar de intentar el salto sobre un obstáculo infranqueable lo han salvado por medio de un rodeo. El sendero que han seguido para esquivar la montaña lo han hallado caminando por el valle del derecho de sociedades, y recurriendo a los inestimables servicios que en este orden de cosas podía prestarles la plena autonomía patrimonial dispensada a ciertas formas sociales, en particular a la sociedad anónima o sociedad por acciones.

Por este sistema el problema se ha desplazado de su sede natural para invadir la propiedad ajena, cuyo dominio, si las cosas siguen como van, lleva camino de adquirir por prescripción extraordinaria. Porque lo grave es que la sociedad de un solo socio —que es en síntesis el medio utilizado no solo ha determinado la aparición

de una figura societaria a todas luces anormal sino que su fuerza de penetración ha sido tal que un sector doctrinal de mucha importancia con el aval incluso de la Jurisprudencia de algunas países, subvierte los términos de la cuestión para concluir, en el fondo, que lo anómalo es que no se admita la validez de la sociedad de un solo socio. Nos encontramos ante una de las discrepancias que se señalan entre las nuevas (?) exigencias de la empresa y el derecho legislado. Los “institucionalistas”, los que quieren borrar del derecho de sociedades la idea del contrato, como si con eso se consiguiera algo práctico, aducen el ejemplo de la sociedad unipersonal. Las sociedades unipersonales— se lee en el informe antes citado ² ganan constantemente terreno. Incluso en los países tradicionalmente hostiles a las sociedades de esta clase se advierten (por ejemplo en Francia) tendencias que le son favorables. Se perfila un nuevo concepto del acto constitutivo de las sociedades que se aleja definitivamente del contrato para aproximarse al negocio jurídico creador de una fundación.

A la vista de un panorama tan poco despejado parece que la tarea más urgente y acuciante del jurista es, fantasías aparte, concretar si el derecho positivo (*su derecho positivo*), admite que la empresa individual de responsabilidad limitada puede entrar legítimamente en el Ordenamiento jurídico en virtud de este procedimiento indirecto, o si, por el contrario, la sociedad unipersonal solo constituye un caso clarísimo de fraude de la ley, aunque se consume con la complaciente benevolencia de pareceres doctrinales y aún jurisprudenciales competentes y respetables. Para ello el intérprete debe enfrentarse objetivamente con los textos legales, prescindiendo de sus prejuicios, sin pretender sustituir los criterios del legislador con los suyos propios, y, en una palabra, olvidándose de hacer lo que KOESCHEL, con frase gráfica, ha llamado “jurisprudencia del sentimiento”.

Cosa distinta es que si la ley se decide francamente a aceptar que el comerciante pueda limitar su responsabilidad se recurra, como instrumento técnico, a la sociedad de un solo socio mediante el cómodo recurso de sancionar de forma expresa que la sociedad pueda constituirse por una sola persona.

De todo lo expuesto hasta aquí se desprende con claridad cuál es el esquema sistemático que ha de seguir el presente trabajo. Supuesta la imposibilidad de que por vía directa se articule en el derecho español (al igual que acontece en la mayor parte de los

2 Evolution et perspectives, cit. pág. 248

Ordenamientos) la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada tendremos que habérmolas en primer término con las llamadas sociedades unipersonales, ó sociedades de un solo socio, para contrastar si, hoy por hoy, constituyen un medio, oblicuo e indirecto, pero válido, susceptible de permitir a quien, en rigor, es titular único de un establecimiento mercantil, limitar su responsabilidad a los bienes que integran el patrimonio que, teóricamente, pertenecerá a un ente personificado. En segundo lugar habremos de estudiar, de cara al derecho constituyente, si desde el punto de vista técnico es preferible continuar a bordo de este barco que, con mejor o peor fortuna, ha navegado por todos los océanos jurídicos, o si resulta preferible, y sobre todo más ortodoxo, acogerse a otros expedientes.

II

La sociedad unipersonal

Hemos afirmado en la Introducción que la sociedad unipersonal es una figura anónima. La anormalidad del supuesto queda puesta de relieve sin más que pararse a pensar que la expresión sociedad unipersonal, o sociedad de un solo socio, entraña una verdadera “*contraditio in terminis*”, referida, por lo menos, a lo que por sociedad ha venido tradicionalmente entendiéndose. La sociedad, desde el derecho romano hasta nuestros días (a pesar de las teorías institucionalistas proyectadas, por otra parte, preferente o exclusivamente sobre la sociedad anónima) nace como consecuencia de un contrato, negocio bilateral o plurilateral por excelencia. El derecho positivo de todos los países, con excepción del Principado de Liechtenstein, y de ciertos Estados de Norteamérica que admiten expresamente la constitución directa de la “*one man company*”, presupone, al definir la sociedad como contrato la pluralidad de fundadores. Es más, con relación precisamente a las sociedades anónimas, muchos Ordenamientos no se conforman con la concurrencia de dos partes contratantes sino que exigen un número mayor. Por ejemplo se necesitan siete fundadores en Francia, Bélgica, Inglaterra e Israel y tres en Canadá, Suiza y España. Finalmente la normativa de la sociedad dirigida a disciplinar no solo el proceso fundacional sino todo el ciclo vital de su existencia está pensada sobre el supuesto de que la sociedad es un ente asociativo que reúne y vincula un número mayor o menor de personas, pero que son siempre más de una.

¿Cómo y de qué manera puede llegar a existir una sociedad uni-

personal? A través de dos sistemas o procedimientos. Si lo que se quiere es que la sociedad se constituya desde el principio con un único accionista se recurre a las llamadas sociedades de conveniencia, o, como ahora se dice, “sociedades preordenadas a un solo socio”. El “dominus societatis” busca otras personas que se avengan a figurar como socios de una sociedad en la cual no ostentaría realmente derecho ninguno. Son contratantes ficticios que se comprometen a retransmitir las acciones o participaciones sociales que han suscrito en el acto fundacional, y que solo han adquirido formal o aparentemente.

De las sociedades de conveniencia, o sociedades preordenadas a un solo socio,, se distinguen las sociedades “reducidas a un solo socio”. Se trata de sociedades que nacieron a la vida del derecho con una pluralidad efectiva o real de socios, pero después los socios primigenios, ó sus sucesores, han ido desapareciendo hasta que solo queda uno.

La concentración de acciones en una sola mano puede tener distintos orígenes. A veces es un fenómeno incidental y de carácter meramente transitorio si se restablece rápidamente la pluralidad de asociados. Pero también cabe que el socio único aproveche la oportunidad para convertirse de hecho en un empresario que opera, de modo ya definitivo, bajo la cobertura de la personalidad jurídica reconocida a la sociedad. En otros supuestos la concentración obedece a un plan premeditado. Uno de los socios, generalmente el más poderoso, se propone ir desplazando poco a poco a los demás para convertirse en dueño y señor absoluto del negocio, ó ingresa en una sociedad con el propósito de adquirir dentro de ella una posición, que al principio tal vez no sea dominante pero que después llega a serlo hasta el extremo de que el proceso concluye porque el neófito deviene el único miembro real de una sociedad que vino al mundo adornada de todos los requisitos que condicionaban su viabilidad.

Debemos pues, para proceder con orden, examinar con separación estas dos variantes de la sociedad unipersonal. Pero antes queremos advertir que la trascendencia del fenómeno no guarda relación únicamente con la limitación de responsabilidad del comerciante persona física, sino que se involucra dentro de la problemática mucho más compleja e importante de los grupos de sociedades. Las filiales o sociedades dominadas son, muchas veces, sociedades integradas por un solo socio, la sociedad dominante. Aunque en esta parte de nuestro trabajo hemos de limitarnos a examinar la conexión entre sociedad unipersonal y empresa individual de responsabili-

dad limitada, haremos, en su momento, alguna referencia a la problemática de los grupos desde el punto de vista de la posición jurídica de la sociedad dominante respecto de las deudas de la sociedad o sociedades que de ella dependen.

— A —

La sociedad de conveniencia

Las sociedades ficticias, o sociedades “de comodo” según la expresión que utilizan habitualmente los juristas italianos no son, a nuestro juicio, más que sociedades simuladas y deben ser tratadas como tales.³ Acontece, no obstante, que en tema de sociedades de un solo socio, la subsunción del supuesto dentro de la teoría de la simulación no está de moda. Ya en una obra relativamente antigua⁴ se dice que el problema de si puede declararse la nulidad por simulación de una sociedad creada por un solo socio debe resolverse, según la opinión del autor, en sentido negativo. Este criterio que contaba, ya entonces, con precedentes doctrinales y jurisprudenciales de mucha importancia ha ido ganando terreno paulatinamente de tal modo que hoy puede considerarse opinión dominante entre los mercantilistas. Para abreviar nos remitimos al reciente libro de GRISOLI⁵ donde se puede encontrar un resumen muy completo sobre el estado de la cuestión. Se habla en dicho libro, no sin cierto desdén, (cit. pág. 295) de la “doctrina autorizada de los años treinta” que enfocaba bajo la perspectiva de la simulación la sociedad constituida por una persona física (o jurídica) con la complaciente condescendencia de hombres de paja.

A nuestro juicio, sin embargo, las sociedades de conveniencia constituyen un caso clarísimo de simulación. No nos convencen en absoluto los argumentos de carácter teórico esgrimidos para probar lo contrario hasta el punto que ni siquiera merecen ser tenidos en cuenta como tales, a no ser que se olviden las más elementales y rudimentarias nociones sobre la esencia del negocio jurídico. Esto no quiere decir que no existan razones, incluso de peso, para defender

³ Así lo hemos sostenido en *Estudios de Derecho Mercantil I*, 1, págs. 374 y sigs.

⁴ BIGIAMI, *L'Imprenditore oculto*, pág. 179.

⁵ *La società con un solo socio*, 1971.

la validez de las sociedades “comodo” (para continuar utilizando la terminología italiana), pero estas razones podrán valer para promocionar una reforma del derecho vigente, pero no son válidas en función de la normativa (al menos de la normativa española) actualmente en vigor.

Se ha objetado al carácter simulado de las sociedades de complacencia que el hecho de que en la constitución de la sociedad participen dos socios de los cuales uno sea “prestanombre” del otro, no significa que la sociedad sea simulada puesto que el primero ha desembolsado efectivamente su cuota de capital. Igualmente se ha afirmado que la sociedad “preordenada a un solo socio” debe distinguirse claramente de la sociedad simulada, porque la voluntad de los socios de constituir la sociedad “ha sido seriamente querida”. Se trata, nada menos, que de decisiones jurisprudenciales procedentes de los Tribunales italianos y alemanes.

Por nuestra parte, lo que no nos parece posible es tomar en serio semejantes afirmaciones. La circunstancia de que el capital social haya sido real e íntegramente desembolsado no tiene nada que ver con el carácter simulado del acto constitutivo si, como acontece en las sociedades ficticias, el dinero con que los hombres de paja desembolsan sus acciones o participaciones procede (directamente, además) del patrimonio de quien desde el principio está llamado a ser el dueño único y exclusivo de la empresa. Suponer que existe una voluntad fundacional real, cuando antes de constituir la sociedad, se firma un pacto “parasocial” en virtud del cual los socios de complacencia (que, insistimos, no sacan de su bolsillo ni una sola peseta) se comprometen a transferir las acciones en un momento determinado al “dominus” de la sociedad, supone ignorar conscientemente, la técnica de las famosas “contre lettres” que constituyen la médula de la simulación (salvo, al parecer, si de lo que se trata es de fundar una S. A. ó una S. L.). En la simulación absoluta, como dice DE CASTRO,⁶ se oculta la falta de causa. ¿Cuál es la causa del negocio, preguntamos, para los socios de complacencia? ¿Qué fin jurídico persiguen al entrar en una sociedad donde desde el principio —esta es la realidad, no nos engañamos— van a carecer de todo derecho? Si la causa del contrato de sociedad, contrato plurilateral según nos ha descubierto la doctrina italiana, consiste en la expectativa de lucro que se espera conseguir como contrapartida de la aportación ¿dónde está la causa del negocio, repetimos, para unos

6 El negocio jurídico pág. 348.

socios que ni aportan nada, ni retirarán de la sociedad ningún beneficio aunque realmente aquella los obtenga?

En rigor para que la simulación pudiera excluirse sería necesario atribuir al llamado socio de complacencia derechos sociales reales. Al parecer, y según nos ilustra GRISOLI, esto es lo que acontece en los Estados Unidos de Norteamérica (excepto en aquellos Estados que permiten directamente la constitución de la sociedad con un solo socio, porque se han adherido a la "Model Business Corporation Act"). A pesar de que en este país no les preocupa con exceso el hecho de que las acciones de una "Corporation" estén o no en una sola mano, sino que lo que se pretende es reprimir los abusos dimanantes de tales situaciones (criterio perfectamente respetable, sobre el que algo habremos de decir después) se cumple con la ley, que exige la pluralidad de fundadores, bien mediante la utilización de una relación fiduciaria (procedimiento cuya ortodoxia nos parece discutible), bien atribuyendo un porcentaje mínimo de acciones, *realmente y a todos los efectos*, en favor de los socios de complacencia⁷. Es decir en USA, y aunque la pluralidad de socios no parece tener trascendencia directa sobre la validez del proceso constitutivo, se procura guardar las formas. Pero nuestra "praxis" (nos referimos a la española) es mucho más descarada. Como pusimos de relieve en otra ocasión (Estudios I, 2, pág. 242) los otorgantes de una sociedad ficticia quieren de ordinario que la transmisión de las acciones suscritas por los accionistas de complacencia se verifiquen simultáneamente al otorgamiento de la escritura. Como esto no es posible, pues antes de la inscripción no cabe transferir las acciones (artículo 14 LSA), se suele suscribir un "vendi" en blanco, o un documento privado, valga por lo que valiere, a no ser que entre los interesados medie una confianza muy grande.

Para legitimar esta "praxis" y para alejar el temido fantasma de la simulación se recurre a un famoso (aunque oscuro) expediente: el negocio indirecto⁸. La sociedad de complacencia —escribe JORDANO BAREA— constituye el negocio medio cuyo objetivo ulterior atípico (creación de un patrimonio afecto al ejercicio de una empresa individual) es imposible de conseguir directamente. Al fin, pues, empiezan a vislumbrarse cuales son los verdaderos motivos que inducen a salvar, a toda costa, la validez de las sociedades ficticias. Lo que ocurre es que al empezar a poner las cosas en claro se con-

7 Cfr. GRISOLI, ob. cit. pág. 164.

8 Cfr. JORDANO BAREA, La sociedad de un solo socio en RDM. 1964 I, pág. 30.

dena la viabilidad del supuesto negocio indirecto. A través de un negocio de esta clase jamás puede legitimarse le consecución de un fin no querido por la ley. Por el procedimiento del negocio indirecto vendría a conculcarse el artículo 1911 del C.C.— La limitación de responsabilidad (desde el punto de vista del socio), inherente a ciertas formas sociales, tiene como natural exigencia el cumplimiento *real* de los requisitos a que la propia ley condiciona la constitución de la sociedad misma. Sin perjuicio de que más adelante insistamos sobre este particular nos permitiremos ahora recordar lo que sobre los negocios indirectos ha escrito un jurista español cuyo magisterio se reconoce unánimemente. La vieja figura del negocio clandestino dice DE CASTRO ⁹, el rodeo astuto y tortuoso para esquivar el mandato de las leyes, tuvo la suerte de llegar a la doctrina italiana con el nombre más decente de “negocio indirecto”. Durante cierto tiempo no se le dará mayor importancia, y se le considera, lo mismo que en Alemania, como sinónimo de negocio “*infraudem*”. Le sacará de esta oscura situación ASCARELLI quien lo presenta como figura normal, y por si mismo merecedora del amparo jurídico. El negocio indirecto está en patente y abierta contradicción con un sistema jurídico como el nuestro basado en el control de las causas —típicas y atípicas— para determinar la validez del negocio. En otros casos, continua DE CASTRO ¹⁰ como en la llamada *sociedad de conveniencia*, su ineficacia como negocio indirecto resulta primero de su falta de causa, y en segundo lugar de que la finalidad con ella perseguida, limitar la responsabilidad del “dueño de la sociedad” a los bienes que ha puesto a nombre de ésta, choca con el principio fundamental de que se responde de las propias obligaciones con los bienes presentes y futuros. Las palabras con que ASCARELLI pretende justificar la validez del negocio indirecto vienen desautorizadas por los propios ejemplos que dicho autor propone. No es concebible, dice DE CASTRO ¹¹, la escritura de constitución de una sociedad de conveniencia en la que se manifieste que las acciones atribuidas al portero y al contable del “dominus”, les son entregadas gratuitamente y que ellos se comprometen a no ejercitar los derechos que esas acciones llevan consigo. Nada tenemos que añadir a lo expuesto por nuestro primer civilista como no sea congratularnos de nuestra total y absoluta coincidencia en este punto.

Confortados y respaldados por opinión de tanta autoridad, si-

9 El negocio jurídico cit. pág. 446.

10 cit. pág. 450.

11 cit. pág. 447.

gamos investigando en torno a la tesis de quienes niegan la nulidad de la sociedad de complacencia “sub specie simulationis”. De los argumentos “teóricos” (?) se pasa a los prácticos. Los terceros, dice GRISOLI ¹² pueden tener interés en probar la atribución ficticia de algunas participaciones sociales, para demostrar la virtualidad unipersonal de la sociedad, a fin de sostener su derecho a satisfacerse sobre el patrimonio del único socio fundándose en una (incierta) interpretación del artículo 2362 del C.C. italiano. Este precepto, como es bien sabido, dice que en caso de insolvencia de la sociedad por las obligaciones sociales contraídas durante el período en el cual las acciones resultan ser de la pertenencia de una sola persona, ésta responde ilimitadamente. Pero de inmediato se agrega que la norma se interpreta restrictivamente (incluso, al parecer, por la Corte italiana de casación) de tal forma que basta que un número mínimo de acciones esté en poder de otra persona para que el artículo 2362 quede archivado. Sin embargo, y por muy restrictiva que sea la aplicación del artículo 2362, parece que, si se acepta la posibilidad de que las acciones en poder de terceros han sido transmitidas, como ocurrirá generalmente, para evitar que la norma entre en juego, tendría que reconocerse la existencia de una sociedad auténticamente unipersonal, y, por tanto, que se ha dado el supuesto de hecho que contempla el precepto. Descartada la simulación en sede de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada los artículos 2362 y 2497-2º del C.C. italiano devienen prácticamente inútiles, lo cual no constituye, ciertamente un método hermeneúutico digno de ser imitado.

En los Ordenamientos jurídicos que no registran preceptos paralelos a los artículos 2362 y 2497-2 del Código Italiano, el recurso a la simulación, para decretar la responsabilidad del “dominus societatis”, parece aún más necesaria. Obsérvese que no se trata de que la nulidad de la sociedad arrastre la de los contratos que se han celebrado en nombre de la misma, sino solo de poner al descubierto la personalidad del verdadero contratante, o de la persona por cuenta de quien se han otorgado los contratos a través de los cuales se ha desarrollado la actividad de la empresa mercantil. Por lo demás, como el mismo GRISOLI recuerda, el artículo 2332 del C.C. italiano según el cual la inscripción de la nulidad del acto constitutivo no perjudica la eficacia de los actos cumplidos en nombre de la sociedad, pone a cubierto a los acreedores sociales del riesgo, pura-

12 ob. cit. pág. 335.

mente teórico, de que una vez declarado el carácter simulado de la sociedad, el dueño del negocio pretenda ampararse en esta circunstancia para excusar el cumplimiento de sus obligaciones, fundándose en la nulidad subsiguiente de los contratos celebrados por la sociedad nula. Repetimos que la declaración de que una sociedad de complacencia es simulada, cuando la instan los acreedores sociales, no tiene otro alcance que poner de relieve quien es el verdadero titular de la empresa mercantil. Por esto, y para defender la validez de esos contratos no es necesario, a nuestro juicio, recurrir al artículo 2332 del Código italiano (ni al artículo 3 del RRM español que conduce a los mismos resultados) sino que basta tener en cuenta el alcance que debe reconocerse a la simulación en este caso concreto. Por si fuera poco el artículo 1415 del propio Código italiano pone a los acreedores sociales al abrigo de las consecuencias dañosas que para ellos pudiera tener la simulación. En derecho español, y aunque se acepte que los acreedores del titular aparente resultan perjudicados por la simulación, resulta indudable que esta tesis no puede prevalecer cuando sea el propio dueño de la sociedad quien pretenda ampararse en el carácter simulado de la sociedad para lavarse las manos y no pagar. Sería un absurdo contradictorio que merced a la simulación, el único accionista, que es al propio tiempo el verdadero dueño del negocio, pudiera rescatar de la masa de la quiebra los bienes sociales para eludir el pago.

De otra parte el artículo 2332 del Código italiano, y el artículo 3 del RRM, sirve para consagrar, de hecho, un derecho de preferencia de los acreedores sociales sobre los acreedores particulares del único accionista. Luego el artículo 2332 del Código italiano (igualmente el artículo 3 del RR) no vale para demostrar que los acreedores sociales carecen de interés en prevalecerse de la simulación¹³ sino, que por el contrario, les permite recurrir a este remedio sin correr el riesgo de que, al concurrir con los acreedores personales del dueño del negocio, sus pretensiones se diluyan como un azucarillo en un vaso de agua.

Y, a todo ésto, ¿qué ocurre con los acreedores particulares del “dominus societatis”, si se sostiene que la sociedad de complacencia no es una sociedad simulada? De nuevo GRISOLI¹⁴ sale al paso de la objeción. Los acreedores personales del dominus no necesitan hacer valer la supuesta naturaleza simulada del acto constitutivo de

¹³ Como afirma GRISOLI, cit. pág. 334.

¹⁴ Pág. 336.

la sociedad; les basta, para obtener satisfacción, probar que la aportación social se ha realizado por el deudor fraudulentamente y en daño de sus derechos. Una vez más creemos que la solución de GRI-SOLI presenta fisuras por todas partes. En primer término, y contra lo que pudiera parecer a primera vista (ver sobre la cuestión lo que se dirá más adelante) parece bastante más difícil, cuando nos hallamos en presencia de la constitución de una sociedad de conveniencia, probar el fraude que la simulación. En segundo lugar es perfectamente pensable que el "dominus", al fundar una sociedad ficticia, no se haya propuesto defraudar a sus acreedores personales sino tan solo limitar su responsabilidad (frente a los acreedores sociales) ó simplemente camuflar por otras razones (generalmente fiscales) el ejercicio de su actividad mercantil. Todo lo cual no tiene nada que ver con que, en un momento dado, el patrimonio del único socio no sea suficiente para pagar a sus acreedores particulares. Estos, en tal caso, tienen un interés perfectamente legítimo en demostrar la simulación para cobrarse sobre los bienes que su deudor aportó a la sociedad simulada.

¿Quiéere ésto decir que los acreedores particulares del "dominus societatis" pueden entrar a saco, sin más ni más, en el patrimonio pseudo-social? En modo alguno. La Jurisprudencia española ha proclamado reiteradamente que los acreedores del que ha enajenado sus bienes simuladamente son terceros interesados, y, por consiguiente, están legitimados para ejercitar la acción de simulación. Ahora bien el interés de los acreedores hay que ponderarlo, como es lógico, en función de las circunstancias, "Primera faciae" dichos acreedores pueden satisfacerse sobre las acciones representativas del patrimonio social sin necesidad de desmontar éste. Si dichas acciones responden efectivamente al contravalor que representa la aportación simulada no hay porque permitirles ir más lejos. Aunque los estatutos sociales (si se trata de anónimas) o las mismas disposiciones legales (caso de que la sociedad sea de responsabilidad limitada) restrinjan la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales ello no obsta, lógicamente, para que estas acciones puedan ser embargadas, y, por tanto transferidas, en la medida necesaria para que se cobren los acreedores de su titular. No parece necesario insistir mucho para demostrar hasta que punto las convenciones insertas en los estatutos o en los pactos sociales que prohíben la transmisión de acciones o participaciones, o conceden un derecho de adquisición preferente a los demás socios sobre la base de unos criterios valorativos inferiores a los reales, no pueden ser eficaces (a parte

de su discutible licitud en términos generales) frente a los acreedores que, en uso de su derecho, las sujetan a traba y embargo. pero puede acontecer que el valor de las acciones o participaciones sociales haya sido deliberadamente disminuido por el “dominus societatis” mediante la creación de un pasivo ficticio, o recurriendo al expediente de atribuirse a si mismo la condición de acreedor (privilegiado) de su propia sociedad. En tal caso o se permite a los acreedores destapar el puchero, o como dicen los anglosajones con frase más fina, “levantar el velo de la personalidad jurídica” (lifting de corporate veil), ó se corre el riesgo de consumir una iniquidad parecida a la que sancionó la famosa sentencia de la “House of Lords” que puso fin al escandaloso caso Salomón v. Salomón, y que puede presentarse como paradigma de lo que es un fallo jurisprudencial injusto (En aquel caso los perjudicados fueron, al parecer, los acreedores sociales, pero no hay duda que con la tesis defendida por los Lores, el perjuicio se hubiese irrogado igualmente, y quizás con mayor motivo, a los acreedores personales del astuto Salomón).

Finalmente en caso de concurrir los acreedores personales del único socio con los acreedores de la sociedad éstos serán preferidos. Así resulta de aplicar en Italia el artículo 2332 de su Código Civil y en España el artículo 3 del RRM. La solución no es, quizás, la más equitativa en el terreno de justicia pura pero es la inevitable consecuencia de la actuación de las normas e instituciones cuya finalidad es proteger el tráfico jurídico.

Si todo esto que acabamos de exponer resulta tan claro, hasta el punto de que resulta increíble que juristas de alguna talla pretendan ignorarlo, ¿por qué la jurisprudencia de tantos países (Francia, Italia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Alemania, Suiza, etc.) se muestra tan tolerante con las sociedades de complacencia y se niegan casi sistemáticamente, a pronunciar su nulidad cerrando los ojos a la evidencia palmaria de su carácter simulado? Como apuntamos anteriormente existen razones que explican, aunque no justifican, esta actitud desde un punto de vista exclusivamente pragmático. No está demás que nos detengamos a considerarlas. En ausencia son las siguientes:

1º.—La dificultad que comporta la prueba de la simulación. Para ser exactos no son los autores extranjeros quienes se refugian en esta falsa verdad, sino los autores españoles, que más o menos abiertamente coquetean con la empresa individual de responsabilidad limitada embozada bajo el manto de la sociedad de un solo

socio ¹⁵. Probar la simulación no es fácil pero tampoco imposible. La amplitud de los medios de prueba que pueden utilizarse dentro de nuestro procedimiento, y la libertad que se concede al juez a la hora de dejar establecida la cuestión de hecho, permite que la simulación sea judicialmente declarada aunque no se haya aportado una demostración concluyente e irrefutable. De las múltiples resoluciones jurisprudenciales recaídas en materia de simulación (en general) se desprende que casi siempre los Tribunales han formado su convicción, al menos parcialmente, fundándose en indicios o presunciones. (La presunción, no se olvide, es un medio de prueba como cualquier otro según resulta expresamente del artículo 1215 del C.C.).

La Jurisprudencia extranjera, cuando llegado el momento de oponerse a los abusos de la personalidad jurídica, cometidos por sociedades unipersonales, no ha tropezado con grandes dificultades una vez llegado el momento de demostrar cual era la situación ficticia que se ocultaba detrás de la "società di comodo", "société de facade", o "dummy corporation" (sociedad pelele, para expresar en español, de la mejor manera posible, esta expresión tomada del "argot" jurídico americano). La realidad que se ha puesto al descubierto ha sido casi siempre que detrás de la sociedad se parapetaba un único socio real (socio tirano para los italianos, o "maitre de l'affaire" para los franceses). Aunque esta circunstancia no haya sido la razón jurídica determinante de la sentencia condenatoria no cabe duda que ha constituido el punto de partida que ha permitido establecer el supuesto de hecho, sin que, llegado el momento de fijarlo, los jueces extranjeros se hayan sentido atezados por dificultades de orden probatorio.

2º.—El deseo de abrir un cauce para dar vía libre a la llamada empresa individual de responsabilidad limitada. Ningún país, excepto el Principado de Liechtenstein, admite expresamente que el comerciante individual pueda limitar su responsabilidad, pero para lograrla se recurre, como recordamos en la Introducción, al artificio de constituir una S.A. ó una SRL. De aquí que las sociedades ficticias de esta clase, las "one man company", hayan proliferado por todas partes hasta el extremo que, estadísticamente, se erigen en mayoría. Bien sea porque se acepte, más o menos resignadamente el viejo aforismo de que la costumbre hace ley, y de que no es posible luchar contra la corriente, bien porque honradamente se crea

15 Así CARRIGUES, Comentarios a la LSA I pág. 212, GIRON TENA, Derecho de Sociedades anónimas pág. 94, y la propia Exposición de Motivos de nuestra LSA.

que aquella aspiración no debe condenarse, lo cierto es que cada vez se aceptan con mayor laxitud las sociedades puramente ficticias. Se ha llegado a la convicción de que lo importante no es que el comerciante actúe bajo el ropaje de una sociedad fingida para gozar del beneficio de la limitación de responsabilidad, sino evitar que se abuse de esta facilidad que, indirectamente, se le concede.

Ahora bien si se acepta este planteamiento lo natural sería admitir derechamente la empresa individual de responsabilidad limitada, o consagrar legislativamente la posibilidad de que la S.A. o la SRL puedan constituirse por una sola persona. Esto es lo que han hecho, como antes hemos recordado, algunos Estados norteamericanos. Resulta mucho más serio admitir de "iure" la "Einmanngesellschaft" que conceder patente de corso a las "wirtschaftliche Einmanngesellschaft" (como dicen los alemanes y los suizos). Creer, con los ingleses, que se lucha contra el abuso exigiendo formalmente un número plural de fundadores, como hace la sección 31 de la Companies Act inglesa de 1948, para después encogerse de hombros ante el hecho de que todos los socios, menos uno, sean socios de complacencia, resulta un absurdo contrasentido, o, para decirlo con otras palabras, esconder la cabeza debajo del ala.

Pero resulta que, sin perjuicio de que los abusos deban ser reprimidos (se trate o no de una "one man company"), la indiferencia frente al hecho de que se eluda la responsabilidad ilimitada mediante el arbitrio de constituir una sociedad simulada no es tolerable allí donde el Ordenamiento jurídico sanciona el principio de que las personas deben responder con todos sus bienes de las obligaciones que contraigan. Esto es lo que acontece cabalmente en derecho español. El artículo 1911 del C.C. sanciona una regla general terminante y clara, imperativa sin ningún género de dudas (de "orden público" como ahora se dice), y que se funda no solo en postulados elementales de justicia distributiva, sino que, además, hunde sus raíces en nuestra secular tradición jurídica.

Está claro, pues, que con ese principio no se puede jugar. No caben actitudes tolerantes o condescendientes, ni es posible que uno de los pilares básicos de nuestro derecho privado se socave a través de excepciones que penetren por la puerta falsa de una interpretación demasiado laxa de las que expresamente se admiten. Nuestro derecho permite que los empresarios colectivos, asumiendo determinadas formas sociales, limiten su responsabilidad al importe de los bienes que aportaron al fondo común. Pero la sociedad exige, por hipótesis, la pluralidad de socios. No es solo que ello resulta implícitamente del

concepto mismo de la institución, y, expresamente, de la definición formulada por el artículo 1665 del C.C. (válida para toda clase de sociedades), es que toda la normativa sobre la materia (la LSA no se contenta con la concurrencia de dos fundadores sino que exige tres, cfr. artículo 10) está pensada para el supuesto normal de que la pluralidad inicial se mantenga y continúe durante toda la vida de la sociedad. Es cierto que nuestro derecho no considera que la reunión de todas las acciones o participaciones sociales, en una sola mano sea causa de disolución de la sociedad (después volveremos sobre el tema) pero esto no autoriza para sostener, sin más ni más, que con ello se ha consagrado una excepción al principio cardinal sentado por el artículo 1911 del C.C. —No se trata únicamente— que cualquier excepción que se formule a ese principio general debe ser establecida expresamente, sino, que además, antes de afirmar que estamos realmente en presencia de una excepción hemos de pararnos a meditar sobre cual pueda ser el alcance de la norma (en nuestro caso tácita) que la consagra, para saber si verdaderamente se ha querido sancionar una desviación que permita apartarse de lo que establece aquel principio básico. Parece innecesario advertir que, en la duda, la respuesta debe ser negativa.

En cuanto a la “praxis” es indiscutible que también en España las sociedades ficticias se cuentan por millares, o por decenas de millares. Pero darla por buena, y seguir el ejemplo (el mal ejemplo en este caso) de otros países, supone ignorar que el artículo 5 del C.C. niega toda virtualidad a la costumbre “contra legem”. La famosa “praxis” no puede olvidar la ineludible necesidad de un consentimiento real para que haya contrato, ni que éste es necesario para dar vida a una sociedad. Ni siquiera la Jurisprudencia que no es fuente formal del Derecho¹⁶ salvo cuando sienta doctrina legal, es decir cuando “positiviza” los principios implícitos en el Ordenamiento, podría legítimamente sancionar la validez de las sociedades de ficción. El legislador español, como en el fondo todos los legisladores que conceden el beneficio de la responsabilidad solo a través de determinados tipos sociales, lo ha hecho porque considera que, por este procedimiento, se estimula la colaboración económica y personal, y se fomenta la concentración de esfuerzos y de capitales. Esta idea central se encuentra en el origen histórico de todas las especies sociales que de un modo u otro han permitido a los comerciantes limitar su responsabilidad, desde la antigua “comen-

16 Cfr. DE CASTRO, Derecho civil de España. I, págs. 558 y sigs.

da” hasta las manifestaciones primigenias de la sociedad anónima, Que, además, pueda ser conveniente, extender el estímulo al empresario individual aislado, para, en beneficio del bien común, inducirle a tomar riesgos que de otro modo no asumiría, es harina de otro costal. Pero la cuestión, hoy por hoy, es de derecho constituyente. En el derecho constituido, al menos en el derecho constituido español, no se ha pensado en eso. La responsabilidad limitada del comerciante individual no puede deslizarse en nuestra vida jurídica de matute y bajo de capa (el velo, si la expresión se considera más elegante) de las sociedades unipersonales. Nuestros jueces cuentan con recursos sobrados para evitar que el contrabando pase eludiendo la aduana. Los derechos arancelarios, en este caso, consisten en imponer al “maître de l’affaire” la obligación de pagar “velis molis” las deudas que ha contraído “su” sociedad, que es, en definitiva, “su” negocio.

El Tribunal Supremo, como veremos más adelante, no ha tenido demasiadas ocasiones de enfrentarse con sociedades unipersonales, y cuando lo ha hecho no ha llegado al fondo de las cuestiones que anidan en esta manifestación patológica del derecho societario. En cambio los Tribunales de instancia, según nuestras noticias, son bastantes decididos (a veces demasiado), y no sienten empacho en extender (preventivamente. los efectos del auto de declaración de quiebra al que suponen, generalmente con fundamento, dueño único de la sociedad.

3º.—La convicción de que para combatir los abusos que pueden cometerse mediante el empleo indebido de una S.A. ó de una SRL la simulación no es un arma totalmente contundente. Creemos que la razón está aquí de parte de quienes así piensan. Necesario es, sin embargo, formular algunas salvedades. Es indudable que los abusos pueden cometerse y se cometen por sociedades reales, integradas por una pluralidad de socios auténticos. Indiscutiblemente en estos casos no sirve la simulación (porque la simulación no existe). Otras veces (las más) el abuso lo comete una sociedad unipersonal. Para reprimir aquél tampoco es indispensable recurrir a la simulación. El simple hecho de que se haya abusado de las ventajas que comporta la autonomía patrimonial plena inherente a estas formas sociales, justifica la reacción contra el abuso. La personalidad jurídica, que es solamente un instrumento técnico para la consecución de ciertos fines prácticos, no constituye un muro impenetrable capaz de sustraer indefinidamente a la mirada de los demás las actividades de quien se esconde detrás de él. Pero todo ésto, a pesar de ser ciertísimo, no autoriza para hacer caso omiso de la si-

mulación. Una cosa es el empleo deliberado de la persona jurídica para estafar o engañar a los demás, y otra que se utilice como medio para gozar del beneficio de la responsabilidad limitada. También aquí hay abuso, aunque se cumplan y observen estrictamente las normas que condicionan el regular funcionamiento de aquellos tipos sociales, pues la sociedad se desfigura y se desnaturaliza para alcanzar un fin no querido por la ley. Contra esta clase de abusos, menos graves, desde luego, pero reales, solo se puede luchar recurriendo al instrumento de la simulación.

Olvidémosnos, por el momento de la simulación, y fijemos la atención sobre las prácticas abusivas que pueden cometer las sociedades auténticas, es decir las integradas por varios socios efectivos. Estas prácticas abusivas pueden agruparse, a nuestro juicio, en dos categorías. En primer lugar hay que considerar los casos de infracción de los preceptos legales que disciplinan el funcionamiento de las sociedades a quienes se concede el beneficio de la responsabilidad y que se han dictado precisamente en obsequio de los acreedores sociales y como contrapartida de aquel beneficio. Se trata, por ejemplo, de las sociedades que reducen su capital con devolución de aportaciones a los socios sin cumplir los requisitos dispuestos al efecto (en nuestro derecho los prescritos por los artículos 98 de la LSA ó 19 de la LSR) o que, en trance de disolución, reparten su activo sin haber liquidado correctamente el pasivo. A veces la infracción, aunque directa, solo produce daño a los acreedores más a la larga. Así acontece si los socios que controlan la sociedad (o los administradores sociales) impiden, más o menos abiertamente, que la sociedad se disuelva a pesar de que su situación patrimonial no es precisamente boyante y a despecho de las normas legales que para tal hipótesis ordenan la disolución de la sociedad, el reintegro, o la reducción del capital social¹⁷. En contemplación de alguna de estas hipótesis nuestro Ordenamiento reacciona a veces de modo expreso y establece la sanción oportuna (así sucede si se infringen los artículos 98 de la LSA ó 19 de la LSRL). Pero en las otras hipótesis consideradas la ley es muda sobre el particular. Por nuestra parte, y para salvar esta grave laguna, hemos sostenido que, bajo ciertos requisitos los socios culpables de este estado de cosas, ó sea los que deciden el reparto del activo sin haber satisfecho el pasivo, o los que dejan que la sociedad, que debió disolverse, se deslice hasta la

17 Cfr. artículos 150-3º y 30-3º de la LSA y de la LSRL, respectivamente.

quiebra deben ser declarados personal e ilimitadamente responsables¹⁸.

En segundo término —y con ello pasamos al segundo tipo de prácticas abusivas— debemos enfrentarnos con el supuesto de que los socios hayan confundido sus patrimonios personales con el patrimonio social, de modo que la sociedad, en lugar de dedicarse a explotar uno o varios negocios determinados, se convierta de hecho en una pantalla que cubre actividades de todo género realizadas por los socios por cuenta propia. Los abusos de esta clase son los que han preocupado principalmente a la doctrina y a la jurisprudencia de algunos países. Destacan Francia, Estados Unidos, Alemania, y la misma Italia.

Antes de seguir adelante y de profundizar un poco sobre los abusos que se agrupan bajo la rúbrica genérica “confusión de patrimonios” creemos conveniente hacer algunas puntualizaciones. La práctica, tan frecuente entre nosotros (lo propio sucede en Francia, por ejemplo) y que consiste en redactar el artículo estatutario relativo al objeto social en términos muy laxos no significa que la sociedad se haya constituido (aunque así suceda más a menudo de lo deseable) para enmascarar pura y simplemente un patrimonio personal o familiar. Muchas veces la sociedad se crea para explotar uno o más negocios perfectamente determinados pero los fundadores quieren dejar abierta la posibilidad de emprender otros sin necesidad de cumplir los trámites y soportar los gastos que comparte el cambio de objeto¹⁹. Otra observación que no está demás hacer es esta: En muchos casos (no en todos) la confusión de patrimonios ha sido protagonizada por sociedades de complacencia, gobernadas en la realidad por un solo socio.

Así aconteció en diversos supuestos contemplados por la Jurisprudencia americana, suiza, é incluso italiana.

En el pleito sostenido por el First National Bank de Chicago contra la Trebein Co., la Suprema Corte dictó una famosa sentencia por la que condenó a un comerciante (Trebein) a pagar las obligaciones contraídas por una sociedad constituida por él, su mujer y tres familiares a quienes había atribuido una modestísima participación. El Tribunal entendió que esta sociedad se había fundado para defraudar a los acreedores de Trebein y zanjó el asunto de modo diametralmente opuesto a como lo había hecho un año antes (1897)

18 Cfr. Estudios, I, 2 págs. 510 y sigs. y 398 y sigs.

19 Cfr. sobre la cuestión Estudios cit. I, 1, págs. 198 y sigs.

la House of Lords al sentenciar el no menos famoso caso Salomón v. Salomón, al que ya aludimos anteriormente. La Suprema Corte subraya que la sociedad y Trebein eran, en rigor, una misma persona, y nos dice, con gráfico lenguaje, que la fisonomía de su patrimonio personal no puede considerarse variada por el hecho de haber constituido la sociedad, de la misma forma que la de Trebein tampoco hubiera variado de haber cambiado de chaqueta (...“his identity as owner of de property was non more changed by his conveyance to the company than it would have been by taking off one coat and putting on another”).

La Jurisprudencia Suiza haciendo aplicación de la teoría del abuso del derecho ha sentado el llamado “Einheit” ó “Identitätsprinzip” cuya aplicación presupone la eliminación de toda distinción formal entre la esfera jurídico-económica del socio y de la sociedad, actuando sobre hipótesis en que todas las acciones de la sociedad estaban en poder de un solo socio. Así aconteció en dos “Arrets” del Tribunal Federal Suizo uno de 1929 y otro de 1947. La sentencia de 11 de diciembre de 1945 (Hussnig contra Plica A.G. y Rohrfabrik Rüscklikon A.G.) obliga a respetar las limitaciones y compromisos que cierta persona había adquirido al comprar una patente de invención que después transfirió, sin limitación ninguna, a dos sociedades de las que era el único socio.

El “Identitätsprinzip” ha sido aplicado igualmente por la Jurisprudencia alemana con referencia a sociedades de un solo socio.

Finalmente la Jurisprudencia italiana, a pesar de su insistencia en rechazar que las sociedades ficticias son simuladas y, por tanto, nulas, ha admitido la identificación entre el único socio y la sociedad si bien no para combatir los abusos dimanantes de la confusión de patrimonios sino para hacer aplicación de las leyes sobre discriminación racial dictadas contra los judíos (Sentencia del Tribunal de Casación de 13 de febrero de 1942).

Sin embargo la identificación entre socio y sociedad fruto de la confusión de patrimonios no siempre ha operado en función de sociedades de un solo socio. BIGIAMI²⁰ alude a tres sentencias de Tribunales de instancia (Sentencia de 13 de junio de 1951 y 4 de febrero de 1952) referentes a sociedades limitadas auténticas, con socios que, al decir de BIGIAMI, lo eran realmente, y en las que se declara a aquellos ilimitadamente responsables por las obliga-

²⁰ Ob. cit. págs. 162 y siguientes.

ciones sociales supuesto que ha existido una constante confusión entre el patrimonio de los socios y de la sociedad, y a tal efecto han asumido continuamente obligaciones en nombre de la sociedad avaladas por su responsabilidad ilimitada y se han servido del patrimonio social para garantizar y satisfacer deudas asumidas en nombre propio. (Es de observar, con todo, que la argumentación de estas sentencias deja mucho que desear, como el propio BIGIAMI reconoce, y que en la tercera de ellas se afirma explícitamente que se trataba de una sociedad simulada).

La famosa doctrina jurisprudencial francesa que hace responsable personalmente al "maître de l'affaire" de las obligaciones contraídas por sociedades manejadas a su antojo ha contemplado casos en que la sociedad tenía existencia real (aunque muchas veces se trataba de una simple "société de façade"). Son especialmente ilustrativas, entre otras muchas, las sentencias de la "Chambre de requêtes" de 9 de febrero de 1932 y de 16 de noviembre de 1938. En ambos casos el "maître de l'affaire" no era el único socio aunque ocupaba dentro de la sociedad una posición dominante. En el supuesto que fue objeto de la segunda sentencia se dice literalmente que el "maître", titular de 8/10 del capital social había cumplido "divers actes importants sans l'avis et malgré l'opposition du Conseil d'administration et qu'il a lui même reconnu que, telle qu'il la pratiquait, l'administration n'était pas celle d'une société mais celle d'une affaire qu'il considère comme lui étant personnelle". Con este punto de partida, es decir tomando como brújula para hallar la solución, el hecho de que el socio, no obstante existir otros, se haya apropiado, por así decirlo, de la sociedad, nada tiene de particular que la misma Jurisprudencia se haya negado a declarar responsable al único socio cuando ha estimado que su patrimonio personal y el de la sociedad permanecieron correctamente separados (Recuérdese el famoso proceso seguido contra el perfumista Coty y que resolvió a su favor el Tribunal del Sena en sentencia de 14 de junio de 1937).

La teoría del "maître de l'affaire" tiene por lo demás su apoyo directo en el artículo 446 del Código de comercio francés (antes 437 párrafo 4º) y ha sido ampliamente desarrollado por la vigente legislación en materia de quiebras. El artículo 446 del Código de Comercio permitía declarar en quiebra a toda persona que, bajo la cobertura de una sociedad enmascarase sus compromisos (Masquant ses agissements), hiciese en su interés personal actos de comercio, y dispusiera de hecho de los bienes sociales como de los suyos pro-

pios. Para reaccionar, dice RIPERT ²¹ contra la marcada tendencia de las jurisdicciones inferiores, que extendían la quiebra con excesiva frecuencia a personas distintas de la sociedad quebrada por simples irregularidades en la gestión social, el Tribunal de Casación se había visto obligado a recordar con cierta frecuencia que el texto exigía, para ser aplicado, la concurrencia de varias condiciones cuya reunión era indispensable. A tal fin el requisito clave se centraba en la confusión de patrimonios.

El vigente derecho francés en tema de quiebra (del cual la Ley de 13 de Abril 1967 constituye la pieza maestra o disposición fundamental) se caracteriza, de un lado, por su pragmatismo, y de otro por el ensanchamiento del círculo de personas que pueden ser declaradas en situación de "faillite". La opción entre el "reglement judiciaire" (equivalente en cierto modo a nuestra suspensión de pagos aunque se trata de una institución subsumida dentro de la disciplina general de las situaciones de insolvencia) o la "liquidation des biens" no depende tanto de criterios de moralidad como de razones económicas. Las consecuencias de la cesación en los pagos se enfoca preferentemente desde el punto de vista de la situación económica de la empresa de cara al porvenir. Así, aunque los dirigentes de la empresa no hayan cometido ninguna falta, la liquidación de bienes se impone, si no existen probabilidades serias de que un concordato, bajo condiciones razonables, podrá ser cumplido. La Exposición de Motivos del proyecto de Ley se expresa en términos muy claros al establecer que "se trata de eliminar las empresas económicamente condenadas sin que, sin embargo, sus dirigentes sean tachados de infamia, si no lo han merecido, y de asegurar la supervivencia de aquellas otras que puedan ser financieramente reconstruidas "redresées au besoin"), apartando a sus dirigentes cuya gestión haya sido criticable ²².

En el orden represivo la ley se caracteriza, como hemos indicado, por la ampliación del círculo de personas que pueden ser declaradas en quiebra. El artículo 101 de la ley ha desarrollado extensivamente el artículo 446 del Código de Comercio. Puede ser declarado personalmente en estado de "reglement judiciaire" ó de "liquidation des biens" cualquier dirigente que: 1º) Bajo la cobertura de la persona moral haya enmascarado sus negocios y hecho actos de comercio en su interés personal. 2º) Haya dispuesto de los bienes sociales como

21 *Traité Elementaire de Droit Commercial* —61 edición— revisada por RENE ROBLLOT, París 1970.

22 Cfr. JUGLAR-IPPOLITO, *Cours de Droit commercial*, volumen 3º, 1969.

si fueran propios, y 3º) Haya proseguido, en su interés personal. una explotación deficitaria que solo podía conducir a la cesación de pagos de la persona moral. Además el artículo 99 de la Ley faculta al Tribunal para imponer a los dirigentes sociales la obligación de pagar, en todo o en parte, las deudas de la sociedad salvo que prueben que han desplegado en la gestión de los asuntos sociales la diligencia y la actividad necesarias.

Conviene llamar la atención sobre dos particulares del mayor interés. En primer término la expresión “dirigentes” se utiliza con la máxima elasticidad. Están comprendidos en el concepto los que han dirigido los asuntos sociales, de derecho o de hecho, aparentemente o de forma oculta, siendo indiferente que sean personas físicas o morales, y que hayan o no percibido remuneración. (cfr. artículos 98 y sigs. de la ley). Los dirigentes de derecho, dice RIPERT²³ son los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas será el Presidente-Director general y los miembros del Consejo de administración, o los componentes del directorio según que la administración esté organizada siguiendo la estructura tradicional o el esquema más moderno propuesto por la Ley de 1966. Más comprensiva y más vaga, la noción de *dirigente de hecho* abarca toda persona, incluso no asociada, que directamente, o por persona interpuesta, ejerce de “facto” la administración de una sociedad, detrás, o en lugar, de sus representantes legales, sea aquel que manipula un dirigente legalment investido (está clara, pués, la alusión a los llamados accionistas de control), sea quien rige la sociedad a falta de administración jurídicamente organizada.

En segundo lugar la introducción de la llamada “faillite personelle”, que comporta rigurosas sanciones incluso penales oscurece un tanto la distinción de que parte la ley entre empresas condenadas a la ruina y empresas que pueden sobrevivir. La “faillite personelle” lleva consigo, subraya RIPERT²⁴ la liquidación de bienes. Y están sujetos a la misma obligatoriamente, entre otras personas, quienes han ejercitado una actividad comercial “sous le couvert d’une personne morale masquant ses agissements” y los dirigentes de derecho o de hecho de una persona moral que hayan usado de los bienes sociales como si fueran propios (artículos 106 á 126 de la Ley). Parece, pués, que la opción que el artículo 101 concede a los dirigentes (entre el convenio judicial o la liquidación de bienes) es

23 Ob. cit. pág. 571.

24 Cit. pág. 579.

puramente ilusoria (salvo, tal vez, para los comprendidos en el caso 3º). RIPERT trata de salvar la contradicción aduciendo que no es lo mismo realizar actos de comercio en interés propio, (se entiende, si se trata de actos aislados) que desplegar la propia actividad comercial a través de la sociedad (“masquant ses agissements”) que es el supuesto verdaderamente determinante de la “faillite personnelle”.

Esta excursión, tal vez demasiado larga, a territorios controlados por otros Ordenamientos, nos ha permitido, sin embargo, ver claro en una materia que no resplandece ciertamente por su claridad. Creemos que pueden establecerse estas tres conclusiones generales:

1ª) La conceptualización de las sociedades de complacencia como sociedades simuladas es un hecho incontrovertible, por más que la doctrina y la jurisprudencia extranjera se empeñen en ignorarlo.

2ª) La ineficacia peculiar del negocio jurídico simulado, proyectado sobre el tema objeto de nuestro estudio impide que se pueda burlar impunemente el principio de la responsabilidad patrimonial universal, que, según quedó subrayado en su momento, constituye, uno de los pilares fundamentales en que se apoya el edificio de nuestro derecho privado patrimonial.

3ª) La doctrina de la identificación entre sociedad y socio (o socios) cuando se consuma la llamada confusión de patrimonios, es perfectamente compatible con la normativa de la simulación, y puede y debe sustituirla allí donde efectivamente no nos encontremos ante una sociedad simulada, o cuando sea dudoso que la sociedad merezca realmente esta calificación. Estimamos que las conclusiones a que otros países han llegado en este punto son perfectamente referibles a nuestro derecho. Para justificar esta afirmación basta tener en cuenta el carácter meramente instrumental de la personalidad jurídica concedida a las sociedades y la necesidad de rechazar abiertamente lo que con exactitud y precisión se ha llamado “hermetismo” de las personas jurídicas²⁵. Acaso la única dificultad estribe en puntualizar si se ha consumado efectivamente la confusión de patrimonios, extremo particularmente espinoso, sobre todo cuando no quepa un pronunciamiento contundente sobre la naturaleza simulada de la sociedad. Tal vez haya sido la Jurisprudencia americana la que mejor ha sabido establecer los requisitos que permiten afirmar con certeza que los patrimonios de una sociedad y del único socio (o socio dominante), o de sociedad madre y sociedad filial, son inde-

25 Cfr. Estudios I, 1 especialmente págs. 106 y sigs.

pendientes. SERICK ²⁶ nos ilustra sobre cuales son estas circunstancias: independencia financiera de la sociedad frente a su único socio de modo que la primera disponga de capital suficiente para el desarrollo de sus negocios; separación de contabilidades; actuación regular de los órganos sociales; y existencia material separada para que no se produzca una situación de apariencia que induzca a los terceros a pensar que sociedad madre y sociedad filial, o sociedad y socio (persona física) son en realidad la misma cosa. En último término definir si hay o no confusión de patrimonios entre la sociedad y el “maître de l’affaire” es una cuestión de hecho que habrán de resolver los Tribunales ponderando las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

— B —

La sociedad reducida a un solo socio.

Hasta aquí hemos examinado la primera de las dos grandes variantes a través de las cuales se manifiesta la sociedad de un solo socio. Pasemos ahora de la sociedad de complacencia a la sociedad reducida a un socio. Esta denominación sugiere las características del supuesto. Se trata de una sociedad que en un principio se constituyó mediando la concurrencia del número mínimo de fundadores exigido por la ley (o un número mayor naturalmente) pero que después ha ido perdiendo socios hasta quedar reducido a uno que ha acumulado en su cabeza las acciones o participaciones de los demás.

La llamada “sociedad reducida a un solo socio” puede llegar a ser tal según recordamos anteriormente en virtud de diversas circunstancias. Cabe que nos encontremos, simplemente, ante la última etapa de la fase fundacional de una sociedad de conveniencia. En las “sociedades preordenadas a un solo socio” —para nosotros sociedades simuladas— se pacta que las acciones serán formalmente transmitidas al “dominus societatis” a requerimiento de éste. A veces el “dominus” no confía demasiado en sus “colaboradores” y exige la retransmisión de acciones tan pronto como legalmente es posible. Pero en general las cosas se desarrollan de distinta forma. En tanto el “maître de l’affaire” le interesa que la fachada de su

²⁶ Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, traducción española de PUIG BRUTAU, pág. 239.

sociedad ficticia luzca como si se tratase de una sociedad de verdad no suele tener prisa en que los socios de complacencia desaparezcan de la escena. Subsisten los “vendis” en blanco (que, cuando se trata de personas muy precavidas, se renuevan periódicamente) para prever cualquier contingencia desagradable, pero, mientras ésta no se produce, los socios aparentes continúan detentando ficticiamente la titularidad de las acciones o participaciones sociales. Tanto en un caso como en el otro es posible plantear la simulación originaria, aunque, como veremos seguidamente, ello no es necesario pues, en último término, el tratamiento que debe aplicarse a la sociedad reducida a un solo socio no difiere, en orden a los resultados prácticos, del que ha de dispensarse a la sociedad de conveniencia, siquiera el procedimiento técnico a seguir pueda ser diferente.

En otros supuestos la concentración de acciones en una sola mano tiene lugar de una manera incidental. Acontece a veces, sobre todo en ciertas sociedades familiares, que por el mecanismo de la sucesión “mortis causa” todo el paquete accionario viene a confluír en el único socio superviviente. O se trata de sociedades de muy pocos socios (generalmente limitadas bipersonales), en que algún socio quiere desentenderse de los asuntos sociales y vende su participación a los restantes. Si el proceso se repite la concentración se consuma cuando al final solo queda un socio que ha ido comprando las participaciones de los demás. En estas hipótesis, como se vé, no se aspira, por lo menos al principio, a ejercer el comercio bajo la pantalla de una sociedad. Son situaciones a las que se llega por la fuerza de las circunstancias y que pueden evolucionar de dos maneras distintas según que el socio único conserve esta condición solo incidentalmente, mediante la transmisión a terceros de las acciones o participaciones que adquirió (o parte de ellas), ó, por el contrario, aproveche la coyuntura para quedar erigido en dueño único de la empresa, continuar explotándola bajo la forma de sociedad. En la primera hipótesis es lógico y natural que el Ordenamiento sea tolerante con quien solo accidentalmente ha devenido único miembro de la sociedad, y, por tanto, que, mientras dura la interinidad, siga dispensándole el beneficio de la limitación de responsabilidad manteniendo la autonomía patrimonial plena del patrimonio social. En el segundo caso, en cambio, ya no hay razones que aconsejen otorgar al socio en cuestión un trato de favor.

Finalmente la sociedad reducida a un solo socio puede ser la consecuencia de un plan pre-concebido en virtud del cual se van adquiriendo poco a poco las acciones o participaciones de una so-

ciudad hasta que el comprador deviene dueño absoluto de aquella. Este sistema se practica sobre todo a nivel de grupos de sociedades. Dentro de las múltiples combinaciones que se descubren en la agrupación de sociedades, fenómeno cuya importancia crece de día en día, el caso más característico es el de la sociedad básica, o sociedad madre, que controla a otras. El control (o la dominación absoluta) puede haberse adquirido “ab initio” (es el caso de la fundación de filiales que en rigor enmascaran una sucursal) o a “posteriori” mediante el método llamado de “escalada”, merced al cual el dominio de la sociedad pasa gradualmente a la sociedad cabeza del grupo, de modo que la primera queda reducida a la condición de simple filial, aunque no se trata de lo que se llama una sociedad-hija. naturalmente el control puede ser, formalmente, e incluso materialmente, más o menos intenso. Aquí nos interesa, sobre todo, la hipótesis límite, es decir la posesión de todas las acciones de la sociedad dominada por la sociedad dominante. No cambia las cosas (como tampoco en los supuestos anteriormente considerados) que, para guardar las apariencias, un número mínimo de acciones quede en poder de terceros que actúan con el carácter de socios de complacencia. La sociedad reducida a un solo socio es entonces, además, una sociedad simulada.

Los problemas que plantea la sociedad reducida a un solo socio se reducen sustancialmente a dos: ¿La concentración de acciones en una sola mano es causa de disolución de la sociedad? Si la respuesta es afirmativa ¿De qué forma y bajo qué condiciones tiene lugar la disolución? En caso contrario, esto es, si el hecho de que todas las acciones vayan a parar a una sola mano no determina la disolución de la sociedad ¿cuál es la posición jurídica de ésta y la del único socio que sigue explotando la empresa que antes fue social, y que ahora le pertenece por entero, amparado en la personalidad jurídica que la sociedad aún conserva?

A pesar de que casi todos los Ordenamientos jurídicos exigen un número más o menos elevado de socios para fundar una S.A. o una SRL, con las excepciones a que antes aludimos, no todas las legislaciones contemplan los efectos de la concentración de acciones en poder de una sola persona física ó jurídica, ni siquiera a los simples efectos de considerar el supuesto como causa posible de disolución de la sociedad. Sin pretensiones exhaustivas presentaremos, a este fin, una clasificación cuatripartita.

1º).—Se sanciona de modo expreso, ó tácito, la disolución “ipso iure” de la sociedad tan pronto como todas las acciones o participa-

ciones sociales van a parar a un único socio. De un modo expreso el único país que, según nuestras noticias, acoge esta solución es Colombia, a tenor del artículo 187 de su Ley sobre sociedades aprobada por el Reglamento 2521 de 1950. En otros casos se contrapone la disminución del número de socios por debajo del mínimo legal, a la concentración absoluta de todas las acciones en una sola mano. En este último caso la sociedad entra automáticamente en disolución. Es la solución que adoptaba el antiguo derecho francés y la que, al parecer, prevalece en Brasil.

2º).—Se establece que la reducción del número de socios por debajo del número legal mínimo es causa de disolución. Pero esto no tiene lugar "ipso iure". A veces la facultad de pedir la disolución se reserva exclusivamente al socio o socios (tal es el caso de Suiza). En otros, por el contrario, dicha potestad se extiende a terceros interesados. Así acontece en Francia (artículos 9 y 240-1º de la Ley de 24 de julio de 1966 y que entró en vigor el 1º de abril de 1967) y en México (según resulta de la concordancia entre el artículo 259-4º y el artículo 232 de la Ley general de Sociedades Mercantiles de 28 de diciembre de 1933). Finalmente ciertos Ordenamientos jurídicos no dicen a quien corresponde la potestad de pedir la disolución. Es el caso, por ejemplo, de la novísima Ley argentina sobre sociedades de 28 de diciembre de 1971 (cfr. artículo 94º).

Dentro de este grupo de legislaciones se distinguen aquellas que fijan un plazo para que la sociedad vuelva a la normalidad, de modo que si el número mínimo de socios se restablece durante dicho período de tiempo la sociedad no se disuelve, lo que excluye, lógicamente, que la disolución pueda instarse mientras el plazo está corriendo, de las que no señalan plazo ninguno. En el primer caso se encuentran, entre otras, las legislaciones francesa y la argentina. El sistema francés es bastante complicado. Si se trata de concentración de acciones en una sola mano el único socio puede pedir la disolución cuando quiera. Pero si la disolución la solicitan terceros interesados, cabe la regularización dentro de un año. Si el número de socios desciende del número legal sin llegar a la unidad es menester que esta situación se prolongue por lo menos durante un año. Transcurrido éste tanto los socios como los terceros interesados pueden demandar la disolución pero el Juez puede conceder, a su arbitrio, un plazo suplementario que no debe exceder de seis meses. La Ley argentina decreta la disolución por reducción a uno del número de socios siempre que no se incorporen otros *dentro del lapso de tres meses*. No está claro en la ley, ni tampoco resulta de la Exposición

de Motivos, si transcurrido el plazo la disolución se produce "ipso iure" (o a instancia de parte). Por el contrario otros Ordenamientos no señalan plazo alguno, de donde se sigue que la disolución de la sociedad puede pedirse "sine die" (aunque al no producirse la disolución de modo automático resulta que, igualmente, la situación irregular de la sociedad puede prolongarse indefinidamente). Es el caso de Inglaterra y México.

3º).—Se excluye expresamente que la concentración de acciones o participaciones sociales sea causa de disolución de la sociedad. Así acontece en Grecia (artículo 27 de la Ley de 1962) y en Venezuela (artículo 341 de su Código de Comercio)

4º).—Se omite decidir expresamente si la sociedad reducida a un solo socio se disuelva o no. Es el caso de Alemania, Austria, Estados Unidos, y también de España. En casi todos los países adscritos a este cuarto grupo se entiende que el silencio legal equivale a sancionar que la concentración de acciones en una sola mano, o la disminución del número de socios por debajo del número legal, no es causa de disolución de la sociedad.

Pasemos ahora al segundo problema ¿en qué situación se encuentran la sociedad y el único socio en tanto la sociedad no se disuelve? Según hemos visto en muy pocos países este hecho produce la disolución instantánea de la sociedad. En los demás, o se rechaza que la adquisición de todas las acciones o participaciones sociales sea causa de disolución de la sociedad, o se proclama que la disolución únicamente se produce a instancia de parte, ó, por último, se arbitra un plazo para que la sociedad vuelva a la normalidad. Así pués, en tanto la sociedad subsiste, aunque sea interinamente ¿responde el único socio, con su propio patrimonio, de las obligaciones sociales?

También aquí cabe distinguir. Hay legislaciones que resuelven el problema, aunque la aplicación de los correlativos textos legales suscite cuestiones de interpretación, mientras que otras nada dicen sobre el particular.

Contienen una respuesta expresa en sentido afirmativo, es decir en el sentido de imponer al socio único responsabilidad el derecho argentino, el derecho inglés, y el derecho italiano.

El apartado 8 de la novísima Ley Argentina sobre sociedades es concluyente. La sociedad se disuelve, dice este precepto, por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen otros nuevos en el término de tres meses. Durante este lapso de tiempo el socio único será responsable ilimitada y solidariamente de las obli-

gaciones sociales contraídas. Dado que se trata de una Ley recién nacida no es previsible que pueda existir una doctrina medianamente consolidada sobre los problemas que el texto legal suscita, no obstante su aparente claridad. Así ¿transcurridos los tres meses, la sociedad se disuelve “ipso iure” ó subsiste mientras nadie pida su disolución? ¿Las obligaciones de que el socio responde personalmente son las contraídas a partir de que tuvo lugar la concentración —como parece lógico— o se comprenden también las anteriores que estuviesen pendientes de cumplimiento? ¿Cabe que el socio único sea declarado en quiebra por razón de las obligaciones sociales insatisfechas?

En Inglaterra la sección 31 de la “Companies Act” establece que si el número de socios se reduce por debajo del número exigido para la constitución (siete en la “public company” y dos en la “private company”) y si, a pesar de ello, la sociedad continúa sus actividades en estas condiciones durante seis meses por lo menos, cada uno de los socios que sea consciente de la situación en que la sociedad se halla, y que siga siendo socio al final de los seis meses, responderá personalmente de las deudas sociales contraídas durante el período de tiempo posterior al momento en que el número de socios descendió del mínimo exigido para la constitución. La eficacia de esta norma es más bien escasa. En primer lugar cualquier socio puede eludir su responsabilidad transfiriendo su participación social antes de que transcurra el plazo fatídico de los seis meses. En segundo término cabe elevar ficticiamente el número de socios mediante la transmisión simulada de acciones, lo que impediría la aplicación del precepto, dado que la Jurisprudencia anglosajona no parece reconocer efectos a la simulación en materia de sociedades. Por último no se dice si los socios responden solidariamente con la sociedad (y entre si) ó si es necesario hacer previa excusión en los bienes sociales.

Por último los artículos 2362 y 2497-2º del Código civil italiano establecen que en caso de insolvencia de la sociedad por las obligaciones sociales contraídas durante el período en el cual las acciones (o cuotas sociales) han pertenecido a una sola persona ésta responde ilimitadamente. Bajo su aparente simplicidad esta norma constituye un nido de problemas.

Así, se ha preguntado hasta que punto el hecho de que todas las acciones o participaciones sociales concurren en una sola mano no determina la parálisis de la vida corporativa de la sociedad lo cual es particularmente evidente por lo que respecta a la Junta general.

Este problema, que sirve para poner en tela de juicio la solución favorable a la subsistencia de la sociedad cuando todas las acciones van a parar a una sola mano, debe plantearse en otros términos allí donde se admite que la sociedad puede sobrevivir no obstante la concentración. La cuestión se ha debatido no solo por la doctrina italiana sino también en otros países que aceptan, aún sin texto legislativo que directa o indirectamente consagre la supervivencia de la sociedad la continuación de ésta y la conservación de su personalidad jurídica, a pesar de que todas las acciones o participaciones sociales se encuentren reunidas en una sola mano. La solución que prevalece es que la sociedad, aún reducida a un solo socio, debe conservar su organización corporativa. Será necesario pues que exista un órgano administrativo, y en la medida que el Ordenamiento lo exija, el de control o vigilancia. (En este sentido por ejemplo la Jurisprudencia Suiza).

Esta doctrina tiene cierta importancia, y no solo sobre el plano puramente formal. A nadie se le oculta que el andamiaje corporativo montado en torno a una sociedad de un solo socio es, visto con óptica realista, una pura ficción. El propio GRISOLI ²⁷ que la exigencia de que una sociedad unipersonal ha de continuar funcionando normalmente debe entenderse "cum granu salis" porque inevitablemente la unipersonalidad, en "alguna medida", incide sobre la vida de la sociedad alterando su modo habitual de obrar. Esto es particularmente evidente por lo que respecta al órgano soberano (Junta general). Tampoco parece que la subsistencia de los órganos de control (en tanto sean nombrados por la Junta) lleve consigo el cumplimiento en serio de la tarea fiscalizadora que la ley les encomienda. En cambio es interesante que se mantenga la separación entre la Asamblea y los Administradores. Ciertamente esta separación carecerá de toda trascendencia práctica, si la sociedad opta por el sistema de Administrador único, y el nombramiento recaé sobre el único accionista. Pero muchas veces no será así debido a la imposibilidad de que el socio atienda por sí mismo a la administración y gobierno de los asuntos sociales. En ese caso, y en la medida que el poder representativo de los administradores tiene un contenido mínimo e inderogable marcado por la propia ley, puede acontecer que la sociedad tenga que asumir compromisos con los que el "socio tirano" no hubiera estado conforme. Por lo demás, y aunque el carácter unipersonal de la sociedad obstara a la aplicación del sistema

²⁷ Ob. cit. pág. 372.

de representación proporcional en el seno del Consejo de administración (en las legislaciones que aceptan este sistema), la concentración de acciones en poder de un solo socio no será obstáculo a que se apliquen (lo que depende también de cada Ordenamiento) las normas relativas a la llamada cogestión.

En segundo lugar se pregunta hasta qué punto la responsabilidad del socio es solidaria o subsidiaria. Dicho en otros términos, si el socio puede ser declarado responsable por las obligaciones de la sociedad sin antes haber hecho excusión en los bienes sociales, y aún si los artículos 2362 y 2497-2º del Código italiano pueden entrar en funciones sin la previa declaración de quiebra de la sociedad. La postura de la Jurisprudencia y de la doctrina italiana al respecto no es totalmente unánime, pero parece inclinarse por la primera solución, habida cuenta de que si la sociedad-persona jurídica subsiste, debe reconocércele una autonomía patrimonial siquiera sea mínima. lo que excluye que los acreedores puedan, sin más ni más, dirigirse contra el único accionista. Se discute asimismo si el accionista propietario de todas las acciones puede ser declarado en quiebra por razón de las obligaciones sociales de las que es responsable. Por la afirmativa se inclina decididamente BIGIAMI²⁸. Volveremos después sobre la cuestión al ocuparnos del derecho español.

Más grave, desde el punto de vista, de la eficacia práctica de las normas citadas, es el tema de su eventual interpretación extensiva. Sobre esta cuestión la Jurisprudencia italiana mantiene un criterio rigurosísimo. Basta que una participación accionaria, por pequeña que sea, pertenezca a otra persona para que no pueda entrar en juego el artículo 2362 del Código Civil (En este sentido la Sentencia del Tribunal de Casación de 14 de marzo de 1957). En algún caso (cfr. Sentencia de 13 de abril de 1964) y en trance de aplicar el artículo 2497-4º se condiciona esta tesis al hecho de que la atribución del "residuo" a otra persona no sea nula. Sin embargo y con relación a las sociedades "de comodo" la Jurisprudencia italiana, según hemos dicho antes, niega la aplicabilidad de la doctrina de la simulación, y afirma, lo que todavía es más grave, que recurrir a la constitución de una sociedad de esta clase, con el único fin de limitar la responsabilidad de "dominus societatis", no entraña fraude a la ley. No necesitamos insistir, después de lo antes dicho, sobre nuestra disconformidad con la primera de estas dos afirmaciones.

28 Ob. cit. págs. 176 y sigs.

ni, anuque lo fueran, su caracter de simple "obiter dicta", les privaría de valor decisivo.

La Resolución de 11 de abril de 1945 hubo de pronunciarse sobre si procedía o no inscribir una escritura de modificación de estatutos a pesar de que de la propia escritura resultaba que todas las acciones se habían concentrado en poder de un solo socio. El Centro Directivo desestimando la oposición del Registrador mercantil decreta la inscripción. El problema como se vé —planteado con anterioridad a la vigencia de la LSA— se concretaba a dilucidar si la sociedad, como consecuencia de la reunión de acciones en una sola mano, se había o no disuelto, pués, obviamente, en el primer caso no hubiera procedido la inscripción de la modificación estatutaria pretendida. La Resolución enfoca la cuestión con un gran empaque doctrinal y después de pasar revista sumariamente a las soluciones adoptadas, por aquel entonces, en el derecho comparado, establece que "sin desconocer los inconvenientes y peligros que pueden derivarse de la coexistencia de los patrimonios individual y social... *debe reputarse improcedente en materia que por su índole es de interpretación restrictiva, aumentar oficiosamente el número de causas de disolución de las Compañías mercantiles y, en el reducido ámbito de una calificación registral y un recurso gubernativo declarar extinguida "ipso facto" La Compañía dados los daños más o menos irreparables que pudieran ocasionarse, los complejos y graves problemas que pueden surgir, la falta de gestión promovida por los acredores sociales u otros interesados para oponerse a la subsistencia de la sociedad, la confusión que produciría en las sociedades de tipo familiar, donde por sucesión "mortis causa" no es difícil la acumulación de acciones en una sola mano, y la posibilidad de restablecer el equilibrio transitoria o excepcionalmente alterado en el caso de que parte de las acciones volviesen a la circulación toda vez que el C. de C. no señala plazo alguno para la adquisición de acciones por otra ú otras personas, ni prohíbe o condiciona su enajenación judicial sin perjuicio de que si el único titular, prevalidándose de la laguna legislativa cometiera abusos de derecho, pudieran en su día los Tribunales de Justicia a instancia de parte o de oficio, según los casos, dictar los acuerdos e imponer las sanciones correspondientes".*

Como se vé la única razón que decide el caso, dentro del ámbito limitado de la calificación registral como bien dice el Centro Directivo, es la improcedencia de admitir oficiosamente más causas de disolución de las establecidas por la ley para las Compañías mercantiles, dados los daños más o menos irreparables que de ello podría se-

el número de socios que la formen) la composición y la estructura del patrimonio social.

En abierto contraste con estas posiciones hay que registrar la de RUBIO y la que nosotros mismos hemos mantenido³⁶. Como después desarrollaremos nuestro punto de vista (solo apuntado en aquella obra dado su carácter general) vamos a limitarnos por el momento a exponer las ideas cardinales en que descansa el criterio de aquel autor.

Hay que resolver el problema, dice RUBIO³⁷ fuera del capítulo IX de la LSA y, cabalmente, por consideraciones realistas: las de impedir que, de nuevo, un concepto totalitario de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales se abstiene en mantener —contra el principio de buena fé y verdad del tráfico— la tajante separación entre sociedad y el elemento personal que le sirve de obligado y decisivo sustrato. Como instrumento para desdoblar equívocamente en la vida jurídica la propia personalidad y eludir el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada del artículo 1911 del C.C. Si cesa la pluralidad personal desaparece uno de los supuestos esenciales de la sociedad como organización y como persona jurídica. No cabe hablar de sociedades, ni sobre todo de aplicar el derecho para éstas previsto, cuando se trata de las llamadas sociedades unipersonales.

La Jurisprudencia antes citada no ha despejado la incognita. No lo necesitaba para enfrentar los casos que sometían a su competencia y ha preferido no meterse en profundidades. Hay ciertamente, en los considerandos de dichos fallos, alusiones más o menos encubiertas a la cuestión pero ni son los suficientemente claras para inducir de ellas una postura definida, al menos en línea de principio

NOTA :

Una sociedad de estas características será casi siempre una sociedad simulada. Claro está que puede no ser así. Estamos entonces ante una sociedad real a la que no hay por que no aplicar el beneficio de limitación de responsabilidad. Los titulares del 2% gozan del derecho de información y de la facultad de impugnar los acuerdos sociales. Se trata pues, de una sociedad "de comodo" que eventualmente puede llegar a ser incómoda para el "dominus societatis". De todos modos no hay duda que una situación de preponderancia tan radical se compecece mal con la idea de empresa colectiva y se presta al abuso de la personalidad jurídica por parte de quien tiene una mayoría tan exorbitante. Por eso, y sin perjuicio de que el abuso deba ser reprimido siempre que se produzca, es aconsejable de "jure condendo" exigir, para que haya sociedad, no solo un número mínimo de socios, sino (en las sociedades cerradas, por supuesto) también una participación accionaria mínima.

36 Estudios de Derecho mercantil I, 1, pág. 243.

37 Ob. cit. pág. 431.

Una primera postura postula que dado que la sociedad subsiste, como tal S.A., subsiste, igualmente, la limitación de responsabilidad. GARRIGUES-URIA ³³ después de hacer la salvedad de que “siempre quedará en pie el problema de si el accionista único queda o no obligado a responder ilimitadamente por las obligaciones sociales contraídas en el tiempo que dure esa situación anormal”, lo que es una cuestión que han de resolver en definitiva los Tribunales, se inclinan por sostener que al “no establecer la Ley la responsabilidad ilimitada del accionista único —como lo hace por ejemplo el Código italiano— y admitida implícitamente la licitud de las sociedades unipersonales al no admitir que el hecho de la concentración de todas las acciones en una sola mano sea causa de disolución, no parece que existan puntos de apoyo suficientemente firmes para obligar al accionista único a responder ilimitadamente”.

GIRON TENA ³⁴ después de reconocer que a pesar de haberse resuelto afirmativamente la subsistencia de la sociedad reducida a un solo socio, no se ha decidido nada sobre el régimen de estas figuras anormales, y cree que puesto que la sociedad sobrevive, conserva su autonomía patrimonial plena, “pero siempre que se produzcan *chanchullos o impurezas* las personalidades individual y de la S.A., han de considerarse como idénticas”. La posición de GIRON se aproxima pues a la que siguen, hoy por hoy, muchos e importantes países, según hemos visto.

BERGAMO ³⁵ sostiene igualmente la no extensión de la responsabilidad al patrimonio del socio único. No es exacto —escribe— que la concentración de acciones en una sola mano envuelva un negocio fraudulento. La compañía anónima, como ente con personalidad jurídica, responde siempre con todo el patrimonio (“ad infinitum”) de sus obligaciones. Los peligros que se derivarían de la posesión de todo el paquete accionario por un solo socio son en definitiva los mismos que si dicho socio controlase, por ejemplo, el 98%, (Nota) del capital social. La garantía de los terceros debe residir en un enérgico régimen de publicidad (balance, cuenta de resultados, inscripciones registrales, etc.) que les permita graduar la medida del crédito concedible a la Compañía así como conocer (cualquiera que sea

³³ Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas II, pág. 701.

³⁴ Derecho de Sociedades Anónimas pág. 79.

³⁵ Sociedades anónimas-Las acciones, III, pág. 370.

posición de Motivos, cegada por su propio galimatias lógico, haya omitido ponerlo de manifiesto, se opone a que la liquidación de una empresa perfectamente solvente, se produzca por el simple hecho de que un tercero así lo exija, y no es razonable que, a pesar de que la marcha del negocio sea próspera, se mantenga indefinidamente suspendida sobre la cabeza del empresario la espada de Damocles que supone la disyuntiva de pagar al acreedor exigente, o exponer se a que se abra el proceso liquidatorio con todas las graves consecuencias que ello lleva consigo. Una cosa es que el empresario, que actúa camuflado bajo la hojarasca de la personalidad jurídica, tenga que pagar a expensas de su patrimonio personal cuando el patrimonio social sea insuficiente, y que a estos únicos efectos, se conceda al Juez un margen de discrecionalidad en la apreciación de si la unipersonalidad de la sociedad es o no definitiva, y otra muy diferente que el Juez se vea forzado a decretar la disolución cuando un acreedor se lo pida, aunque esté convencido de que la concentración de acciones es ya un hecho prácticamente irreversible. La Jurisprudencia finalmente, y a partir de la Resolución de 11 de abril de 1945 ha proclamado que las causas de disolución de las sociedades deben interpretarse restrictivamente, criterio del que, por lo que respecta al caso objeto de nuestro estudio, discrepamos en términos generales si bien encuentra sólido apoyo (que la Jurisprudencia no invoca, por cierto) en las consideraciones que anteceden.

Así pues hemos llegado, aunque no sin cierto esfuerzo, a una conclusión que parece rotunda. La concentración de acciones en una sola mano no es causa de disolución de la S.A. ó de la SRL. Pero ¿en qué situación se encuentra la sociedad mientras su capital se encuentra concentrado en poder de un solo socio?. ¿Responde éste personalmente de las obligaciones sociales contraídas durante el tiempo que duró la concentración?. Si se contesta afirmativamente ¿cómo y de qué manera responde?

El legislador se ha lavado las manos ante estas cuestiones trascendentales. Como subraya RUBIO³² no son únicamente razones de equidad, ó de política legislativa, las que obligan a adoptar una solución más enérgica fuera de la problemática de la sociedad por acciones. Son acuciantes estímulos derivados de la necesidad de llenar en este punto el vacío legal. Esto explica que haya opiniones para todos los gustos y que algunas registren vacilaciones y no resulten del todo concluyentes.

32º Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, pág. 431.

largo, pero que, lógicamente no puede ser indefinido, la sociedad subsista, incluso conservando su plena autonomía patrimonial?

Ante texto tan confuso nada de particular tiene que la doctrina española ande bastante desorientada. La Jurisprudencia, muy escasa sobre el particular, al menos a nivel de Casación, se ha limitado a resolver el problema concreto que se le ha planteado sin adentrarse en generalizaciones que, sin duda, ha estimado peligrosas.

En efecto la primera cuestión que suscita la interpretación de los textos legales, o mejor dicho la inexistencia de textos legales, a la luz de la Exposición de Motivos es si verdaderamente ha querido excluirse que la reunión de acciones en una sola mano sea causa de disolución de la sociedad. Porque podría pensarse, no sin fundamento, que la disolución de una sociedad reducida a un solo socio es la normal consecuencia de la falta de los presupuestos básicos para que haya sociedad, de forma que para llegar a la solución negativa ni siquiera hace falta que la ley declare expresamente que la sociedad deviene inexistente cuando todas las acciones o participaciones sociales son adquiridas por un solo socio. De acuerdo con este modo de pensar, rigurosamente correcto, a nuestro juicio, la Exposición de Motivos solo tendría un valor: excluir la disolución "ipso iure" cuando se llegue a esa coyuntura extrema.

Sin embargo no parece que esta tesis pueda prevalecer. En primer lugar su aplicación práctica tropezaría con la dificultad, nada desdeñable, que dimana de la existencia de un plazo que acote el período de interinidad. La dificultad no sería insalvable pues podría encomendarse a los Tribunales la facultad de ponderar, caso por caso, cuando la interinidad ha cocluido. Como veremos más adelante, y de acuerdo con la tesis que aquí se patrocina, esta facultad hay que reconocerla de todos modos a la autoridad judicial.

Las dificultades vienen por otro lado. La LSA, al ocuparse de las causas de disolución de esta forma social solo concede legitimación activa para reclamar la misma, a través del procedimiento que regula su artículo 152 (salvo que se trate de vencimiento del término, único supuesto en que la disolución se produce automáticamente) a los accionistas, e, implícitamente, a los administradores, pero no a los terceros. Por otra parte aunque se considerase que en este caso especial también los terceros están legitimados para pedir la disolución no parece lógico que la vida de la empresa dependa del capricho o mala fé de un acreedor. La disolución comporta la liquidación. El principio de conservación de la empresa, que es el único que realmente puede justificar el criterio legislativo, a pesar de que la Ex-

reunión de las acciones en una sola mano acaece más adelante, lo cual puede ser consecuencia de un hecho no previsto ni querido. En cualquier caso lo que una Ley no puede hacer, por muy sincera que quiera ser, es admitir el fraude de la ley porque se considere incapaz de reprimirlo. Una de dos ó se sanciona la viabilidad de la sociedad de un solo socio, como instrumento para posibilitar el ejercicio del comercio por persona individual, con el beneficio de la responsabilidad limitada, y entonces, prescindiendo de si éste es el camino más adecuado para alcanzar dicha finalidad, debe admitirse así paladinamente sin establecer una distinción, a todas luces artificiosa, entre la fase de constitución, y la vida posterior del ente social, o se condena abiertamente el fraude, bien decretando la disolución de la sociedad cuando todas las acciones vayan a parar a manos de un solo socio, bien imponiendo a éste, como hacen otros Ordenamientos (entre los cuales destaca el Código Civil italiano que tan de cerca sigue nuestra Ley en muchos puntos) la responsabilidad ilimitada por las obligaciones sociales durante el tiempo que la sociedad permaneció en un estado que, sin lugar a dudas, debe estimarse irregular. Por lo demás la supuesta impotencia para reprimir el fraude no es más que una verdad a medias. Se admita o no que la simulación puede darse en la constitución de una S.A., igual que en cualquier otro negocio jurídico, la realidad es que a nada que los Tribunales de Justicia gocen de la cierta libertad en la apreciación de la prueba no es difícil, si se quiere llegar al fondo de la cuestión, averiguar si la sociedad pertenece o no a un solo socio. Como se ha indicado anteriormente los precedentes extranjeros (que invoca la Exposición de Motivos) demuestran que los Jueces de la mayor parte de los países no han tropezado con dificultades en apreciar la existencia de un "dominus societatis" ó "maître de l'affaire", aunque, por razones diversas, ya comentadas, solamente hayan condenado la situación cuando han creído que debían hacerlo.

Si las cosas quedasen aquí la solución patrocinada por la "Exposición de Motivos", aunque ilógica y contradictoria, sería, por lo menos, concluyente. Pero resulta que los autores de la Exposición de Motivos, sin perjuicio de rendir homenaje a ... los testafierros, nos dicen que la reunión de las acciones en una sola mano no debe producir la "inmediata" disolución de la sociedad "por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios". ¿En que quedamos pues?. ¿Se trata de plegarse a la realidad, o de salvar situaciones de emergencia permitiendo que durante un período de tiempo más o menos

que la reducción del número de socios a la unidad no extingue ni disuelve la sociedad.

Dice la Exposición de Motivos que “en la ordenación de las causas de disolución la Ley sigue “pari pasu” las directrices del Derecho español vigente, y, en esencia, la tendencia general del extranjero. Más rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse, ni considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano ni hace de la declaración de quiebra una causa específica, aunque no excluya la posibilidad de que, por obra de esa declaración, pueda producirse la disolución de la sociedad. En cuanto al primer punto, la omisión, que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución que, a primera vista, *viene impuesta por la naturaleza de la sociedad como resultante del acuerdo de varias voluntades, y aún por la misma estructura de su organismo que presupone pluralidad de actividades*, no es otra cosa que un homenaje a la sinceridad, de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y el Derecho legislado; y la realidad es que, aún en los supuestos de reunión de acciones en una posición de verdaderos testafierros, no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad, *por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios*”.

Raras veces se encontrará el lector ante un texto más desafortunado que el que acabamos de transcribir. La Exposición de Motivos nos dice que la reunión de acciones en una sola mano, no se considera causa de disolución de la sociedad para “rendir tributo a realidades que no deben desconocerse” y a las cuales debe plegarse todo legislador para hacer gala de sinceridad “cuando advierte un divorcio entre la realidad y el derecho legislado”. ¿A que divorcio se refiere la Exposición de Motivos?. Al parecer al que se produce entre la naturaleza institucional de la sociedad, que el propio texto criticado reconoce más arriba, y la facilidad con que esa naturaleza institucional se desfigura y se camufla, “mediante la interposición de verdaderos testafierros”. Ante esta toma de posición sobre el problema, ante este “homenaje a la sinceridad” uno no comprende porque el legislador no ha reconocido igualmente su impotencia al tiempo de regular la fundación simultánea de la sociedad, y exige que el número de fundadores se eleve a tres siendo así que bastan dos para celebrar el contrato de sociedad, y que la posibilidad de valerse de socios de complacencia está mucho más a la orden del día cuando se trata de constituir una falsa sociedad que, después, ó sea si la

la situación de una S. A. o de una S. L. reducida a un solo socio? ¿Se disuelve la sociedad?. ¿Responde personalmente el único socio?. Como hemos hecho hasta ahora estudiaremos con separación ambas cuestiones.

La primera de ellas —disolución de la sociedad— está clara, al menos en principio. La concentración de todas las acciones en una sola mano no produce la disolución de la sociedad. En rigor no hay texto legal alguno que lo disponga así expresamente pero ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, había entendido que el silencio legislativo debía considerarse equivalente a la negativa dado “el carácter restrictivo de las causas de disolución de las Compañías mercantiles”. La LSA de 17 de julio de 1951 omite incluir ésta en el elenco de las causas de disolución (artículo 150) y la Exposición de Motivos de la Ley nos aclara que la omisión ha sido deliberada y que, en consecuencia, la sociedad no entra en disolución por el hecho de que todas las acciones de una S.A. se reúnan en una sola mano. La ley sobre Sociedades de responsabilidad limitada copia casi literalmente el artículo 150 de la LSA, al determinar las causas de disolución de aquellas sociedades (cfr. artículo 30 de la Ley) lo que significa, aunque la Exposición de Motivos de dicha ley no diga nada al respecto, que la solución es la misma. La Jurisprudencia posterior a ambas leyes (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1955 —relativa a S.A.— y de 19 de noviembre de 1955 —atinente a una S.L.— así como la Resolución de 22 de noviembre de 1957, también referente a sociedades de esta clase) ha confirmado la que podríamos llamar interpretación auténtica de los textos legales (que, insistimos, nada dicen en realidad sobre la materia) y, por consiguiente, se puede dejar sentado como dato seguro que ni las S.A. ni las S.L. se disuelven por el solo hecho de que las acciones o participaciones legales se concentran en una sola persona, natural ó jurídica. Después examinaremos con algún detenimiento esta Jurisprudencia que, como se vé, no es muy abundante, y que tampoco resulta muy ilustrativa sobre la situación jurídica, en derecho español, de la sociedad reducida a un solo socio.

Después de lo dicho fácilmente se comprenderá que resulta del mayor interés examinar las palabras que la Exposición de Motivos de la LSA dedica al tema, no solo porque constituye por su propia naturaleza un elemento interpretativo de primer orden, sino porque, además, es el único dato concreto que permite afirmar con seguridad

lizar y que hayan redundado en su perjuicio³¹ Por otro lado esta especie de responsabilidades mediata que pesa sobre la sociedad dominante no se circunscribe al supuesto de que todas las acciones de la filial estén en manos de la sociedad madre. El contrato de dominación no exige este requisito (al revés que la incorporación o integración que requiere, por lo menos, que la sociedad incorporante posea el 95% de las acciones de la incorporada), y en el supuesto de grupos de hecho basta, según el artículo 311 de la AktG, que la influencia de la sociedad dominante sobre la dominada sea suficiente como para inducir a la otra sociedad a la realización de un acto jurídico que le sea perjudicial.

Más lejos llega todavía el Proyecto de Estatutos de la llamada Sociedad Anónima Europea. Según el artículo 6º una sociedad dependiente es una empresa jurídicamente autónoma sobre la que otra empresa, denominada principal, puede ejercer directamente o indirectamente una influencia dominante, y ello siempre que una de estas dos compañías sea una S. E. Se agrega que en todo caso una empresa será considerada que depende de otra cuando ésta tenga la posibilidad respecto a la primera: a) De disponer de más de la mitad de los votos correspondientes al total de los títulos emitidos. b) de designar más de la mitad de los miembros de sus órganos de control y dirección. c) de ejercer en virtud de contratos una influencia preponderante sobre su gestión. Como se vé la noción de control se entiende en un sentido bastante lato y con ello nos alejamos de la "one man. company" aunque naturalmente el supuesto no esté excluido. Pero la disposición verdaderamente trascendente se encuentra en el artículo 229. La empresa dominante, dice este artículo, tanto si tiene su sede en el interior como en el exterior de los Estados miembros *responde solidariamente* de las obligaciones de la empresa dependiente cuya sede esté en el interior de los Estados miembros. La acción no puede, sin embargo, ser ejercitada más que cuando el acreedor pruebe haber intentado sin éxito conseguir la liquidación de su cuenta acreedora con la empresa dependiente. Se abandona pues el complicado sistema de la AktG para imponer lisa y llanamente a la sociedad dominante responsabilidad directa (solidaria, aunque subsidiaria, lo cual no deja de ser un tanto anómalo) por las deudas de las sociedades controladas.

Después de esta visión panorámica del problema, parece necesario volver la vista hacia el derecho español. ¿Cuál es en España

31 Para más detalles sobre estos particulares Cfr. Estudios I, 2. págs. 239 y sigs.

que las acciones transmitidas a terceros lo hayan sido simulada o fiduciariamente. No deja de ser curioso, sin embargo, que la propia Jurisprudencia, tan tolerante en este sentido, se muestre sin embargo muy rigurosa y no se ande por las ramas a la hora de penetrar a través de la personalidad jurídica de la sociedad cuando se trata de que el Fisco cobre sus impuestos. E incluso en algunos casos, al margen del fraude de la ley, se admita la identidad entre la sociedad dominante y la dominada. En el caso *Stone and Knight Ltd. v. Birmingham Corporation* se reconoce a la Holding el derecho a obtener una indemnización por los daños sufridos a consecuencia de la interrupción de un contrato de arrendamiento de un inmueble que fué expropiado por causa de utilidad pública y que no utilizaba directamente la sociedad madre sino la filial.

En los Estados Unidos la posición de la sociedad madre respecto de la sociedad filial en orden al pago de las deudas de la segunda sigue los principios que antes quedaron expuestos. En tanto ambas sociedades conserven su autonomía patrimonial se estima que se trata de dos "Corporations" diferentes y la autonomía recíproca de sus patrimonios es plena. Los problemas que la concentración de empresas suscita en Norteamérica se proyectan principalmente sobre el llamado "derecho constitucional económico", en la guerra contra las situaciones monopolísticas o de limitación de la competencia (que se ha llevado a cabo a través de la famosa legislación "anti-trust"). Obviamente nos alejaría totalmente de nuestra línea expositiva el que entrásemos ahora en el estudio de estas cuestiones.

Solamente la legislación alemana ofrece, hasta el presente, una reglamentación orgánica de los grupos de sociedades. Se advierte en ella, por lo que respecta a la materia objeto de nuestra investigación, una doble directriz. Por una parte se mantiene el principio de la subsistencia de las sociedades dominadas a todos los efectos, y salvo el caso de la "integración" (institución próxima a la fusión pero distinta de ella, no se decreta la responsabilidad directa de la sociedad dominante por las deudas de la sociedad dominada. La protección de los acreedores en la AktG. se obtiene, cuando media un contrato de denominación, merced a la obligación que se impone a la sociedad dominante de equilibrar a su costa las pérdidas del ejercicio cuando no pueden ser enjugadas con reservas constituídas durante la vigencia del contrato. Si no media un contrato de dominación (grupos de hecho) la tutela de los acreedores se consigue por la vía de la indemnización que la sociedad dominante debe satisfacer a la sociedad dominada por cada uno de los actos que le haya obligado a rea-

por razón de las que pueden llamarse “deudas del grupo”.²⁹ En cambio es legítimo preguntarse si el problema concreto de la responsabilidad de la sociedad madre por las obligaciones de la filial puede ser tratado, en el plano jurídico, de forma diversa que si se trata de una sociedad que pertenece a un solo accionista (persona física).

En principio la respuesta debe ser negativa, sobre todo si el el tema lo referimos a la hipótesis límite, de concentración de acciones en una sola mano. Por esto coincidimos con GRISOLI³⁰ cuando afirma que no es posible dispensar un tratamiento distinto al único socio persona física, ó al único socio persona jurídica, salvo que el legislador establezca expresamente la distinción. Esta distinción no existe, desde luego, en derecho italiano, ni tampoco en derecho español.

Por desgracia casi ningún Ordenamiento regula de modo completo la temática de los grupos de sociedades a pesar de la tremenda envergadura del fenómeno. Encontramos disposiciones dispersas que contemplan algunos aspectos de esa problemática, en la legislación francesa (que se ocupa en particular de las cuestiones que suscitan las llamadas participaciones recíprocas) la legislación inglesa (que después de definir lo que debe entenderse por “subsidiary company” y por “Holding Company” atiende principalmente al aspecto contable de la situación sancionando la obligación de presentar balances consolidados y prohíbe que, incluso bajo forma fiduciaria o enmascarada, la sociedad controlada pueda participar en la “Holding”), y la legislación argentina (que dedica a la materia los artículos 31 á 33). Sin embargo ninguna de ellas aborda de modo claro y terminante el problema de la responsabilidad de la sociedad madre por las deudas de la filial.

En Inglaterra parece posible la aplicación de la sección 31 de la “Companies Act” a las llamadas “wholly owned subsidiary”. La sociedad dominante si no se ha preocupado de dejar en poder de terceros un número determinado de acciones puede ser llamada a responder por las obligaciones de la sociedad controlada, ni más ni menos que si se tratase de un único accionista persona física. Sin embargo la influencia sobre la Jurisprudencia inglesa del famoso caso Salomón v. Salomón, permite fácilmente eludir la aplicación de la norma sin más que tomar la precaución aludida. Poco importará a estos efectos

29 Ver un resumen de esta problemática en Estudios cit. I. 2. págs. 223 y sigs.

30 Ob. cit. pág. 302.

Todavía es más radical nuestra discrepancia con la segunda. Sostener que un acto dirigido a eludir una norma básica y fundamental, como es el artículo 2740 del Código italiano (similar al artículo 1911 de nuestro C. C.) no constituye fraude a la ley, nos parece totalmente inadmisibles. Como después habremos de tratar la cuestión, al ocuparnos del derecho español, nos remitimos a lo que entonces se dirá. Por el momento basta destacar que si la interpretación indicada prospera definitivamente los artículos 2363 y 1497-1º del Código Civil italiano devienen, prácticamente, normas inoperantes.

La influencia indiscutible de la doctrina germánica sobre los autores italianos se ha visto, en esta materia concreta, reforzada por la experiencia anglosajona. Según hemos visto anteriormente, al examinar las sociedades de conveniencia, la tendencia dominante en los países germánicos y anglosajones (también en Francia), es la de reconocer validez a estas sociedades negando su eventual nulidad "sub especies simulationis". No importa tampoco que de esta forma venga a sancionarse por vía indirecta una excepción al principio de la responsabilidad patrimonial universal. Lo decisivo es únicamente que no se produzcan abusos (sobre lo que ha de entenderse por "abuso" en este sentido ver "supra"). Si los respectivos patrimonios se mantienen separados, y si la administración de la sociedad se ejerce honestamente no hay porque declarar responsable al único socio de las obligaciones sociales, aunque la sociedad no tenga de tal más que el nombre. Sobre la base de este planteamiento se comprende: 1º). Que salvo expresa disposición en contrario se defienda que la sociedad no entra en fase de disolución aunque quede reducida a un solo socio. 2º). Que en tanto la sociedad subsista (interina o definitivamente) el patrimonio del socio quede totalmente marginado de las obligaciones sociales, salvo siempre el supuesto de abuso.

Estos criterios son válidos tanto para el supuesto de que el único socio sea una persona física como en el caso de que se trate de una sociedad filial cuyas acciones pertenecen por entero a la sociedad madre. No hay duda que el problema de la responsabilidad de la sociedad madre por las deudas de la filial reviste, en el aspecto práctico, una importancia mucho mayor que cuando el único accionista es una persona física, dada la creciente expansión de los grupos de sociedades, a los que ya hemos aludido, y su volumen económico, a veces enorme. No es ahora momento adecuado para examinar los problemas que plantean en general los grupos de sociedades, y que no se reducen, por supuesto, al problema de la responsabilidad

guirse. Todo lo demás es literatura —más o menos buena, pero literatura—. Frente a la ambigua frase que alude a los eventuales abusos que podría cometer el único titular prevaliéndose de la laguna legislativa, y la vaga alusión a la posibilidad de que los Tribunales a instancia de parte, “o de oficio” (?), puedan dictar los “acuerdos y sanciones correspondientes” (con lo cual la eventual responsabilidad del único socio queda definitivamente envuelta en una oscura nebulosa) destaca, sin embargo, la referencia a situaciones que pueden plantearse en el seno de las sociedades familiares, y a la posibilidad de restablecer el equilibrio “transitoria c excepcionalmente alterado”

La Sentencia de 3 de octubre de 1955 que se cita en apoyo de la no disolución de las sociedades unipersonales no es muy clara, incluso sobre este particular en concreto. Se trataba de un local arrendado a una S.A. y se demandó la resolución del arriendo, por cambio de la personalidad del arrendatario, al encontrarse concentradas todas las acciones de la sociedad arrendataria en una sola mano. El Tribunal Supremo no accede a la resolución. Pero de los considerados del fallo lo único que resulta con claridad es que el cambio o transferencia de acciones no produce la extinción de la personalidad jurídica social (cuestión, que, en si misma, no tiene relación directa con la subsistencia o desaparición de la sociedad reducida a un solo socio). Del considerando 5o. parece desprenderse, por otra parte, que el juzgador de instancia no dió por probado que la concentración hubiera tenido lugar, por lo que “huelga tratar como quedan disueltas las S.A.” (considerando 6o.).

La Sentencia de 19 de noviembre de 1955 contempló un caso complicado. Una sociedad de responsabilidad limitada perteneciente a un solo socio arrendó, en esa situación, un local de negocio. Disuelta la sociedad la empresa continuó funcionando a nombre del único socio en calidad de comerciante individual. El arrendador conocedor de todo ello continuó cobrando el alquiler y girando los recibos a nombre de “Compañía Z” que, como antefirma, utilizaba el socio en lugar de hacerlo a cargo de “Compañía Z de Canarias Limitada” que era la denominación de la sociedad cuando existía como tal. Un buen día el arrendador pretende la resolución del arrendamiento fundándose en que al haberse disuelto la sociedad ha existido traspaso (de la sociedad persona jurídica al socio). El Tribunal Supremo aunque reconoce que, al verificarse la disolución de la sociedad y adjudicarse la empresa al único socio, hubo efectivamente traspaso, que hubiera podido determinar la resolución del contrato, estima que la preten-

sión del arrendador es improcedente, pues de sus actos posteriores se deduce inequívocamente que consintió dicho traspaso.

En el segundo considerando el Supremo dice que si “bien es cierto que el artículo 116 del C. de C. requiere más de una persona para crear una Compañía, dicho cuerpo legal no establece con motivo de disolución de las mismas la reunión en una sola mano de todo el capital, como tampoco la comprende los artículos 150 de la LSA y 30 de la LSRL, explicando la Exposición de Motivos de la primera de dichas Leyes la existencia de tal omisión por la necesidad de poner en armonía el derecho legislado con la realidad que ofrece el hecho de que aún en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano no se produce la inmediata disolución de la sociedad por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de los socios, consideraciones que son de aplicar a la SRL”. Como se vé ni una sola palabra sobre el tema de la eventual responsabilidad del único socio. Únicamente la reiteración de que la determinación de las causas de disolución de las sociedades recantiles en materia de interpretación restrictiva, y la cita de la Exposición de Motivos de la LSA (sobre la cual no hemos de volver), todo lo cual es en el fondo puro y simple “obiter dicta”, pues en rigor, la “ratio decidendi” estribó en el consentimiento tácito del arrendador a todo lo hecho por el arrendatario.

Por último la Resolución de 22 de noviembre de 1957 analiza una escritura de transmisión de participaciones sociales. La escritura fundacional de la sociedad (limitada) contenía un pacto por virtud del cual la sociedad se extinguiría al fallecer uno de los socios. Muerto, en efecto, uno de ellos los herederos del difunto transmitieron las participaciones sociales al superviviente. El Centro Directivo se enfrenta con dos problemas: carácter automático de la disolución (pactada) por muerte de un socio, extremo que rechaza, y eventual subsistencia de la sociedad debido a que, por obra de la transmisión, todas las participaciones habían devenido propiedad del socio supérstite.

Respecto de este segundo aspecto del caso (que es el que nos interesa) la Resolución dice que “en cuanto a la posibilidad de subsistencia de sociedades con un solo socio *se hace preciso extremar la atención*, pues aunque se justifique la persistencia de la personalidad jurídica de la sociedad mediante la distinción entre requisitos exigidos para su constitución y requisitos exigidos para su subsistencia, una vez creada, y entender que la pluralidad de partes es necesaria en el primer caso, pero no en el segundo, siempre resultaría muy difícil cuando no imposible el cumplimiento de preceptos que como

los artículos 12, 14, 17, 20 y 27 entre otros de la LSRL, se refieren a las relaciones internas entre los socios, relaciones inexistentes, dada la sola presencia personal del único socio, la cual destruye la natural oposición del interés de la sociedad —entendida como pluralidad de socios— y el interés particular del socio, comprendidos en uno, y se sancionaría la posibilidad de patrimonios separados afectados a una determinada responsabilidad en contradicción con lo ordenado por el artículo 1911 del C. C. Sin embargo, sigue diciendo la Resolución, el artículo 30 de la LSRL no establece entre las causas de disolución de la LSRL la concentración de todas las participaciones sociales en una sola mano y “como esta materia es de interpretación restrictiva no deben aumentarse esas causas de disolución por lo que habrá que considerar como *temporalmente subsistente* la S.L. reducida a un solo socio, en tanto pueda producirse su vuelta a la normalidad y reconstitución mediante la disposición de parte de sus participaciones sociales por el único titular —circunstancia que ha tenido lugar en el presente caso— sin que, por cierto en el derecho español, a diferencia de algunos extranjeros exista plazo para salir de tal situación, *transitoria por naturaleza*, y así no halla más límites que los del abuso del derecho y el respeto a la buena fé”.

Como se vé tampoco se discutía el problema de la responsabilidad del único socio, sino unicamente la subsistencia de la sociedad que la Dirección afirma una vez más invocando el reiterado principio de la índole restrictiva de la causa de disolución. Aunque el resto de los considerados sea “*obiter dicta*”, no está demás subrayar, de un lado la clara alusión a la incidencia del artículo 1911 del C. C. sobre la sociedad de un solo socio, y de otro la indicación explícita de que se trata de supuestos transitorios por naturaleza (hasta el punto que la sociedad solo se declara *temporalmente* subsistente), si bien al final se llega a la desoladora conclusión de que todo esto no tiene más límites que los del abuso del derecho y el respeto a la buena fé, frase sibilina que se compadece mal con la postulada temporalidad de la sociedad reducida a un solo socio y con la posibilidad —*entrevisa*— de aplicarle el artículo 1911 del C. C.

A mi juicio es precisamente ese precepto el que debe darnos la clave de la solución. El artículo 1911 del C.C. al disponer que “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros” establece una regla general que, al propio tiempo, consagra un principio fundamental inspirado en las más puras esencias de la justicia distributiva. Ciertamente esta regla general admite excepciones, aunque quizás no tantas como a veces se pre-

tende. Estas excepciones obedecen a consideraciones de diversa índole, pero no parece admisible que el interprete las cree por su cuenta.

No es solo el peso del viejo aforismo según el cual las normas excepcionales no pueden ser objeto de interpretación extensiva, criterio que aplicado a rajatabla resulta a todas luces excesivo, pues si es verdad que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma regla de derecho no se ven motivos suficientes para excluir —la aplicación de éste principio, también fundamental, pues consagra la viabilidad de la analogía y con ella la de cubrir lagunas del Ordenamiento positivo supliendo su insuficiencia y dotándole de la adecuada flexibilidad, a normas que constituyen una excepción o desviación a lo dispuesto por una regla general determinada, si bien parece aconsejable, en tales supuestos, extremar el rigor para comprobar si dan efectivamente los requisitos necesarios que condicionan la aplicación analógica. Además hay reglas generales de muchas clases. Unas están expresamente consagradas por los textos legales. Otras las induce la Jurisprudencia (o la doctrina) no siempre con causa justificada. Finalmente no es extraño que la regla general sea un puro residuo histórico de concepciones trasnochadas que no responde a la evolución del sistema jurídico y a los presupuestos sobre los que ahora se asienta una determinada institución.

Pero nada de esto acontece con la regla general que sanciona la responsabilidad patrimonial universal de todo deudor. En primer lugar se trata de una regla expresamente formulada. En segundo término responde a una exigencia elemental de la justicia. El que debe tiene que pagar si cuenta con bienes suficientes para ello. Abrir la mano en las excepciones equivale a conceder a los desaprensivos una mayor posibilidad de desentenderse del cumplimiento de los compromisos que han contraído, o de las obligaciones pecunarias que derivan de su comportamiento en general. No es lo mismo conceder a quien hereda el beneficio de limitar su responsabilidad, por unas obligaciones que él no ha asumido, a los bienes hereditarios, mediante el instituto del beneficio de inventario, o permitir al naviero concretarla en supuestos excepcionales dadas las características y los riesgos inherentes a la explotación marítima, aunque hoy el seguro pueda cubrir ampliamente estos riesgos, que conceder a cualquiera la posibilidad de adscribir ciertos bienes al cumplimiento de determinadas actividades de modo que el resto de su patrimonio permanezca insensible a las consecuencias dimanantes del ejercicio de aquellas, por muchas que sean las medidas de publicidad que se adopten para

procurar que los terceros sepan a qué atenerse.

En materia de sociedades el legislador ha concedido el beneficio de la limitación de responsabilidad, según hemos apuntado antes, para estimular la colaboración económica y personal que es inherente a la idea misma de sociedad, si bien este privilegio lo haya concretado a ciertas formas sociales sujetas a una reglamentación especial para evitar los abusos. Que, por diversas razones, pueda resultar conveniente extender este beneficio al empresario individual es cuestión distinta. Pero resulta indiscutible que corresponde al legislador, y no al intérprete crear la nueva excepción y disciplinar su normativa.

Obviamente la sociedad reducida a un solo socio no es sociedad. La sociedad exige no solo para nacer sino también para subsistir una pluralidad de personas. La vieja máxima "non est societas sine comunione" conserva íntegra su vigencia. La comprobación es simple. Basta leer cualquier texto legal destinado a disciplinar la sociedad en general, o un tipo particular de sociedad, para comprobar al punto que la normativa opera sobre el presupuesto de que la sociedad consta de una pluralidad de personas. Como destaca RUBIO (ob. cit. pág. 430) todas las normas de la Ley que se refieren al funcionamiento de las Juntas generales quedan vacías de contenido ante la hipótesis de sociedad reducida a un solo socio. La Resolución de 22 de noviembre de 1957 viene a decir lo mismo, por lo que respecta a las SRL, y agrega, además, la inutilidad, para tal supuesto, de preceptos como los artículos 20 y 27 de la Ley especial.

El hecho de que en la sociedad unipersonal el funcionamiento y la existencia misma de la Junta, como tal Junta, sea puramente teórico tiene más gravedad de lo que a primera vista parece. Las reuniones en la Junta, sobre todo a la hora de aprobar las cuentas del ejercicio, el balance, y, en una palabra, al constatar cual es la verdadera situación económica de la sociedad, no es algo que interese solamente a los socios. Ciertamente los acreedores no tienen acceso a las Juntas, ni tampoco a la contabilidad de la Compañía (excepto el caso previsto por el artículo 119 de la Ley) pero no cabe duda que de cara a los que se dispongan a contratar con la sociedad, y que por supuesto tienen derecho a controlar la situación de la Compañía pues en otro caso pueden negarse a tratar con ella, cuantas mayores sean las garantías de que el balance de la sociedad revela su situación real, mayores serán también las probabilidades de que no se sorprenda la buena fe de los terceros. La Junta, por supuesto, aunque sea verdadera Junta, es decir, pluripersonal, no representa

una garantía suficiente de que la situación contable de la sociedad se corresponde exactamente con su situación patrimonial real, pero no cabe duda que a través del derecho de información, del de voto y del de impugnación, salen a la luz muchas veces aspectos que los dirigentes de la sociedad, o los accionistas de control, prefieren que permanezcan en la sombra. Es verdad que el absentismo del pequeño accionista determina que esta labor fiscalizadora sea muy a menudo inoperante, pero no siempre ocurre así. En las sociedades integradas por pocos socios la cuestión cambia de aspecto porque el absentismo es mucho menos frecuente. Tampoco puede ignorarse que si se decide la nulidad de las Juntas unipersonales, por el solo hecho de serlo, como decidió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 1960 se concede a la minoría la posibilidad de llevar a la sociedad, deliberadamente, a una situación de parálisis. Esto justifica, al menos en parte, las críticas que se han dirigido contra el indicado fallo, que por cierto no se refería a un supuesto de sociedad unipersonal.³⁸ Pero no permite hacer tabla rasa de lo que por "Junta" debe naturalmente entenderse para concluir que con ello se impide el funcionamiento de la sociedad anónima unipersonal³⁹ Claro está que la generalización de la doctrina sentada por la Sentencia conduciría directamente a dejar fuera de juego las sociedades unipersonales y conduciría indirectamente a su disolución, lo que parece contrario al criterio legislativo en este punto, pero es una razón más para concluir que el régimen jurídico de estas sociedades no puede ser el mismo que el de una sociedad verdadera.

Así las cosas consideramos de toda evidencia que el beneficio de la limitación de responsabilidad se ha concedido a las sociedades (a cierto tipo de sociedades, lo que presunone que realmente nos hallamos en presencia de una sociedad auténtica. Tratar de superar la insalvable dificultad recurriendo al expediente de que la sociedad unipersonal no conculca el principio de responsabilidad patrimonial universal porque, en tanto persona jurídica, responde "ad infinitum" con todo su patrimonio, es un recurso dialéctico que no puede ser tomado seriamente en consideración. La verdad es que la personalidad jurídica del ente social no es sino el expediente técnico utilizado para otorgar al socio el beneficio de la limitación de responsabilidad. Quiere decirse que es desde el punto de vista del socio.

38 Cfr. en este sentido POLO. Prólogo a la monografía de NGO-BA-THANH, la sociedad anónima familiar ante la Ley española de 1011. v BERGAMO. ob. cit. III pág. 400.

39 Cfr. BERGAMO, ob. cit. pág. 401, nota 67.

y no en lo que afecta a la sociedad de que forma parte, desde donde debe contemplarse la interferencia del artículo 1911 del C. C.

La adecuada compaginación de este precepto con la solución (implícita) de que la concentración de acciones en una sola mano no determina la disolución de la sociedad debe llevar a la conclusión de que lo que realmente se ha querido impedir es que aquel supuesto (calificado de "anormal" y de "transitorio") no determine la disolución "ipso iure" de la sociedad, ni siquiera permita a los acreedores instar su disolución. Se evitan así los daños que pudieran derivarse de una liquidación, posiblemente improcedente e innecesaria de la empresa, y la suspensión de sus actividades normales al esquivarse la aplicación del artículo 159 de la LSA, según el cual desde el momento en que la sociedad se declare en disolución cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones.⁴⁰

Pero todo esto no tiene nada que ver con la eventual responsabilidad ilimitada del único accionista. En obsequio a la posible interinidad de la situación y a la llamada "espes refectionis" puede sostenerse, como hemos sostenido nosotros⁴¹, que en tanto se pueda presumir razonablemente que las cosas van a volver a la normalidad cabe defender la responsabilidad limitada del único accionista. Pero si el empresario social se transforma real y definitivamente en empresario individual (cuestión de hecho que tendrán que decidir en cada caso los Tribunales) hay que tratarle de acuerdo con su verdadera condición, aunque actúe a través de una sociedad, que, de tal, solamente tiene el nombre.

Volvemos a estar otra vez muy cerca de la simulación, aunque ahora no se trate de una tara del acto constitutivo sino de operar en el tráfico mediante una persona interpuesta. Si los terceros saben que contratan con una persona individual que se oculta detrás de la personalidad jurídica de la sociedad estamos ante un supuesto indiscutible de *interposición ficticia de persona* que entra de lleno dentro de la teoría de la simulación.⁴² Los terceros, probando que el acto es simulado, podrán dirigir su acción contra el "dominus" prescindiendo de la sociedad, que en tanto conserva su personalidad jurídica, queda reducida a la condición de verdadero testafierro. Cabe.

40 Cfr. en el mismo sentido el artículo 228 del C. de C., aplicables a las SRL.

41 Cfr. ESTUDIOS I, 1, pág. 381.

42 Cfr. FERRARA, La simulación de los negocios jurídicos, traducción española de ATARD y DE LA FUENTE págs. 269 y sigs.

sin embargo, que los terceros ignoren esta circunstancia y crean que efectivamente contratan con una sociedad. El supuesto, por lo que toca a las relaciones terceros-persona jurídica-accionista único queda fuera del campo de la simulación "sensu strictu". Pero la simple observación de la realidad nos descubre que nos hallamos, pura y simplemente, ante un empresario o comerciante oculto que se vale de la sociedad como persona interpuesta, aunque ahora nos encontremos ante la llamada *interposición real de persona*.

Llegados a este punto conviene llamar la atención sobre el artículo 287 del C. de C. Según este precepto el contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado, más si la negociación se hubiese hecho por cuenta del principal la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal. La norma, mucho más concluyente que la que se registra en otros Ordenamientos (así el artículo 2208 del C. C. italiano) permite descartar la tesis dominante en la doctrina italiana (contra la que se ha alzado la voz autorizada de BIGIAMI) en el sentido de que se refiere exclusivamente a los supuestos en que el factor, al obrar por cuenta del principal, ha omitido expresar el nombre de éste. En nuestro C. de C. cabe perfectamente distinguir la hipótesis de "contemplatio domini tacita" (prevista por el artículo 286 del C. de C.) de la actuación gestoria en nombre propio lo que descarta la tesis de BELVISO⁴³ para quien el artículo 2208 del Código italiano contempla solamente un caso de "contemplatio domini tacita", lo que explica la responsabilidad del "proponente", viniendo a ser la que se impone al "institore" una sanción por no haber cumplido estrictamente las normas que presiden la actuación del representante en la representación directa.

El artículo 287 cubre pues, la hipótesis del comerciante oculto, ya que en otro caso su aplicación quedaría reducida a los supuestos de factor notorio que no obstante serlo se responsabiliza de las obligaciones contraídas por cuenta del principal, (y en ese caso su responsabilidad se desata sin necesidad de recurrir al artículo 287 del C. de C. pues basta invocar el 1725 del C. C.) ó de factor que oculta su condición de tal pero que actúa para un establecimiento que ostensiblemente pertenece a otro. No es necesario encarecer hasta que punto ambas hipótesis son excepcionales mientras que, por el con-

43 En el mismo sentido MENENDEZ, Los auxiliares del empresario en RDM, n° 72 págs. 298/99.

44 L'Institore, págs. 130 y sigs.

trario, el ejercicio del comercio a través de persona interpuesta (por diversas razones y no solo para limitar su responsabilidad) está a la orden del día. Sin descartar el supuesto de que para el logro de este fin el empresario se valga de la interposición de una persona física no cabe duda de que lo más frecuente es que lo haga mediante el arbitrio de fingir la existencia de una sociedad.

Admitida la viabilidad del factor secreto no hay razón alguna para excluir que quien asuma este papel sea una persona jurídica, y más concretamente una sociedad. Bien se trata de una sociedad real, con entidad autónoma, que administre una empresa ajena (al margen de que, además, tenga otras actividades) bien de una sociedad que pertenece integralmente al dueño de la empresa y que éste ha mantenido viva al devenir dueño exclusivo de las acciones o participaciones sociales.

En este segundo caso la personalidad jurídica de la sociedad subsiste, ya que la concentración de todas las acciones o participaciones en una sola mano no ha determinado su disolución, pero su función ha quedado reducida a la de simple persona interpuesta que permite al único socio ejercer el comercio "sin dar la cara" como vulgarmente se dice. En rigor más que factor secreto propiamente dicho, que presupone la actuación de dos personas reales, lo que hay aquí (no así cuando la función de administrar la empresa de una sociedad es asumida por otra) es el desdoblamiento meramente formal de la personalidad del comerciante oculto.

Por esto aunque el artículo 287 del C. de C. no sea directamente aplicable al supuesto de sociedad reducida a un solo socio no cabe duda que puede ser aplicado por analogía, al menos en cuanto decreta la responsabilidad del principal. ¿Qué razones pueden, en efecto, aducirse que justifiquen un distinto tratamiento para el empresario que permanece oculto, porque se vale de la interposición de una persona intermedia y para el que trabaja en la sombra bajo la cobertura de la personalidad jurídica de una sociedad que de tal no tiene más que el nombre?

Las consideraciones que anteceden justifican cumplidamente que una de las normas que forman parte integrante del régimen jurídico dispuesto para la S.A. y para la SRL y que debe quedar eliminada ante la sociedad de un solo socio, sea, cabalmente, el artículo 1, inciso final de la LSA (o la última frase del artículo primero de la LSRL). La aplicación de estos preceptos a la sociedad reducida a un solo socio choca abiertamente contra el artículo 1911 del C. C. y no puede ampararse en la "ratio" que los justifica. La sociedad reducida a

un solo socio, como la sociedad de conveniencia, no es verdadera sociedad. Luego está fuera del área que no puede invadir aquel precepto, y que se reserva única y exclusivamente para determinadas formas sociales que, para merecer esta conceptualización, han de empezar por ser eso, sociedades. La simple observación de la realidad pone de manifiesto que nos encontramos ante un empresario individual que actúa valiéndose de una sociedad aparente, lo cual nos sitúa mucho más cerca del artículo 287 del C. de C. que de las disposiciones formuladas por los dos artículos que encabezan las Leyes especiales sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

Llegados a esta conclusión todavía quedan algunas cuestiones a dilucidar. ¿Podrán los acreedores sociales dirigirse directamente contra el único accionista haciendo caso omiso del patrimonio social, o deberán previamente intentar el cobro a expensas de los bienes que integran dicho patrimonio?

La aplicación directa al caso que nos ocupa del artículo 287 del C. de C. permitiría probablemente sostener (aunque tampoco el problema esté totalmente diáfano por lo que respecta a la interpretación del precepto en este punto) y de conformidad con sus antecedentes históricos (las acciones "institoria" y "quasi institoria" del derecho romano) que los acreedores puedan optar indistintamente por perseguir el patrimonio social o el personal del "dominus societatis". Sin embargo, y aunque el tema nos parece opinable, quizás sea preferible inclinarse por la otra solución. Supuesto que la sociedad reducida a un solo socio conserva su personalidad jurídica y efecto de ésta es la autonomía patrimonial, la interferencia del artículo 1911 del C. C. solo postula que se elimine la llamada autonomía patrimonial plena o absoluta, pero no se opone a que todavía pueda jugar la autonomía patrimonial relativa. Se habla de autonomía patrimonial relativa o imperfecta ⁴⁵ cuando un grupo de acreedores puede satisfacerse preferentemente sobre determinados bienes y subsidiariamente sobre los restantes bienes del titular. Sea o no la autonomía patrimonial imperfecta verdadera autonomía patrimonial ⁴⁶ lo cierto es que nuestro derecho, cuando declara responsables a los socios por las obligaciones sociales, exige que los acreedores hagan previa excusión sobre los bienes que constituyen el patrimonio social ⁴⁷.

45 Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* pág. 385, GRISOLI, *ob cit.* pág. 23.

46 Cfr. en contra CANDIAN *Instituzioni di diritto privato*, pág. 60, quien considera que solo cabe hablar de autonomía patrimonial frente a la autonomía absoluta

47 Cfr. artículo 227 del C. de C.

¿Cabe que el socio único sea declarado en quiebra por razón de las obligaciones de las que responde personalmente mientras es único socio? La respuesta afirmativa podría fundarse, sin más, en la aplicación analógica de lartículo 923 del C. de C. a tenor del cual “la quiebra de una sociedad en nombre colectivo (o en comandita) lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria conforme a los artículos 127 y 148 de este Código”. Supuesta la responsabilidad ilimitada del único socio (huelga hablar aquí de responsabilidad solidaria *de los socios*, ya que, por hipótesis nos encontramos ante uno solo) no parecen existir inconvenientes que se opongan a la aplicación analógica de la norma. Aunque se alegue que la misma es excepcional, por cuanto que la quiebra es institución referida exclusivamente al comerciante y el socio colectivo no lo es, (lo cual tampoco es cuestión de clavo pasado), esto no significa que la eventual aplicación analógica haya de quedar, por este solo motivo, excluída (cfr. lo expuesto “supra” sobre la posibilidad de interpretar extensivamente normas excepcionales).

BIGIAVI⁴⁸ no obstante montar su teoría acerca de la responsabilidad del empresario oculto sobre el artículo 147-2º de la Ley “fallimentare” italiana que permite extender la declaración en quiebra (en las sociedades en que los socios responden personalmente de las obligaciones sociales) a los que el llama socios ocultos, niega, sin embargo, que el precepto pueda aplicarse al accionista responsable ilimitadamente en base al artículo 2362 del Código italiano, ya que, a su juicio, dicho accionista no responde con ese carácter de “todas” las obligaciones sociales sino solamente de las contraídas mientras las acciones le pertenecen. El argumento no nos parece demasiado convincente, pero tampoco consideramos decisivo que la declaración en quiebra del accionista único tenga que fundarse en la aplicación analógica del artículo 923 del C. de C. Pensamos, con el ilustre mercantilista italiano, que la quiebra del “dominus societatis” puede ser pronunciada en función de su condición de empresario (en nuestro derecho porque debe ser considerado comerciante, ya que la quiebra es institución reservada para los deudores insolventes que ostentan esta cualidad).

El principal reparo que se puede oponer a este punto de vista se funda en que el ejercicio del comercio en nombre propio es requisito esencial para ser comerciante. Pero, pese a la autoridad de quien de-

48 Ob. cit. págs. 166 y siguientes.

fiende en España esta tesis⁴⁹ lo cierto es que la ley no exige esta circunstancia. Según el artículo 1º-1º del C. de C. son comerciantes las personas físicas que “teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente”. La definición es, desde luego, incorrecta pues, de una parte, excluye a quienes no tienen capacidad para ejercer por sí el comercio, pero lo hacen a través de sus representantes legales (cfr. artículo 5º del C. de C.) y, de otra, es aplicable a los auxiliares del comerciante, que por hipótesis no lo son, aunque se dediquen al comercio habitualmente.

Sin embargo una cosa es que el artículo 1 del C. de C. formule una definición incorrecta e incompleta y otra que haya que integrarla a base de exigir la concurrencia de una circunstancia que la ley no postula y que tampoco puede inducirse de su normativa. Comerciante es la persona que ejerce habitualmente por sí y para sí (caso de que sea capaz), o por cuenta de quien se ejerce (caso de que no lo sea), la actividad mercantil. En el fondo si se define al comerciante como “dueño del negocio en sentido jurídico”⁵⁰ o si la ley reputa profesionales mercantiles, es decir comerciantes, a los titulares de una organización de bienes sometidos a las obligaciones contraídas en el ejercicio de su actividad⁵¹ no se vé porque no se pueden renuir estas condiciones a pesar de que sea una persona interpuesta quien actúe en el tráfico. La interposición de persona no significa, indudablemente, que la persona interpuesta sea dueña del negocio ni en sentido jurídico ni en ningún otro), ni que las obligaciones asumidas en el ejercicio de la actividad mercantil no tengan que recaer, en último término, sobre la persona por cuenta de quien se ejercita la actividad comercial.

Dos ideas erróneas inducirán a negar al comerciante clandestino la cualidad de comerciante (tema que, por otra parte, tampoco se aborda por nuestra doctrina de una manera frontal). La primera de ellas es que lo decisivo para adquirir la cualidad de comerciante es la profesionalidad. Pero de esta clara verdad se obtienen dos consecuencias equivocadas: La exclusividad (o casi exclusividad) de la dedicación a la actividad mercantil, y el hecho de que ésta dedicación debe ser pública. La posibilidad de que el comerciante sin dejar de serlo pueda desempeñar al propio tiempo otra profesión ha sido acertadamente destacada por RUBIO⁵² pues evidentemente na-

49 CARRIGUES, Tratado I-1, págs. 354 y sigs.

50 CARRIGUES, cit. pág. 357.

51 RUBIO, Introducción al Derecho mercantil pág. 562.

52 Introducción cit. pág. 559.

da se opone, y así ocurre de hecho muchas veces, que quien ejerce el comercio tenga al propio tiempo otra profesión. Tampoco entendemos que solo se pueda hablar de ejercicio de una profesión si dicho ejercicio es público. Lo cierto es que prescindiendo de la etimología de la palabra (“profiteor”, confesar públicamente, según GARRIGUES) el C. de C. no exige para ser comerciante más requisito que el ejercicio habitual del comercio sin que precise, además, que ese ejercicio sea público. Una cosa es que la definición del artículo sea criticable, y otra que se pueda hacer caso omiso de la misma a todos los efectos.

La segunda idea equivocada radica en la convicción de que comerciante es quien adquiere los derechos y asume las obligaciones dimanantes del ejercicio de la actividad mercantil y que tal resultado no es alcanzable más que si el comercio se ejercita en nombre propio. Es aquí donde estriba el error. Prescindiendo de la actuación por medio de un testaferro en sentido estricto, caso en el cual parece inmoral negar al comerciante clandestino la cualidad de tal para permitirle escapar a las consecuencias de la quiebra, se olvida el mecanismo de la representación indirecta o mediata, lo que induce a menospreciar el alcance del artículo 287 del C. de C., y el principio, que le sirve de fundamento. Este principio se encuentra, en último término, en el artículo 1717-2º del C. C. que concede acción al tercero contra el mandante, aunque el mandatario haya obrado en nombre propio, cuando se trate de “cosas propias” de aquel. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado dicha expresión en sentido lato sin restringirla al supuesto de cosas corporales⁵³.

El accionista único es, pues, para nosotros, un verdadero comerciante. No se opone a ello que actúe de modo encubierto ni que la pantalla de que se valga sea una sociedad. Es cierto que el artículo 1º, 2 del C. de C. dice que son comerciantes, además de las personas físicas aludidas en el número 1º, las Compañías mercantiles ó industriales que se constituyeron con arreglo al Código, de donde parece seguirse que los socios de esas Compañías no lo son. Esto es evidente cuando los socios no responden de las obligaciones sociales pues, en tal caso, es la sociedad persona jurídica quien soporta exclusivamente las consecuencias de la actividad mercantil. La cuestión es menos clara, conforme ya se ha dicho, si se trata de socios que responden con sus propios bienes de las obligaciones de la sociedad (en Francia, por ejemplo, los socios colectivos se consideran comerciantes) y no debe ofrecer duda si se trata de sociedades solo aparentes.

⁵³ Cfr. Sentencias de 23 de enero de 1969 y de 21 de Abril de 1970.

El artículo 1 del C. de C. se refiere indudablemente a sociedades auténticas, no a aquellas que únicamente lo parecen.

Finalmente los acreedores personales del accionista único solo tienen derecho a ejecutar y embargar las acciones o participaciones de que es titular el "dominus societatis". Recordemos que la sociedad, aunque en situación anómola, subsiste y conserva su personalidad jurídica. La necesidad de evitar que el artículo 1911 del C. C. sea soslayado postula únicamente la pérdida de la autonomía patrimonial absoluta, pero no la confusión de ambos patrimonios. Solamente cuando esta confusión haya acaecido de hecho podrán los acreedores personales del socio (ver supra lo dicho para el supuesto de sociedad de conveniencia) que se alce el velo de la personalidad jurídica que aún cubre, siquiera sea a medias, las actividades del comerciante oculto. Aún para ese caso los acreedores reales de la sociedad, es decir los que de buena fé hayan creído que contrataban con ella, podrán invocar la protección dimanante del artículo 3 del RRM. En otro caso, es decir si no ha habido confusión de patrimonios, los acreedores personales del único socio no podrán proceder contra los bienes sociales. Recordemos que la verdadera finalidad que se persigue al mantener viva la sociedad reducida a un solo socio es impedir, mientras sea posible, la liquidación del patrimonio social, y con ella la eventual desaparición de la empresa misma.

III

Medios técnicos a través de los cuales se puede hacer efectiva la responsabilidad limitada del empresario individual.

Según se desprende de cuanto antecede, no consideramos admisible que el empresario individual pueda limitar su responsabilidad sino es merced a una expresa autorización del Ordenamiento jurídico. Ciertamente, y según hemos comprobado en el párrafo precedente, de hecho, en muchos países, este planteamiento se ignora al reconocer viabilidad a la sociedad de un solo socio. Pero, a nuestro juicio, se trata de una "praxis" que, a pesar de venir avalada por opiniones doctrinales de valor indiscutible, y de encontrar su apoyo en la propia Jurisprudencia, se funda en una interpretación deformada de los textos legales atinentes al derecho de sociedades, y que descansan más que en el estudio objetivo y desapasionado de los mismos, en la creencia de que la limitación de la responsabilidad a los bienes de la empresa, es un fenómeno irreversible, y, para muchos, plenamente

justificados. Estamos, pues, ante un caso clarísimo de lo que antes hemos llamado, utilizando la expresión de KOESCHEL, "Jurisprudencia del sentimiento".

Para nosotros por tanto no cabe la empresa mercantil de responsabilidad limitada sin un expreso pronunciamiento legislativo al respecto. Consideramos que esta afirmación es válida para todas las legislaciones excepto aquellas que disciplinan la institución (el único caso que conocemos es el Principado de Lieschstentein) ó que de modo directo sancionan la validez de la "one man company" (lo que acontece, según vimos, en algunos Estados de Norteamérica). Por supuesto, y en lo que afecta al derecho español el tema queda remitido íntegramente al derecho constituyente. No es solo que nuestro Ordenamiento desconoce la empresa mercantil de responsabilidad limitada como institución típica, sino que tampoco son admisibles, a nuestro juicio, los procedimientos indirectos, que a través de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, conducen prácticamente a sancionar la posibilidad de que el comerciante limite su responsabilidad a los bienes que constituyen la hacienda o establecimiento mercantil. No contamos tampoco con un criterio doctrinal, y sobre todo jurisprudencial, según hemos visto, que permite llegar a las conclusiones que tienden a prevalecer allende nuestras fronteras.

Formulada esta aclaración previa, y sin entrar ahora a discernir si es aconsejable o no que, de "iure condendo", se extienda el beneficio de la limitación de responsabilidad, hasta ahora reservado a ciertas formas sociales, al comerciante o empresario individual, cuestión que ya fué sumariamente tratada en el párrafo I, cumple ahora que examinemos los procedimientos técnicos a través de los cuales podría articularse aquel beneficio, y cual de ellos consideramos preferible.

Creemos que estos procedimientos pueden sustancialmente reducirse a tres: a) Reconocimiento explícito de la sociedad de un solo socio. b) Conversión de la empresa en persona jurídica, y c) Tratamiento del patrimonio mercantil del comerciante como patrimonio separado.

Examinemos ahora estos tres sistemas ponderando las ventajas e inconvenientes de cada uno.

—A—

Reconocimiento explícito de la sociedad de un solo socio.

Indudablemente de los tres procedimientos señalados este es

el más simple como “modus operandi” legislativo. Se evita articular una reglamentación específica para la empresa individual de responsabilidad limitada pues la figura queda subsumida dentro de las formas sociales que excluyen la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Los problemas inherentes a la tutela especial que debe dispensarse a los acreedores del empresario, contrapartida del privilegio que a éste se le otorga, quedan automáticamente resueltos sin más que aplicar los preceptos que, con igual fin, registra la normativa de aquellos tipos sociales. El legislador de un plumazo, y sin más que decretar que las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada pueden ser constituídas por una sola persona, y que, en su caso, la reducción del número de socios a la unidad no altera el régimen jurídico de la sociedad por lo que respecta a la responsabilidad del único socio, ha resuelto el problema a nivel legislativo.

La simplicidad del sistema resulta cautivadora. Por eso no es de extrañar que algunos Proyectos de reforma del derecho de sociedades se acojan a él. Así acontece en Bélgica, en Israel, en México y en Suecia, aunque, hasta donde se nos alcanza, estos Proyectos aún no han cuajado en normas positivas vigentes.

A nuestro juicio, sin embargo, y no obstante las evidentes ventajas que siempre comporta la sencillez, no es este el camino a seguir. Lo de menos quizás sea que admitida la sociedad de un solo socio quiebra definitivamente el concepo tradicional de sociedad montado sobre la idea básica de pluralidad, lo cual ya es de suyo un inconveniente en cuanto que los contornos de una institución perfilados a través de siglos, pierden completamente su nitidez. Lo importante es, de una parte, que a través de este recurso se eleva definitivamente la empresa en si a la categoría de persona jurídica, solución a nuestro juicio poco recomendable, (según trataremos de demostrar en el siguiente apartado, y, de otra, que se introduce un elemento perturbador que vendrá a aumentar la confusión en una disciplina que, precisamente, necesita clarificaciones y discriminaciones cada vez más urgentes.

No es solo que las normas que integran el derecho de sociedades están pensadas para la sociedad entendida como asociación (empleamos ahora la expresión sin matizarla y sin aludir a la distinción entre asociación “sensu strictu” y sociedad), es que la problemática inherente a las sociedades, y con exclusión del punto, ciertamente importante, de la limitación de la responsabilidad tiene muy poco o nada que ver con la que suscita la empresa mercantil de responsa-

bilidad limitada. Incluso esta problemática, y de aquí nuestra anterior alusión, a la necesidad de distinciones y clarificaciones, ha de verse con óptica distinta en función de la realidad subyacente en los diversos grupos societarios. Así, cada vez se advierte con mayor insistencia la improcedencia de someter a un régimen jurídico unitario, y bajo el manto protector de la sociedad anónima, las sociedades abiertas que recurren al ahorro público, y las sociedades privadas, integradas por muy pocos socios que financian la sociedad con sus propios recursos económicos o con los que han podido allegar cada uno, particularmente y por su cuenta.

Como subraya con acierto JAUFFRET ⁵⁴ las empresas de transportes marítimos o aéreos, las empresas siderúrgicas, las empresas petroleras por ejemplo, necesitan una aportación mínima de fondos que se cifran por decenas o incluso por centenas de millones de francos. Prácticamente ninguna fortuna privada puede soportar esta inversión. Son los millares, las decenas de millares de inversores anónimos, que juntando sus recursos pueden proporcionar los capitales necesarios. Por ello se apunta la conveniencia de que la sociedad anónima, vuelva otra vez a su punto de partida, y se estructure como una forma social preordenada a buscar la concentración de capitales a expensas del ahorro. La sociedad anónima, dice FERRI ⁵⁵ no debe solamente beneficiar con la limitación de responsabilidad y el anonimato, a aquellos que emprenden en común una actividad económica, sino que debe asegurar sobre todo a los hombres de empresa la posibilidad de encontrar en el mercado los medios necesarios para el ejercicio de aquella mediante la participación de los pequeños inversores.

Este planteamiento pone de relieve, como en seguida vamos a ver, que aún dentro de las sociedades anónimas pluripersonales (o sociedades propiamente dichas) ni son las mismas las cuestiones fundamentales que se suscitan ni la solución para las que son comunes puede ser idéntica. Estaría obviamente fuera de lugar que intentáramos aquí hacer una revisión no ya exhaustiva sino ni siquiera esquemática de todas estas cuestiones, pero no está demás que destaquemos alguna de las más importantes, con objeto sobre todo de hacer patente el agudo contraste que ofrece la temática peculiar de la sociedad anónima y la de la mal llamada sociedad de un solo socio.

⁵⁴ Evolution et perspectives, cit. I. pág. 6.

⁵⁵ Le droit des sociétés anonymes à l'épreuve: exigences et perspectives de réforme en Italie, Evolution et perspectives, cit. II pág. 57.

Problema fundamental de las sociedades gobernadas por el principio de sumisión a la mayoría, y que no es solo peculiar de la S. A. sino que trasciende también a la SRL, aunque los autores de la Ley de 17 de julio de 1953, con criterio miope hayan intentado ignorarlo, es el de defensa de las minorías. Naturalmente este problema no existe en la empresa individual de responsabilidad limitada erigida en S. A. o en S. L.

Dentro de las sociedades propiamente dichas la solución de este importante problema no puede ser la misma para las que fundan su financiación mediante una llamada al ahorro anónimo que para las compuestas por pocos socios. En éstas, sean limitadas o anónimas, cabe hablar de una verdadera contraposición entre mayoría y minoría. Todo consiste en puntualizar cuales son los límites del poder de la mayoría y en establecer los recursos, rápidos y eficaces en lo posible, para que la minoría pueda reaccionar contra el abuso. El tema guarda relación con los derechos de información y de control por parte de los socios minoritarios que no encuentra aquí, normalmente, escollos graves, pues, generalmente, en esta clase de sociedades los socios intervienen de un modo u otro en la gestión de los asuntos sociales y conocen efectivamente la marcha de la empresa.

Pero cuando se trata de sociedades cuyo capital se ha reunido, en gran parte, a expensas de la aportación de miles de pequeños inversores anónimos la contraposición mayoría-minoría debe ser reemplazada por otra: accionistas de control de una parte, que generalmente no detentan el cincuenta por ciento del capital social aunque efectivamente ejerzan el mando dentro de la sociedad, y accionistas meramente inversores. No se trata en tales casos de proteger a la minoría, sino, como se ha dicho con acierto, de tutelar a la “mayoría desorganizada”, es decir a esa masa amorfa de inversiones solo atenta a la rentabilidad de su inversión y que no participa, entre otras razones porque no se siente capaz para ello, ni siquiera controla, la gestión social.

Para proteger al accionista inversor no basta con ampliar y robustecer el llamado derecho de información el cual no deja de ser, en cierto modo, un instrumento que puede hacer peligrar los intereses de la empresa si no se le somete a ciertas limitaciones. Por lo demás la experiencia demuestra que lo que los anglosajones llaman “disclosure principle” no es muy útil para la inmensa mayoría de los inversores que carecen de la preparación necesaria para comprender e interpretar los hechos que se les comunican.

La protección del accionista-inversor, en este tipo de sociedades,

ha de venir por dos vías: la imposición de una rigurosa responsabilidad (incluso penal) a los administradores, y la articulación de un órgano de control realmente eficaz. En este orden de cosas lo que está en discusión es si el control debe proceder del exterior, de una institución pública o casi pública (como sucede en los países de "common law") o del interior, es decir si el control debe ser ejercitado por un órgano de la misma sociedad, (tendencia dominante en los países de "civil law"), sin excluir la posibilidad de un sistema mixto.

En los países latinos existe una casi completa unanimidad sobre la forma insuficiente y defectuosa en que está organizado en sus respectivas legislaciones el funcionamiento y la composición misma del órgano de control. Es necesario, en primer lugar, garantizar la independencia de los síndicos frente a los accionistas que efectivamente gobiernan la sociedad, y asegurarse de la competencia técnica de quienes han de desempeñar la sindicatura, e incluso ampliar las facultades del órgano de control, hasta el punto de hacer de él una entidad compleja que asuma tareas de fiscalización y tareas que incidan directamente en el gobierno de la sociedad (que es a grandes rasgos lo que sucede en Derecho alemán merced al llamado Consejo de Vigilancia).

Además, y siempre en contemplación de las sociedades que se financian mediante la participación del ahorro anónimo, se hace necesario no solo proteger al accionista que *ya* pertenece a la sociedad sino que es necesario orientar al inversor que se dirige al mercado de valores. La solución a este problema no puede encontrarse solamente en la reestructuración de la organización interna de la sociedad, a base de reforzar las funciones y la independencia del órgano de control (incluso admitiendo que forme parte de él un síndico nombrado por la autoridad administrativa o judicial que, pese a ello, y como subraya FERRI,⁵⁶ conservaría su condición de órgano social como los síndicos nombrados por la sociedad) sino en recurrir a un tipo de control indirecto ejerciendo desde fuera como es el que ejerce en los Estados Unidos la "Securities and Exchange Comision", y en Inglaterra un organismo bastante similar, aunque no idéntico, denominado "Board of Trade".

Como explica MANNE⁵⁷ desde 1880 hasta 1910 aproximadamente los Estados Unidos experimentaron un tremendo crecimiento

⁵⁶ Ob. cit. pág. 74.

⁵⁷ Management of Corporations and Shareholders Protection in American Law, en Evolution et perspectives, cit. II. pág. 113.

en la creación de nuevas “corporations” y paralelamente “people became interested in stock investments”. Prontamente los promotores descubrieron nuevas técnicas de atracción de capitales que muy a menudo degeneraron en verdaderos abusos. Se prometían y hasta se “garantizaban” enormes beneficios, se valoraban exageradamente los activos, e incluso se sugería la posibilidad de que la propia “Corporation” recomprara las acciones a un precio mucho más elevado que el de emisión. A partir de 1911 los poderes públicos reaccionan contra estas prácticas abusivas y hacen su aparición las llamadas “Blue Sky Laws”, así llamadas para parar las ventas y las especulaciones fundadas en unas seguridades detrás de las cuales no había más que “el cielo azul”. En 1934 se crea mediante la “Securities Exchange Act” la “Securities and Exchange Commission” a que antes nos hemos referido y cuya función principal consiste en suministrar información veraz sobre la situación económica de las sociedades que operan en el mercado de valores, y en una severa labor de policía sobre la actuación de los “broker-dealers”. Esta reglamentación responde a la filosofía denominada “shareholder democracy” que sugiere que un electorado bien informado es necesario para que los inversores puedan tomar decisiones inteligentes.

Una función parecida, aunque no igual porque está pensada más para proteger a los accionistas efectivos que para proporcionar información a los inversores, aunque indirectamente también coadyuve a cumplir esta finalidad, compete en Inglaterra al “Board of Trade” cuyos poderes se han visto enriquecidos por la Companies Act. de 1948 (secciones 164 y 165) en orden a la inspección de la administración de las compañías. La investigación puede tener lugar cuando lo pidan accionistas que ostenten por lo menos el 10% del capital (o su número no sea menor de 200), cuando las circunstancias hagan sospechar que los asuntos de la sociedad están siendo dirigidos de una “manera opresiva para cualquier parte de sus miembros”, o la dirección sea culpable de mala conducta, o sus miembros no hayan dado toda la información que razonablemente podría exigirse de ellos. La investigación es *obligatoria* si los Tribunales lo ordenan o si la sociedad misma lo requiere. Finalmente cabe la designación de un Inspector para suministrar información a un miembro de la compañía si el Board piensa que hay una buena razón para ello⁵⁸.

De la misma forma que la problemática de la protección de las

58 Cfr. WEDDERBURN, *The Relationship of Management and Shareholders in the English Company, en Evolution et perspectives*, cit. II. pág. 213.

minorías nada tiene que ver con la sociedad de un solo socio, lo propio acontece si saltamos al extremo, no menos importante, y en buena parte relacionado con el ya examinado, y que concierne a la administración de la compañía. Como escribe WEDDERBURN “there is a world of difference between the managing director of the one man company *who works in his own shop* and the professional executive manager of a giant enterprise” (Hay un mundo de diferencia entre el director o manager de una compañía de un solo socio “que trabaja en su propia tienda” y el profesional que desempeña funciones ejecutivas en una empresa gigante). (Cit. pág. 164). El principal problema que plantea la dirección y administración de las sociedades, especialmente si sus dimensiones son grandes y su accionariado multitudinario, es la separación neta y clara de competencias entre la Asamblea general y la Dirección separación que se traduce en un paulatino empobrecimiento de las potestades de la primera mientras crecen continuamente las de la segunda. Como fácilmente se advierte nada de todo esto tiene que ver con la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada arropada bajo la cobertura de una forma social cualquiera. Cuando no es el único socio el que directamente asume la función de administrar la empresa, los administradores quedan de hecho reducidos al papel de unos simples apoderados. Ciertamente que sus poderes gozarán de una extensión amplia cuyo contenido viene predeterminado por la ley (tal como acontece con los factores que rigen el establecimiento perteneciente a un comerciante individual) pero es evidente que el “dominus societatis” será siempre quien en última instancia llevará de hecho la alta dirección de la empresa e incluso, si ésta es de proporciones reducidas, quien tomará todas las decisiones incluso sobre cuestiones de importancia secundaria. Las facultades del factor, se presente directamente como tal, o se disfrace de órgano de una sociedad teórica, están predeterminadas por la ley en obsequio de los terceros y para proteger la seguridad del tráfico y en ese aspecto, y solo en ese, coinciden la administración de una verdadera sociedad y la de una empresa individual.

En fin toda una serie de cuestiones concernientes a las sociedades pluripersonales, como son las relativas a los sindicatos de mando, limitación de dividendos o beneficios, restricciones a la transmisión de acciones o participaciones sociales, admisibilidad de acciones sin voto, que constituyen los grandes temas que informan la temática del derecho de sociedades, y cuya solución dista mucho de ser pací-

fica, carecen totalmente de sentido referidas a la sociedad de un solo socio.

¿A qué mezclar, pues, cosas distintas? Si la necesidad de plantear un régimen jurídico diferente para las compañías de pocos socios, y para las que recurren al público para integrar o ampliar su capital, está comenzando a ser casi una “communis opinio” en la doctrina y empieza a dejar sus huellas en las legislaciones más recientes (Cfr. por ejemplo la novísima Ley argentina sobre sociedades) parece evidentemente regresivo y contradictorio instalar definitivamente en la reglamentación positiva de la sociedad la “one man company”. La sociedad reducida a un solo socio debe ser tratado como un supuesto que debe conducir a la disolución de la sociedad, aunque ello no comparte obligadamente su liquidación sino simplemente la conversión del empresario social en empresario individual, sin perjuicio de que éste pueda acogerse al beneficio de la responsabilidad limitada, si el Ordenamiento jurídico sanciona esta posibilidad y cumple los requisitos que condicionan la obtención de dicho privilegio.

La fundación de una sociedad por un solo socio debe ser tratada como fenómeno excepcional solo admisible cuando un organismo estatal o paraestatal desea acogerse a la organización peculiar de la sociedad anónima con el propósito de convertirse, más pronto o más tarde, en empresa de economía mixta, o en entidad privada una vez llenado el vacío que la iniciativa privada no acertó a cubrir (cfr. artículo 10-2º de la ISA).

— B —

Personificación de la empresa individual de responsabilidad limitada.

La idea de elevar la empresa a la categoría de sujeto de derecho mediante el recurso de otorgarle personalidad jurídica no es ciertamente nueva. El expediente es uno más de los que se han utilizado para tratar de explicar técnicamente la sustancial unidad de esa realidad compleja que es la empresa y que se resiste a adaptarse a los esquemas conceptuales elebarados por la dogmática tradicional. Esta formulación teórica que tuvo su inicio en la segunda mitad del siglo XIX y que revivió de nuevo cuando los métodos del liberalismo ochocentista sufren la corrección de la política social y del Derecho

laboral ⁵⁹, podría tal vez reprimarse para que sirviera de cauce a la limitación de responsabilidad del comerciante individual. La erección de la empresa en persona jurídica podría servir no solo como solución técnica para explicar su naturaleza sino, al propio tiempo, para justificar la autonomía patrimonial de los bienes que integran la hacienda o establecimiento.

Sin embargo tampoco creemos que este sea el método adecuado. En primer término creemos que conserva su vigencia la conocida objeción según la cual nada puede ser al mismo tiempo objeto y sujeto de derecho ⁶⁰, postura crítica que es incuestionable si se renuncia a una construcción totalitaria de la empresa que abarque tanto el elemento humano como el material y se carga el acento sobre la dimensión objetiva de la empresa que es, por otra parte, la que aquí interesa, y que coincide, en cierto modo, con la concepción alemana de la "Unternehmen" menos sofisticada y sutil que las explicaciones que nos brindan la doctrina francesa, italiana y española. En segundo lugar tampoco parece necesario ni aconsejable convertir la empresa en persona jurídica para resolver así la limitación de responsabilidad del empresario individual.

La discusión sobre la realidad o irrealidad de la persona jurídica y la contraposición entre las clásicas teorías de la ficción y de la personalidad real conduce necesariamente a un punto muerto sino se distingue, de un lado, la esencia ontológica del substractum que sirve de soporte a la persona jurídica, y de otro la personificación de ese substractum. Ontológicamente la persona jurídica nada tiene que ver con la verdadera persona, es decir con la persona física, lo cual no significa que ciertas realidades socio económicas, no puedan o no deban ser tratadas como si efectivamente fueran personas, para facilitar su funcionamiento en el plano jurídico y económico. La personificación jurídica del substractum no es efectivamente más que una ficción, o si se quiere, para decirlo con otras palabras, un expediente técnico para alcanzar determinados fines prácticos. Lo que, en cambio, no es una ficción es la existencia de grupos o de organizaciones humanas que tienen una entidad peculiar, de tal modo que no pueden considerarse como una simple suma de individuos o un mero agregado de bienes. Lo que hace falta tener muy claro es, de una parte, que la personificación de esos grupos u organizaciones no es sino un mero recurso técnico, y, de otra, que es menester ponderar

59 Cfr. RUBIO, Introducción cit. págs. 461 y sigs.
60 Cfr. GARRIGUES Tratado I, 1, págs. 219 y siga.

cuales son las razones que han llevado al legislador a tratar a aquellos como si fueran personas para ver si dichas razones concurren igualmente en otros supuestos diferentes.

Por lo demás aunque la personalidad jurídica es una fórmula cuyas ventajas prácticas son evidentes, entre otras la de lograr, cuando se trata de personas jurídicas perfectas, la plena autonomía patrimonial, que es, precisamente, lo que aquí se busca, tiene en cambio inconvenientes nada desdeñables al interponer entre los interesados que realmente se relacionan entre sí un sujeto artificial. Las posibilidades que la persona jurídica ofrece para consumir el fraude a la ley, fuera ya del tema concreto de la limitación o ilimitación de la responsabilidad, son bien conocidas y sobre ellas insistiremos más adelante⁶¹. El llamado hermetismo de la persona jurídica y las consecuencias injustas que comporta ha hecho necesario, en muchísimas ocasiones, apartar el sujeto ficticio para buscar lo que hay debajo utilizando el método que los anglosajones llaman “disregard of legal entity” y que será objeto de particular atención en la segunda parte de nuestra ponencia. Por ahora basta esta alusión a la materia para comprender hasta qué punto es necesario pensárselo bien antes de emplear el expediente, útil, pero peligroso, de la personalidad jurídica.

Parece obligado remitirse a los supuestos facticos sobre los cuales se articulan las personas jurídicas de derecho privado, para ver hasta qué punto ofrecen alguna analogía o semejanza con el que ahora nos ocupa. La “summa divisio” al respecto contrapone las asociaciones a las fundaciones.

La asociación opera sobre la idea de grupo sin que esto quiera decir que toda agrupación de personas constituye una persona jurídica. La personificación de los grupos tiene distinto alcance en las legislaciones que siguen el tipo o patrón francés, que en el derecho alemán ó inglés. El primer tipo de Ordenamientos, al cual cabe adscribir el español, divide las personas jurídicas de carácter asociativo en asociaciones propiamente dichas y sociedades. Tanto unas como otras, si cumplen determinados requisitos, gozan de personalidad jurídica aunque el Código de Napoleón, rectificado posteriormente, empezó por negársela a las asociaciones propiamente dichas. El crite-

61 Cfr. al respecto el fundamental trabajo de DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica en Trabajos conmemorativos del Centenario de la Ley Orgánica del Notariado* tomo III vol. 1º págs. 10 y sigs., y la referencia a estas cuestiones en Estudios cit I. págs. 102. y sigs

rio diferencial entre asociación y sociedad se ha centrado en el fin que persigue el grupo. Son asociaciones las que no buscan un beneficio económico para sus miembros, al contrario de lo que acontece con las sociedades. (Este criterio diferencial es susceptible de matices, e incluso para el Derecho español se discute hasta qué punto continúa siendo válido después de promulgadas las Leyes especiales sobre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. Cfr. al respecto DUQUE, *Societe, Association et Enterprise en Droit Espagnol, evolution et perspectives cit.* I págs. 75 y sigs). Respecto de las sociedades se distinguen aquellas que gozan de una personalidad jurídica perfecta (como la S. A. y la S.L) y las que sólo la tienen imperfecta (como la sociedad civil, la sociedad colectiva y la comanditaria).

En el derecho alemán, por el contrario, la distinción se basa en otras ideas. Se distingue el grupo elevado a la categoría de persona jurídica ("Verein") que se caracteriza por que la estructura del grupo y la consecución de sus objetivos no se altera por el cambio de sus miembros, del grupo organizado sobre una base esencialmente individual, que es la sociedad en sentido estricto ("Gesellschaft") y que no goza de personalidad jurídica. Dentro de las "Verein" se distinguen las que persiguen y las que no persiguen un fin lucrativo. Entre las primeras se cuentan ciertos tipos de sociedades o "Gesellschaft" entendida ahora la expresión en sentido amplio. Son sociedades pertenecientes al grupo de las "Verein", y por tanto con personalidad jurídica, la sociedad anónima, la comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad cooperativa y las sociedades de seguros mutuos. Por el contrario, son "Gesellschaft" propiamente dichas, sin personalidad jurídica por tanto, la sociedad de derecho común (equivalente a nuestra sociedad civil), la sociedad colectiva, la comanditaria simple, y las cuentas en participación⁶².

Algo semejante acontece en el derecho inglés donde se contraponen los "incorporates bodies" que gozan de personalidad jurídica a los "unincorporated bodies" que carecen de ella. La distinción, tal como acontece en el derecho alemán, no coincide con la separación, típicamente latina, entre asociación y sociedad fundada en la ausencia o presencia de una finalidad lucrativa. Dentro de lo que nosotros llamaríamos sociedades se diferencian las "Partnership" que no tienen la condición de "Corporations", no son "incorporates groups" y,

62 Cfr. SANDROCK, *Société et Association, Société et Enterprise en Droit Allemagne Evolution et perspectives cit.* I. págs. 171 - 172.

consecuentemente, no gozan de personalidad jurídica, a las “Company”, que son en cambio “Corporations”, es decir “incorporated bodies” y que poseen “a legal entity, a legal personality, quite distinct from its members”⁶³

Obviamente la empresa mercantil de responsabilidad limitada no tiene nada que ver con el “background” de la persona jurídica de tipo asociativo que se caracteriza, justamente, por la idea de grupo, de donde resulta, una vez más, la incongruencia de admitir la existencia de sociedades de un solo socio, hipótesis anómala que se halla en íntima contradicción con la razón que ha movido al legislador a conceder personalidad jurídica a los entes asociativos, siendo de advertir, como hemos visto, que en el Ordenamiento alemán y en el Ordenamiento inglés solo ciertos tipos de agrupaciones son efectivamente personas jurídicas.

El otro tipo de persona jurídica es la de naturaleza fundacional. En el esquema de la fundación podría encajar mejor el intento de elevar la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada a la categoría de persona jurídica. La idea ha sido recogida por cierto sector de la doctrina mercantilista. En función de un concepto lato, demasiado lato, de la fundación, se ha afirmado que los “límites entre la sociedad y la fundación desaparecen a veces. Se habla de empresas de una fundación y de sociedades reducidas, en ciertos casos límite, a un “quid” muy semejante a la fundación”.⁶⁴

Supuesta las líneas básicas en que descansa la idea de fundación, organización instituida y reglada por una persona (fundador) para la consecución de ciertos fines a los que destina y adscribe una masa de bienes, el problema consiste en saber cuáles son los fines que pueden legitimar la existencia de una fundación propiamente dicha dotada de personalidad jurídica. El tema tiene dos vertientes. De un lado podría proponerse la posibilidad de crear una empresa mercantil dotada de plena autonomía patrimonial recurriendo al medio indirecto de la fundación y orillando, por este procedimiento, los inconvenientes de la sociedad de un solo socio con la que este tipo especialísimo de fundaciones guardaría estrecho contacto, según ponen de relieve las frases antes subrayadas. De otro, y aún admitiendo que, hoy por hoy, dentro del cuadro de un derecho positivo determinado,

63 Cfr. PARKER, *Companies and Association in English Law: Historical Development. Evolution et perspectives* cit. I, pág. 125.

64 Cfr. *Evolution et perspectives* cit. *Types de Sociétés, Rapport de Synthèse*, I, pág. 249.

y más concretamente en el marco del Derecho español éste expediente no es admisible, es menester preguntarse si no será éste el camino a seguir para convertir en realidad la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada.

La primera cuestión, y por lo que concierne al menos al Derecho español, todavía vigente, debe resolverse rotundamente en sentido negativo. Según resulta del artículo 35 del Código Civil no hay más fundaciones que las de “interés público reconocido por la ley”, es decir las que, a pesar de haber sido instituidas por particulares y dotadas con fondos igualmente privados, tengan como finalidad fundamental la beneficencia, o lo que es igual “la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas”. Las objeciones que se han propuesto en contra de este criterio interpretativo estricto han sido magistralmente refutadas por DE CASTRO⁶⁵ donde demuestra, a nuestro juicio de forma incontestable, que bajo el régimen del Código Civil y demás disposiciones que han desenvuelto sus principios sobre este particular no caben las llamadas “fundaciones de interés particular”.

El segundo tema, ó sea la posibilidad de utilizar la fundación en el porvenir para dar forma legal a la empresa individual de responsabilidad limitada, choca también con una de las características que hasta ahora se han tenido como esenciales del instituto: la vinculación perpetua de unos bienes a un fin concreto y determinado. En tanto la empresa puede y debe considerarse como objeto del tráfico jurídico, susceptible pues de enajenación y de gravamen como un todo, choca abiertamente con esta posibilidad de adscripción de la empresa como tal (sin perjuicio, claro está, de la renovación de sus elementos componentes y de la necesidad de realizar continuamente los actos dispositivos que exige su explotación) al fundador (empresario encubierto) y a su familia. Es verdad, como escribe DE CASTRO (La persona jurídica cit. pág. 96) que en el derecho extranjero no se ha impedido la creación de poderosas fundaciones semi familiares. Se han originado y se han desarrollado no solo para gozar de unos beneficios fiscales que en buena ley no les deben ser concedidos, sino sobre todo para mantener, a través de generaciones, la preponderancia financiera de la familia del fundador. A tal efecto, los patronos por linaje, teniendo voto mayoritario, disponen de los paquetes de acciones que controlan compañías de importancia nacional. Fundaciones, que además de asegurar el buen vivir de los miembros del linaje, sirven

65 Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares, en ADC, 1953 págs. 623 y sigs. y en La persona jurídica, Temas de Derecho civil págs. 95 y siguientes.

o se utilizan como fuerzas de presión y difusión de determinadas ideologías. ¿Es aconsejable, termina DE CASTRO, permitir o favorecer a tales fines las vinculaciones de bienes?

Una vez más nos encontramos ante el abuso de una figura (la persona jurídica) que se desvía de sus cauces naturales para ponerla al servicio de la oligarquía, antes nobiliaria, y ahora financiera. Todo lo cual nos lleva a insistir sobre una conclusión, que se verá corroborada cuando entremos en el estudio de la segunda parte de esta ponencia: la persona jurídica es una institución que junto a su utilidad indiscutible, se presta con facilidad a manipulaciones de licitud dudosa y a veces inconfesables. Su empleo, como el de ciertos medicamentos, debe quedar sometido a una rigurosa dosificación, y solo ha de recetarse cuando no sea posible recurrir a remedios más simples y menos peligrosos. Este es cabalmente nuestro caso. La limitación de la responsabilidad del comerciante individual no exige desdoblarse su personalidad superponiendo a la que auténticamente le corresponde otra de naturaleza artificial.

— C —

La empresa mercantil de responsabilidad limitada como patrimonio separado.

Lo mismo que acontece con la persona jurídica el concepto de patrimonio separado ha sido utilizado para explicar la naturaleza jurídica de la empresa en general. Y justamente el hecho de que el derecho positivo no reconozca al titular del establecimiento la potestad de limitar su responsabilidad a los bienes que integran aquel, ni atribuya de modo general preferencia a los acreedores mercantiles para cobrarse sobre dichos bienes, ni a los acreedores particulares la de satisfacerse a expensas del patrimonio particular del comerciante, es por lo que dicha teoría, referida a la empresa en general, haya sido desechada. Sin embargo, y en consideración a la empresa individual de responsabilidad limitada, cobra nueva actualidad puesto que el obstáculo con que tropieza queda removido por hipótesis. El proyecto PISKO del que ya hemos hecho mención y la legislación del Principado de Liechstentein, que es su reflejo, responden a la concepción de la empresa como patrimonio separado, en tanto permiten al empresario, bajo ciertas condiciones, limitar su responsabilidad.

A primera vista no parece que este tercer recurso técnico tropiece con los escollos que no pueden orillar los otros dos. Sin embargo la

articulación de la empresa individual de responsabilidad limitada bajo los auspicios de la separación de patrimonios no está, como ahora veremos, exenta de dificultades.

Para empezar bueno será que recordemos algunas nociones generales sobre la materia. Su aparente carácter elemental no excusa la referencia si queremos percatarnos exactamente de las posibles implicaciones que puede comportar el intento de explicar la limitación de responsabilidad del empresario individual a través de la teoría del patrimonio separado.

El patrimonio tipo, o patrimonio personal, es el conjunto de derechos y obligaciones de carácter económico que pertenecen a una persona, sea esta física o jurídica. No es del caso que nos detengamos a examinar los problemas que desde el comienzo plantea esta definición primaria. ¿Cuáles son exactamente los derechos que constituyen el activo del patrimonio? —¿Puede decirse, rigurosamente hablando, que las deudas forman también parte de él?. Respecto del primer punto se entiende que los derechos que integran el patrimonio son, valga la aparente tautología, los de naturaleza patrimonial, es decir los que, como dice VON THUR⁶⁶ garantizan al hombre los medios económicos para su existencia y su actividad volitiva. En cuanto a las deudas se ha vacilado en incluirlas entre los elementos patrimoniales. La respuesta por lo general es afirmativa. Frente a la observación de que es incongruente afirmar que se responde de las deudas con el patrimonio porque, de ser así, no se explica como la deuda de que se trate forma parte de aquel, se responde que dicha observación resulta sofisticada puesto que lo que en rigor dice la ley es que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones “con todos sus bienes” es decir con la parte activa del patrimonio. Las deudas constituyen tan solo su elemento pasivo.⁶⁷

La noción de patrimonio se caracteriza por dos ideas centrales y relacionadas entre sí. La susceptibilidad de que sus diversos elementos componentes varíen a lo largo de la existencia del titular sin que ello afecte a la esencia jurídica del patrimonio y la unidad de éste.

La variabilidad del patrimonio presupone que su composición concreta puede mudar continuamente sin que por ello se altere su naturaleza concebida como proyección o expresión del poder jurídico

66 Teoría General del Derecho civil además, traducción española de RAVA, Volumen I, 1, pág. 386.

67 Cfr. DE CASTRO, El Patrimonio, Temas de Derecho civil pág. 44.

reconocido a la persona. De aquí que, como subraya DE CASTRO (ob. cit. pág. 44) la conexión entre titular y patrimonio sea diferente de la que existe entre sujeto y objeto del derecho subjetivo. La condición de titular del patrimonio se refiere a una masa indeterminada de bienes, respecto de los que se individualizarán, en su caso, obligaciones y derechos subjetivos (poderes concretos). Por ello, y como ha subrayado CARNELUTTI, cuando se hace efectiva la responsabilidad patrimonial universal lo que realmente cuenta son los bienes que se encuentran en manos del deudor el “dies excutionis” aunque sean distintos de los que poseía el “dies obligationis”, no obstante ser éstos los que han fundado normalmente la confianza del acreedor sobre la solvencia del deudor ⁶⁸.

La unidad del patrimonio deriva de su adscripción a un solo sujeto. La norma general, al menos en los países de “civil law” es que a cada sujeto le corresponde un patrimonio único. Solo excepcionalmente y *por disposición de la ley* —dice VON TUHRC ⁶⁹— un grupo de derechos, *en cierta medida*, puede tener existencia separada del patrimonio.

La unidad del patrimonio, reflejo de la teoría clásica o personalista tiene tres manifestaciones fundamentales. En primer lugar justifica que todos los bienes pertenecientes a una persona determinada estén sujetos al mismo régimen de administración y disposición, que corresponderá al propio titular salvo supuesto de incapacidad o capacidad limitada. En segundo término explica la transmisión “uno actu” del patrimonio del causante a sus herederos cuando tiene lugar la sucesión “mortis causa”. Por último, y aunque como se ha indicado anteriormente, no se responde en rigor con el patrimonio, sino con su parte activa, con “todos los bienes” como dice el artículo 1911 del C. C., la unidad del patrimonio sirve de soporte técnico a la responsabilidad patrimonial universal, que sustituye a la antigua responsabilidad con la propia persona. La responsabilidad patrimonial universal no tiene más límites que los llamados bienes inembargables, pues, como dice DE CASTRO, ⁷⁰ el artículo 1911 del C. C., llevado hasta sus últimas consecuencias, sería todavía más grave que la prisión por deudas: la muerte por desnutrición y desnudez del deudor. La ley evita; en todos los lugares, esta extrema consecuen-

68 Cfr. Sistema del Derecho Procesal Civil, traducción española de ALCALA ZAMORA y SENTIS MELENDO II pág. 579.

69 Ob. cit. pág. 394.

70 Cit. pág. 41.

cia, y excluye de la acción agresiva de los acreedores lo que, en cada momento, se considera necesario para subsistir.

La unidad esencial del patrimonio no se opone, como hemos dicho, a que se destaquen dentro de él ciertas masas de bienes sujetas a un tratamiento jurídico específico. Esta posibilidad a través de la cual se articulan los llamados patrimonios separados es la que puede utilizarse para construir técnicamente la empresa mercantil de responsabilidad limitada. Sin embargo, y como ya hemos anunciado, esta fórmula no está exenta de problemas. Los fundamentales pueden reducirse a tres derivados los dos primeros de la mayor o menor elasticidad o rigidez que se atribuya al principio de unidad del patrimonio, y el tercero, de la dificultad de puntualizar cuales son las características, y aún los supuestos de masas patrimoniales que se destacan del patrimonio general de la persona.

Se ha dicho ⁷¹ que la separación entre dos o más masas patrimoniales pertenecientes a un mismo sujeto sólo puede entenderse en términos de relativa independencia y no de *absoluta insensibilidad* entre ellas. Esta absoluta insensibilidad solo se consigue elevando el núcleo patrimonial de que se trate a persona jurídica. Esta afirmación podría, pues, llevar a la conclusión, interesante para nosotros, de que la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada sólo sería viable mediante su personificación. Acontece, sin embargo, por lo que se refiere al derecho español y a los Ordenamientos que reconocen personalidad jurídica a todas las sociedades en general, que esta afirmación solo sería válida para las personas jurídicas perfectas (dentro del esquema societario, y por lo que respecta a los tipos reconocidos por Derecho español, la S.A. y la S. L.) pero no para las demás. En segundo lugar, y prescindiendo de comentar si efectivamente es cierto que la insensibilidad jurídica total entre dos masas patrimoniales solo puede conseguirse mediante la personificación de una determinada masa patrimonial es lo cierto, que, en nuestro caso, no es necesario, ni aconsejable, que la insensibilidad total, entendida en sus términos más radicales, y tajantes deba predicarse de la empresa individual de responsabilidad limitada.

Dando ahora un giro de ciento ochenta grados al planteamiento de la cuestión, se pregunta hasta qué punto la indivisibilidad del patrimonio no tolera más excepciones que las expresamente consagradas por el Ordenamiento. En este orden de cosas se ha llegado a

71 PINO. II patrimonio separato págs. 17 y sigs.

decir si dado el número importante de supuestos para los cuales se admite la derogación del principio de responsabilidad patrimonial universal, tales supuestos, más que excepciones, no son sino la expresión de otro principio subyacente que permitiría la divisibilidad y la discriminación.

Por lo que se refiere a los países de "civil law" y más concretamente, por lo que atañe al derecho español, esta afirmación es insostenible. Quizás el origen de la confusión estribe en que, como después veremos, no es fácil reducir a una sola categoría las diversas hipótesis en que se admite por el derecho positivo un tratamiento más o menos autónomo para una masa de bienes. Pero aún supuesta esta dificultad, y el hecho de que, evidentemente, los casos que podríamos llamar de sustantivación o independización patrimonial, más o menos definida, son relativamente numerosos, nada autoriza a sostener que en este orden de cosas tenga libre juego la autonomía de la voluntad. En todas esas hipótesis, la "ratio" de la autonomía reconocida al conjunto patrimonial de que se trata, está perfectamente clara. No es sino el reflejo o la proyección sobre el tema de la admisión expresa de ciertas instituciones cuya finalidad no es la de atribuir simplemente al sujeto la potestad de crear a su arbitrio masas patrimoniales separadas, sino que la separación (entendiendo ahora la expresión en sentido amplio) es la consecuencia de la función especial que aquellas instituciones están llamadas a cumplir. Instituciones, que, por otra parte, son en todo caso objeto de un reconocimiento explícito y de una reglamentación específica.

En los países de "comon law", o que en algún sentido están sometidos a su influencia, el principio de la indivisibilidad del patrimonio puede quedar en cierto modo a la merced de la autonomía de la voluntad a través de un instituto característico, desconocido, al menos tal como se concibe por los anglosajones, en las legislaciones que siguen fieles a la tradición jurídica romana. Nos referimos al "trust". Gracias al "trust" se puede crear con gran facilidad en los países anglosajones, y en todos aquellos que conocen tal institución, un núcleo patrimonial independiente cuya fisonomía coincide, en muchos aspectos de importancia, con la del patrimonio separado.

En el "trust" los bienes que lo integran solo están afectos a las obligaciones contraídas como consecuencia del desarrollo de las actividades para que fue creado. Como escribe PARKER (cit. pág. 126) el "trust" está a salvo tanto de los acreedores particulares del "settlor", como de los propios del "trustee". El llamado "Busines

Trust es decir el creado para la explotación de una actividad comercial, se utiliza para que un grupo no incorporado (ver supra lo dicho al respecto) pueda actuar de hecho como si lo estuviese. Es una forma de personalizar las "Partnership" sin necesidad de plantearse el problema de la personalidad real o ficticia del grupo mismo, los "trustees" constituyen una pared detrás de la cual el grupo vive y trabaja sin que sus asuntos aparezcan abiertos al público ⁷². Sin embargo no parece que el "trust" haya sido utilizado para limitar indirectamente la responsabilidad del empresario individual, lo cual resulta, como indica GRISOLI ⁷³ algo sorprendente pero que se explica porque seguramente se considera preferible recurrir a la "one man company".

Desde el punto de vista dogmático la construcción de la empresa individual de responsabilidad ilimitada como patrimonio separado el problema consiste en la dificultad de acotar exactamente los límites de este último concepto. Dicha dificultad estriba en la heterogeneidad de los supuestos que pueden encajar dentro de la denominación genérica, patrimonio autónomo o patrimonio separado, y, por consiguiente, en hallar un denominador común que permita elaborar una categoría conceptual de rasgos bien definidos que permita abarcarlos a todos, o al menos a un grupo tipificado de ellos.

A nuestro juicio y para centrar adecuadamente la cuestión, y al enfrentarse con las diversas hipótesis de masas patrimoniales caracterizadas por encontrarse en una situación especial y distinta de la que caracteriza el patrimonio general-tipo, es menester distinguir tres grupos de supuestos entre los cuales cabe establecer una línea de separación bastante clara: Patrimonios con titular interino (ejemplo típico la herencia yacente), patrimonios que pertenecen a una pluralidad de titulares en común que se diferencia de los patrimonios puramente personales de cada titular (así el patrimonio de la comunidad conyugal —en España patrimonio ganancial— diferenciado de los patrimonios privativos del marido o de la mujer) y, finalmente, masas patrimoniales pertenecientes a un mismo sujeto, pero distintas de su patrimonio general (como es el caso de la herencia aceptada por el heredero con beneficio de inventario).

De estos tres grupos de supuestos está claro que el primero no interesa a nuestros fines. Tampoco el segundo, a pesar de que ofrece mayores puntos de contacto con el tercero, puesto que nos enfren-

72 Cfr. MAITLAND, *Trust and Corporation*, Selected Essays pág. 141.

73 Cit. pág. 131.

tamos ahora con la posibilidad de configurar, separadamente, los bienes de la empresa del patrimonio general del titular de la misma. En cambio nos interesan los supuestos del tercer tipo, ó sea los que se caracterizan porque frente al patrimonio general de una persona se destaca una masa patrimonial que tiene como titular precisamente a esa misma persona.

El dato común que agrupa los tres supuestos es el hecho de que la disciplina jurídica de la masa patrimonial sujeta a un régimen jurídico diferenciado dimana de su afectación a un fin o destino especial. La función ó finalidad a que está afecta una masa patrimonial como elemento caracterizador de la masa misma fue destacada por los pandectistas alemanes a partir de BRINZ, con relación no sólo a los patrimonios autónomos sino al patrimonio en general. Prescindiendo de examinar el valor que la idea de destinación o afectación a un fin pueda tener para explicar el concepto general del patrimonio (que ha dado lugar a la llamada teoría objetiva en cierto modo contrapuesta a la teoría personalista o clásica) la utilidad del punto de vista que destaca la significación del fin consiste en que ha servido para poner de relieve que no sólo existe el patrimonio personal sino que hay, asimismo, otras clases o categorías de patrimonios. Lo que acontece, sin embargo, es que la idea de destinación o afectación a un fin no basta para fundar un concepto autónomo que convenga a todas las hipótesis que vienen presididas por ese rasgo común. Los alemanes, por esto, se limitan, por lo general, a contraponer el patrimonio personal a los patrimonios especiales ("Sondervermogen") incluyendo bajo esta rúbrica toda una serie de hipótesis totalmente heterogéneas muchas de las cuales no se corresponden con lo que los juristas latinos entienden por patrimonio separado.

Sin embargo tampoco en Italia, que es donde la cuestión ha preocupado primordialmente, hay unanimidad al respecto. Es decir, aún con relación a los casos de masas patrimoniales de algún modo sometidas a un régimen especial y pertenecientes al titular del patrimonio general no hay unanimidad sobre el dato que permite aislar el patrimonio separado "sensu strictu" de otros patrimonios especiales.

La doctrina nominante, sin embargo, fija su atención en el dato de la responsabilidad. En principio la exigencia específica que permite individualizar el patrimonio separado consiste en la limitación de la garantía de los acreedores. Sin embargo y aunque esta idea pueda ser aprovechable no cabe duda, y así se ha hecho notar, que la limitación de responsabilidad, o de la garantía, admite muy

diversos matices. Así PUGLIATI ⁷⁴ ha destacado que el régimen de responsabilidad establecido para el patrimonio separado es variable y depende de la finalidad en vista de la cual se actúa la separación. De esta forma mientras existen masas patrimoniales caracterizadas por una absoluta insensibilidad recíproca, en otras esa insensibilidad no es absoluta sino que se traduce en una garantía específica o preferencial a favor de determinados acreedores. PINO (ob. cit. pág. 19) aunque se inspira en las ideas de PUGLIATI estima, según antes hemos visto, que en ningún caso de patrimonio separado existe realmente insensibilidad absoluta sino solo privilegio o preferencia de unos acreedores respecto de otros. Por ejemplo en la herencia aceptada con beneficio de inventario si los acreedores hereditarios no pueden dirigirse contra el patrimonio personal del heredero, no es verdad lo opuesto porque los acreedores personales de aquel podrán satisfacerse sobre los bienes que forman parte de la herencia una vez que los que lo eran del “de cuius” hayan cobrado lo que les corresponde. Y en el caso de la “separatio honorum” (institución extrañamente desconocida por el Derecho español, al menos de modo directo) los acreedores personales del heredero no son excluidos de los bienes hereditarios sino solo postpuestos a los acreedores separatistas. Por lo demás PINO subraya que es también característica peculiar del patrimonio separado la sustracción de los bienes que lo integran a la libre “utilizabilidad” por parte del titular ⁷⁵.

A nuestro juicio este esfuerzo constructivo solo tiene un valor relativo. Si se quiere tipificar toda una serie de supuestos en función de la limitación de la responsabilidad (en sentido amplio) el concepto empieza a perder concreción por cuanto que las variantes en este tema son múltiples. Así hay patrimonios que solo responden de ciertas obligaciones (por ejemplo el patrimonio ganancial que no responde de las contraídas por uno de sus titulares —la mujer— más que en los casos en que “legalmente puede obligar a la sociedad” según reza el artículo 1408-1º del C.C.). Otras veces lo que acontece es que determinados acreedores no pueden satisfacerse más que sobre los bienes que integran una masa patrimonial determinada (herencia aceptada a beneficio de inventario). Existen bienes sobre los cuales solo pueden cobrarse determinados acreedores (el llamado patrimonio naval en el caso de abandono), otros sobre los cuales unos acreedores son preferidos a otros (tal ocurre en la hipótesis ya citada de la

74 Gli istituti del diritto civile, pág. 302.

75 Cfr. PINO ob. cit. págs. 19 y 20.

“separatio bonorum”) y, finalmente, bienes sustraídos totalmente a la posibilidad de traba y embargo (así los enumerados en los artículos 1449, y 1451 de la LEC) en tanto se consideran indispensables para el sustento de la persona. Consecuentemente o se renuncia a hablar de patrimonio separado, como instituto de carácter genérico, o se habla sencillamente, en función siempre del régimen de responsabilidad y de la finalidad, o “ratio”, que la determina, de patrimonios separados en particular que solo guardan entre sí una relativa semejanza, lo cual no significa renunciar al concepto sino admitir que el mismo solo es válido para cada supuesto en especial con necesarias e importantes salvedades (que es en el fondo, según creemos, el pensamiento de PUGLIATI).

Aceptado este punto de partida no vemos inconveniente en considerar a la empresa mercantil individual de responsabilidad limitada como un caso más de patrimonio separado, pues dado que lo que se pretende es que los acreedores del comerciante no puedan hacer presa en su patrimonio personal, la insensibilidad jurídica entre ambas masas patrimoniales aunque sea relativa, es incuestionable. Hasta donde deba llegar esta insensibilidad es cuestión que depende del criterio que siga el legislador a la hora de disciplinar en concreto el instituto.

Según el Proyecto de PISKO, aceptado en lo sustancial por el Principado de Lieschtentein (y de modo similar el Proyecto que a título particular formuló entre nosotros TRIAS de BES en el trabajo citado al comienzo de este estudio) la separación entre el patrimonio mercantil y el patrimonio particular debe quedar sujeta a una doble condicionamiento. Por lo que respecta a los acreedores de la empresa la limitación de responsabilidad debe estar subordinada a una serie de requisitos: determinación de los bienes afectos a la empresa, valoración correcta de los mismos, e indisponibilidad en el sentido de que el comerciante no pueda retirar cantidad alguna de su patrimonio comercial en tanto no esté cubierta la cifra de garantía que represente el capital en que se haya fijado inicialmente o en virtud de sucesivos aumentos el de la empresa misma. Todo ello unido a un riguroso régimen de publicidad y al cumplimiento estricto de las obligaciones contables que señalan, a fin de que, en cualquier momento, pueda saberse con claridad y exactitud cual es la situación económica del negocio.

Por lo que mira a los acreedores privados o particulares del empresario sería injusto negarles en absoluto toda acción sobre el patrimonio de la empresa. Por esta razón el Proyecto PISKO y la

legislación del Principado no les desampara. En primer lugar tienen derecho a cobrarse sobre los beneficios que produce la empresa y a tal efecto si el comerciante no cumple regularmente sus obligaciones respecto de sus acreedores particulares se concede a éstos el derecho a pedir el nombramiento de un administrador que se encarga de la gestión de la empresa con amplias facultades de representación con objeto de asegurar a los acreedores, en la medida de lo posible, la percepción de los beneficios. Pero si éstos no son suficientes los acreedores particulares tienen la facultad de promover la enajenación en bloque de todo el negocio, con su activo y su pasivo, en pública subasta, previa la designación de un administrador especial que formulará un inventario balance, y de un previo expediente ante el Tribunal de Comercio en el cual se oirá al empresario, al administrador, y a los acreedores.

Si se acepta esta reglamentación que, a grandes rasgos, puede considerarse paradigmática, creemos que no hay inconveniente en considerar que los bienes que componen la hacienda o establecimiento mercantil constituyen, de acuerdo con ella, un patrimonio separado. Ciertó que dicha reglamentación no coincidirá exactamente con la disciplina de otros supuestos que se incluyen dentro de esta categoría. Pero ya hemos advertido que o se prescinde totalmente del concepto "patrimonio separado" o se construye el mismo con una cierta flexibilidad, lo que a nuestro juicio parece preferible, pues aunque la disciplina de las masas patrimoniales con régimen peculiar en orden a la responsabilidad que sobre ellas pesa no sea idéntica, resulta en todo caso orientador agruparlas dentro de una categoría general que las comprenda a todas.

Ciertamente la insensibilidad jurídica entre las dos masas patrimoniales no es absoluta. Pero si nos fijamos en los patrimonios personificados observaremos que tal insensibilidad tampoco queda establecida de un modo tan tajante como a primera vista pudiera parecer. Salvo que se acepte con todas sus consecuencias, lo cual no es justo ni admisible, el "hermetismo de la personalidad jurídica", hay que admitir que, incluso en las formas sociales que se rigen por el principio de que solo la sociedad persona jurídica responde de sus obligaciones con su propio patrimonio, hay que permitir que los acreedores sociales se dirijan contra los socios, o ciertos grupos de socios, o contra los administradores, para obtener lo que se les debe, cuando no se cumplan los requisitos que condicionan el privilegio de la irresponsabilidad, o cuando se abuse de la personalidad jurídica del ente social en perjuicio de quienes ostentan

créditos contra la sociedad. La insensibilidad es a todas luces incompleta si se trata de sociedades en las que, no obstante su condición de personas jurídicas, los socios responden personalmente, aunque sea en forma subsidiaria, de las deudas sociales. Los acreedores personales de los socios no pueden, ciertamente, ejecutar directamente los bienes de la sociedad, pero pueden proceder contra la participación que les corresponde en la empresa social, representada por las acciones o participaciones de que su deudor sea titular.

Por último parece necesario subrayar que la separación de patrimonios puede comportar la subsistencia de relaciones jurídicas entre las dos masas patrimoniales. Esto no tropieza con inconvenientes técnicos si de un lado se encuentran las personas físicas, dueños efectivos del patrimonio efectivo y la persona jurídica, titular formal. Pero esta posibilidad, siempre peligrosa, aumenta considerablemente el riesgo de abuso, si, "de facto", solo hay un titular real. Ciertamente en algún caso, y sin personificación del patrimonio separado, no quedan neutralizadas ambas esferas jurídicas. En la hipótesis de aceptación de la herencia con beneficio de inventario el C.C. dispone que el heredero conserva contra la herencia todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto, y que no se confunden, para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares son los que pertenecían a la herencia. Pero no cabe duda que tales normas solo tienen una vigencia limitada. Duran mientras está abierto el proceso liquidatorio, y mientras los bienes hereditarios, no obstante ser del heredero, se hallan de hecho individualizados y colocados bajo una administración única ⁷⁶.

Con relación a la empresa mercantil de responsabilidad limitada parece inadmisibles que el empresario pueda crear, o como si fuera un tercero, derechos a su favor sobre los bienes de la empresa. Sancionar esta posibilidad equivaldría a dar el espaldarazo legal a situaciones tan irregulares e injustas como la que se consumó con ocasión del caso Salomón v. Salomón, sin que ahora se pudiera encubrir el entuerto bajo el manto protector de la personalidad jurídica.

Manuel de la Cámara Alvarez.

⁷⁶ Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Derecho de Sucesiones I, Parte general Sucesión vountaria pág. 157.