

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Depósito legal, M. 1.582 - 1958.

AÑO XXXII

JULIO-AGOSTO-SEPTBRE. 1973

NUM. 179

I. SECCION DOCTRINAL

La sociedad privada municipal

347.72:352

por

JUSTINO F. DUQUE DOMINGUEZ

Catedrático de Derecho mercantil
Facultad de Derecho de Valladolid

SUMARIO: I. JUSTIFICACION Y PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA:

1. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA. 2. PLANTEAMIENTO GENERAL: A) *El concepto de sociedad privada municipal.* B) *Las funciones de la sociedad privada municipal:* a) Actividad pública y forma privada en la esfera local. b) Las contradicciones en el tratamiento legal y doctrinal de la figura.—II. ANALISIS DE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD PRIVADA MUNICIPAL: 1. LA TIPICIDAD DE LA SOCIEDAD PRIVADA MUNICIPAL: A) *La legitimidad de la figura en el repertorio de los tipos de sociedad:* a) La situación general en el Derecho español: a'. Los datos legislativos: la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades anónimas y la Resolución de 11 de abril de 1945. b'. La jurisprudencia posterior a la Ley de Sociedades anónimas. c'. La doctrina española posterior a la Ley de Sociedades anónimas: a''. Valoración general. b''. Posturas negativas en la doctrina española. b) La admisibilidad de la sociedad unipersonal sobrevenida por la reunión de todas las acciones en una sola mano. La sociedad que se constituye unipersonalmente. c) Los argumentos extraídos de la especial estructura de la sociedad anónima: a'. El negocio de organización. b'. La objetivación de la acción. d) La función de la organización como función atípica de la sociedad anónima. B) *Los problemas de organización de la sociedad privada municipal:* a) Panorámica general de la organización. b) La Junta general: a'. Las relaciones de la Junta general y el órgano administrativo. b'. Interés de la sociedad e interés del socio. c) La organización de la administración: a'. El Consejo de administración. b'. La Gerencia: a''. Los rasgos generales de este órgano. b''. Las facultades de la Gerencia. d) El sistema de censura. 2. LOS RIESCOS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL: A) *Planteamiento general:* a) Enumeración de principios. b) Ordenación de principios. B) *Los riesgos para los administrados:* a) La Corporación fundadora es titular de las acciones, pero no de los bienes de la sociedad. b) La distinción de bienes sometidos a distintos regímenes. C) *Los riesgos para los acreedores de la sociedad:* a) La descripción y planteamiento. b) Forma de conjurar los riesgos derivados de la protección a los acreedores.—III. CONCLUSION FINAL.

I. JUSTIFICACION Y PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

1. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA.

Como es bien sabido, el Derecho mercantil se ocupa de analizar las normas jurídicas dentro de las cuales se desarrolla el proceso productivo, preferentemente protagonizado por las empresas, y la circulación de los bienes y servicios producidos por estas entidades (1). Conforme a los principios—constitucionalizados o no—de una economía de mercado observada como modelo que inspira la obra codificadora del siglo pasado—y por tanto, del Código de comercio vigente desde 1885 en España—, son los individuos privados—individualmente o, por medio de los tipos sociales, colectivamente—quienes se ocupan de estas tareas. Mas cuando la función de proveer de bienes y servicios a la comunidad es puesta en peligro por algún defecto del mecanismo del mercado, se inserta en éste la actividad industrial o comercial del Estado y de los entes públicos para producir bienes y servicios para el mercado (2).

Surge así un complejo de normas, de sistematización imprecisa en un discutido—y hasta negado (3)—Derecho económico o Derecho administrativo de la economía, dentro del cual se estudian las intervenciones del poder público en la economía. La elaboración de algunas partes de este sector debe ser obra de la colaboración e interdisciplinar entre especialistas, y en este caso, en que la actividad de las Entidades locales o provinciales se hace por el vehículo de un medio de Derecho privado, es claro que el mercantilista puede aportar algunas ideas aprovechables, que contribuyan a *esclarecer este modo de actuar una entidad pública con instrumentos típicos de Derecho privado*. Y simul-

(1) El concepto de Derecho mercantil establecido en el texto pretende describir aproximadamente el ámbito de este ordenamiento sin entrar en la polémica existente sobre el particular. Como libro que recoge críticamente las aportaciones anteriores de GARRIGUES, POLO, LANGLE, GIRÓN, BROSETA, RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969.

(2) Cfr. DUQUE, «Problemas de la constitución económica», en *Derecho y paz*, Madrid, 1969, págs. 305 y sigs. A la bibliografía allí citada añádase ahora BADURA, *Wirtschaftsvergassung und Wirtschafts-Verwaltung*, Frankfurt a. M., 1971.

(3) Así GUAITA, *Derecho administrativo especial*, III, Zaragoza, 1964, pág. 21: «... pero no el *hodie*, *nunc* fantástico—derecho económico».

táneamente al esclarecimiento de un sector del Derecho administrativo, el Derecho mercantil puede realizar un *análisis concreto de fenómenos* mercantiles a través del cual se ponderan debidamente los riesgos y peligros que no han podido ser detectados en el momento en que se admitieron lógicamente y abstractamente (4). El Derecho económico constituye una parte del Derecho mercantil—al menos por lo que se refiere a las relaciones entre personas privadas—que refleja la evolución de la política y estructura económicas. Por lo tanto, planteará al jurista un problema de interpretación al tratar de compatibilizar *normas de diferentes épocas*, cuando las *normas de la época más reciente estén animadas de un espíritu distinto*.

Y con esta legitimación inicial que me asegura la generosa benevolencia del lector, comienzo a desarrollar el tema.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL.

El objeto de estas reflexiones es la *sociedad privada municipal*. Esta formulación está tomada de la ley, pero arroja una inicial y no grave inexactitud, puesto que inicialmente prescinde del aspecto provincial, aun cuando, ocasionalmente, se haga alguna alusión al mismo, que, en principio, no ofrece ninguna singularidad digna de mencionarse en los aspectos que me propongo tratar en el trabajo presente. De la misma manera, dejando a un lado la sociedad de responsabilidad limitada, he centrado mi atención sobre la sociedad privada municipal *explotada bajo la forma de sociedad anónima* por dos razones. La primera es la mayor perfección de las normas por las que esta forma social se rige en el Derecho español. La segunda es la mayor frecuencia con que se utiliza la sociedad anónima en el tráfico privado, donde la sociedad de responsabilidad limitada, incluso después de la Ley de 1953, apenas si se utiliza; y esta situación no cambia, por lo que me consta, en la actividad municipal o provincial.

(4) Sobre estas cuestiones, *vid.* fundamentalmente HOUIN, «La gestion des entreprises publiques et les méthodes du Droit commercial», en *Arch. Phil. Dr.*, 1952, páginas 79 y sigs.; BREDIN, *L'entreprise semi publique et publique et le Droit privé*, París, 1957.

Pero lo que se diga de la sociedad anónima municipal puede decirse de la sociedad limitada municipal.

Por otra parte, el tema propuesto se enlaza con el de las llamadas empresas públicas y, en buena medida, ambos temas poseen una problemática común.

A) *El concepto de sociedad privada municipal.*

¿Qué es la sociedad privada municipal?

La sociedad privada municipal (o provincial) es una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (art. 89, 1, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales), de cuyo capital social serán titulares exclusivos la Corporación municipal, o provincial (art. 89, 2), quienes se sirven de esta forma para gestionar directamente bajo el régimen privado propio de tales compañías, un servicio municipalizado o provincializado. Estas sociedades, juntamente con las sociedades de economía mixta (artículos 102 y sigs.), constituyen en la esfera local las modalidades que adopta la institución de las empresas nacionales.

B) *Las funciones de la sociedad privada municipal.*

En principio, las *mismas funciones que se asignan a la empresa pública en general* (5) se asignan a la empresa pública en la esfera local. Es éste un tema polémico, en el cual las diversas posiciones están vinculadas a concepciones diversas de lo económico. Para centrar el tema debidamente, y para evitar tomar partido injustificado en la cuestión, voy a servirme de la síntesis que recientemente, en 1971, ha hecho SOSA. Este enumera las siguientes funciones de las empresas públicas:

1.º Gestionar adecuadamente la prestación de servicios públicos, para evitar que los particulares puedan adquirir poder político o social como consecuencia de una gestión incontrolada

(5) Sobre el carácter y naturaleza del I. N. I., *vid.*, además de los tratamientos generales sobre empresa pública en España que se irán mencionando en sus lugares oportunos, SIRVENT, «El Instituto Nacional de Industria», en *La empresa pública*, II, págs. 969 y sigs.; *vid.* también el capítulo VI, de A. ALVAREZ-GENDÍN, *La industrialización estatal. Estudio de sus problemas y realizaciones*, Madrid, 1969, páginas 165 y sigs.

de empresas importantes para la vida de la comunidad en la que actúan.

2.º Evitar estrangulamientos en sectores de la economía o romper situaciones monopolistas.

3.º Evitar que sectores claves de la economía nacional sean controlados por capital extranjero.

4.º Instrumento para la ejecución de un plan económico.

5.º Instrumento para la promoción de áreas subdesarrolladas.

6.º Facilitar la integración en unidades económicas amplias (6).

Pero estas funciones que se asignan en general a la empresa pública (7) vienen matizadas históricamente cuando se contempla la acción de las Entidades locales en la esfera industrial o comercial. La prestación de servicios en estas esferas de la vida comunitaria obedece—como señala GARCÍA DE ENTERRÍA— a «una tendencia rigurosamente espontánea y natural, hasta donde es posible aplicar estos calificativos a la vida social», desvinculada de cualquier movimiento político apoyado sobre bases teóricas. Esta tendencia es el índice de «una suerte de necesidad intrínseca, que relaciona el concepto real de Municipio con su función industrial y mercantil» (8).

Y como consecuencia de estos hechos, resultan ser así el Municipio y la Provincia entes dotados de una «mayor sensibilidad ... para expresar en su estructura los cambios sociales y políticos», siendo «piedra de toque que vaticina el futuro incierto».

(6) Vid. también SOSA WAGNER, *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, 1971.

(7) La bibliografía sobre empresa pública es impresionante. Una información amplia puede ahora encontrarse en los dos tomos editados por E. VERDERA, *La empresa pública*, Zaragoza, 1970, con aportaciones de diversos autores extranjeros y españoles. Para un estudio anterior del tema, veinte años antes, cfr. «Las empresas públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA. «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», en *Crónica del I Congreso Iberoamericano de Municipios* (Madrid, Granada, Sevilla, 1955), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1956, páginas 247 y sigs.

a) *Actividad pública y forma privada en la esfera local.*

La coexistencia de la empresa pública y la iniciativa privada, principio que inspira la actitud de la Administración en estos momentos, viene asegurada en la esfera local y provincial por los preceptos que establecen los requisitos necesarios para proceder a la municipalización o provincialización (arts. 168 y 169 de la Ley de Régimen local y 55, 56 y 59 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales) precedente, en cierta medida, del procedimiento de oferta previa que estableció la Ley aprobatoria del I Plan de Desarrollo económico y social.

Fácilmente se comprende que cae fuera del propósito de estas líneas examinar en su total extensión la problemática sobre el alcance y contenido en la esfera local de los dos principios que constituyen el nervio de la (llamada) constitución económica —a saber, el principio de la libertad de iniciativa económica y el de la acción subsidiaria del Estado en lo económico (Ley de Principios fundamentales de 17 de mayo de 1958, Principio XI)—, de las relaciones que guarda este régimen con la regulación consagrada en las leyes aprobatorias de los Planes económicos, a partir de la Ley de 28 de diciembre de 1963 (9) que aprueba el I Plan de Desarrollo económico y social (artículo 4,2), y, finalmente, de la interpretación que el Tribunal de Defensa de la competencia está haciendo del artículo 4.º de la Ley de 20 de julio de 1963, a través de sus constantes sentencias sobre la materia (*vid.*, entre otras, las sentencias de dicho Tribunal de 20 de mayo de 1967, 2 de octubre de 1968, 11 de abril de 1969, 30 de marzo de 1970, 15 de febrero de 1968, 10 de octubre de 1968, 11 de enero de 1969, 25 de noviembre

(9) *Vid.* algunos de estos problemas en DUQUE, «Empresas nacionales, iniciativa privada y libre competencia en el Derecho español», en *La empresa pública*, editado por E. VERDEA, II, Zaragoza, 1970, págs 907 y sigs.; NAHARRO, «Consideraciones en torno a la planificación económica y la empresa pública», en *La empresa pública*, cit., I, págs. 157 y sigs., págs. 170 y sigs.; MEILÁN, «Cuestiones institucionales de la empresa pública en España», en *La empresa pública*, II, páginas 1190 y sigs., págs. 1204 y sigs.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La organización y el control del sector público en España», en *La empresa pública*, I, págs. 936 y sigs., concretamente, págs. 953 y sigs.

de 1967, 4 de abril de 1968, 24 de septiembre de 1968, 21 de diciembre de 1968, 14 de enero de 1969, 19 de junio de 1969, 7 de octubre de 1969 y 26 de enero de 1970).

La figura cuyo significado hoy nos proponemos analizar se encuadra en los modos utilizados por las Entidades locales y provinciales para el ejercicio de su actividad industrial y comercial. Frente a los modos indirectos de gestión, la *gestión directa* abarca desde una gestión pública indiferenciada a una gestión pública diferenciada (arts. 173 y 174 de la Ley de Régimen local), bien orgánicamente, bien mediante la creación de una persona jurídica. Y estas personas jurídicas pueden ser, o bien la fundación pública, o establecimiento público, o la llamada sociedad privada de capital totalmente público (art. 89 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales) y, finalmente, la empresa de economía mixta, de capital mayoritariamente público (que, con las anteriores forman el grupo de empresas nacionales en sentido amplio) (10).

b) *Las contradicciones en el tratamiento legal y doctrinal de la figura.*

Antes de analizar la problemática de esta sociedad, conviene hacerse cargo de la *situación de la doctrina actual*:

La visión de la literatura española sobre la figura que hoy nos proponemos estudiar ofrece, ya en esta fase introductoria, algunas contradicciones cuyo esclarecimiento, al menos parcial y en lo que esté al alcance de nuestros modestos medios, justifican ya las reflexiones que recaerán sobre la sociedad privada.

Es la primera de estas contradicciones la que se forma entre la importancia de la normativa introducida por la Ley de 1950 y su escasa aplicación práctica. «Indudablemente—decía CLAVERO ARÉVALO en 1952—la Ley de 1950 presenta una regulación más detenida y concreta sobre las empresas municipales en forma de sociedad privada que la establecida en leyes anteriores».

(10) No siempre se admite que la empresa mixta sea una empresa pública. Para la clasificación anterior me he inspirado en la de GARRIDO FALLA, «La empresa pública en el Derecho español», en *La empresa pública*, I, págs. 857 y sigs.

«Sin embargo—añadía—no puede decirse, ni con mucho, que la regulación de la nueva Ley sea completa ni perfecta» (11).

Y S. MARTÍN-RETORTILLO, cuando valora la importancia que tiene el sector público en la economía del país, afirma que «sin perjuicio de la existencia de algunos supuestos aislados de actividad industrial de los Municipios, ejemplos que se reiteran hasta la saciedad pretendiendo demostrar así la existencia de una auténtica gestión industrial por parte de las Corporaciones locales, su valor real, sin embargo, no sobrepasa el estrictamente anecdótico» (12). Es decir, la realidad práctica ha venido a confirmar los temores del ilustre administrativista CLAVERO ARÉVALO, quien antes de 1955, reclamaba del legislador que promulgara «reglamentariamente una regulación más detallada de este modo de gestión, que, a buen seguro, habría de colaborar a su mayor utilización por las Corporaciones locales, las cuales, dada la novedad del sistema y su falta de regulación, han de mostrarse, necesariamente, recelosas antes las empresas municipales en forma de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada». Pero la regulación relativamente detallada del Reglamento de Servicios parece que no ha impedido el escaso uso que se ha hecho de esta institución, en la práctica de la vida municipal y provincial, donde los supuestos de aplicación continúan siendo «supuestos aislados» y de un valor real tan escaso que no permite generalizaciones.

La segunda contradicción a señalar en este planteamiento preliminar es la referente a la diferencia entre el escaso tratamiento doctrinal de las empresas municipales y la existencia, sin embargo, de un grupo de normas dedicadas exclusivamente a esclarecer las oscuridades que podría suscitar la gestión de estas empresas. PÉREZ MORENO afirma en su monografía sobre *La forma jurídica de las empresas públicas*, publicada en 1969, que «la doctrina se ha ocupado detenidamente de todas y cada una» de las modalidades en que aparece la gestión de las empre-

(11) CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen local*, Madrid, 1957, págs. 159 y sigs., en concreto, pág. 169.

(12) MARTÍN-RETORTILLO, «La empresa pública como alternativa. (Un análisis del sistema español)», en *La empresa pública*, I, págs. 877 y sigs.—págs. 884-885—.

sas públicas de las Corporaciones locales «hasta el punto—y son éstas sus propias palabras—de existir una notable desproporción entre el volumen e intensidad de los estudios sobre esta versión local del fenómeno en comparación con la atención dedicada entre nosotros a las empresas públicas de la Administración central» (13).

Pero, salvo el meritorio estudio de CLAVERO, publicado antes de la promulgación del Reglamento y de la clásica monografía de ALBI (14) sobre el *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, las consideraciones sobre estas Entidades se hacen, bien por vía de referencia o apéndice al tratamiento de las empresas públicas, como sucede en los trabajos de PÉREZ MORENO y de PERULLES (15), o bien, haciéndose cargo de aspectos generales de la figura—como BROSETA y MORENO PÁEZ (16)—.

Por otro lado, las formas societarias permitidas para gestionar el servicio municipal o provincial son dos: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada. Pero las consideraciones doctrinales *se limitan casi exclusivamente a la contemplación de la sociedad anónima*. Y ésta es la postura adoptada también en este trabajo.

A esta situación doctrinal pueden haber contribuido varios hechos, a saber: la mayor elaboración doctrinal del Derecho común de la sociedad anónima con relación al de la sociedad de responsabilidad limitada, la consiguiente mayor difusión en el tráfico de la sociedad anónima y el casi nulo empleo de la sociedad de responsabilidad limitada y, finalmente, la imposición constante de la sociedad anónima para gestionar las empresas

(13) PÉREZ MORENO, *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969, páginas 184-185.

(14) ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960, págs. 347 y sigs., en especial, págs. 329 y sigs.

(15) PERULLES, *La empresa pública y su normativa*, Barcelona, 1970.

(16) BROSETA, «La sociedad anónima pública unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado», en *Ponencias españolas al VII Congreso internacional de Derecho comparado* (Uppsala, 6-13 de agosto de 1966), Barcelona, 1966, páginas 403 y sigs.; *vid.* también MORENO PÁEZ, «Sociedad privada de carácter municipal en régimen de anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, número 79, págs. 243 y sigs.

públicas, según lo dispuesto en la Ley de Entidades estatales autónomas.

Y, sin embargo, la confrontación de la sociedad privada de las Corporaciones locales con la sociedad de responsabilidad limitada señala una serie de coincidencias entre el tipo legal de la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad privada que acercan estructuralmente la figura de la sociedad privada a la sociedad de responsabilidad limitada, más vinculada a aspectos personales que la vinculación de la sociedad anónima a estos mismos aspectos.

II. ANALISIS DE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD PRIVADA MUNICIPAL

Varias perspectivas son posibles al estudiar la figura de la sociedad privada municipal. En la imposibilidad de abarcar todas ellas, me voy a limitar a la consideración de los aspectos vinculados a la tipicidad legal de la sociedad privada en el marco de las entidades societarias y a las cuestiones de organización conexas con este tema, para llegar al núcleo del problema que late en aquella cuestión y a la correlativa propuesta de solución para el mismo.

1. LA TIPICIDAD DE LA SOCIEDAD PRIVADA MUNICIPAL.

En este apartado, dedicado a los problemas referentes a la tipicidad legal de la sociedad privada municipal, se intenta precisar la inserción de la figura estudiada en el repertorio de los tipos de sociedad conocidos en el Derecho español.

La legitimidad de la figura de la empresa privada municipal o provincial se discute doctrinalmente desde un punto de vista formal. En un primer momento es CLAVERO ARÉVALO quien, después de poner en duda la admisibilidad en el Derecho mercantil de la unipersonalidad de las empresas municipales, afirmaba que en el Derecho positivo no existía base sobre la cual fundamentar la posibilidad de crear una sociedad unipersonal. «Si la Ley de Régimen local ha querido establecer dicha posibilidad—continuaba el mencionado autor—hay que estimar que sus preceptos constituyen excepción al Derecho mercantil. Ex-

cepción que por otra parte no se aviene con la remisión que hace a dicho Derecho mercantil por lo que se refiere a la constitución de las empresas municipales en forma de sociedad privada. Si la intención del legislador fue esa, hubiera sido de desear una más expresa y acabada regulación» (17).

A) *La legitimidad de la figura en el repertorio de los tipos de sociedad.*

Las consideraciones semejantes a las de CLAVERO seguramente motivaron (es una conjetura) que en el Proyecto de Ley de Sociedades anónimas presentado a las Cortes el 2 de octubre de 1950 se introdujera un precepto que modificó el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos por el que se prevé la excepción de que determinados sujetos públicos funden una sociedad unilateralmente, interviniendo, pues, un solo sujeto, y rompiendo la regla general de que los fundadores han de ser como mínimo tres. «Se exceptúan de lo establecido en el párrafo anterior—dice el segundo párrafo del artículo 1.º de la Ley de Sociedades anónimas—las sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de disposiciones vigentes».

La excepcionalidad de esta norma se manifiesta en el enlace lógico de los dos párrafos del artículo 10 de la Ley de Sociedades anónimas, confirmado gramaticalmente. Pero sobre todo en el hecho de que la aplicación de la excepción de la Ley de Sociedades anónimas presupone que una disposición legal la reconozca expresamente y a favor de algunos entes públicos—en modo alguno, privados—.

En efecto, parece que el artículo 10, II, de la Ley de Sociedades anónimas no ha previsto sólo la constitución de una sociedad anónima mediante contrato celebrado por dos personas—lo cual ya constituye una excepción de la norma general que exige tres personas como mínimo (18)—. Más radicalmente, la

(17) CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, como conclusión del análisis a que somete los preceptos básicos de la Ley de Régimen local.

(18) RUBIO, *Curso de sociedades anónimas*, Madrid, 1964, que mantiene la exigencia de tres personas como mínimo en la fundación sucesiva.

Ley de Sociedades anónimas prevé que la sociedad anónima pueda constituirse sin consentimiento contractual, *mediante un acto unilateral* (19). Pero con dos condicionamientos, que limitan extraordinariamente el ámbito de la excepción. En primer lugar, que el fundador sea una *entidad u organismo estatal, provincial o municipal*. En segundo lugar, que estos sujetos *actúen autorizados por una norma del Derecho vigente*. Es decir, que no todos los sujetos pueden fundar unipersonalmente una sociedad; pero ni siquiera los sujetos enumerados por el artículo 10, II, de la Ley de Sociedades anónimas pueden hacerlo libremente, sino tan sólo cuando se ha previsto por una norma que integra o completa la Ley de Sociedades anónimas (20).

El legislador ha utilizado varias veces la posibilidad de aplicar la norma que autoriza la constitución unipersonal.

En efecto, además del supuesto de la empresa privada municipal prevista por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, se ha previsto la constitución unilateral de sociedades en los siguientes supuestos recogidos por la doctrina—APARICIO (21) y BROSETA (22)—: el artículo 6.º del Reglamento de 22 de enero de 1942 para la aplicación de la Ley que creó el Instituto Nacional de Industria, el artículo 138 de la Ley de Régimen del suelo y Ordenación urbana y la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre Régimen jurídico de Entidades estatales autónomas.

La última ocasión ha sido la reciente Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y régimen del crédito oficial. En efecto, según el artículo 24, «las entidades oficiales de crédito adoptarán la forma de sociedades anónimas cuyo capital social se integrará mediante la aportación de la totalidad de sus patrimonios respectivos actuales». «El Estado—dice el párrafo segun-

(19) Esta interpretación parece preferible a la que admitiera que las entidades mencionadas pudieran fundar sociedades en las que no se suscribiera la totalidad del capital social; contra esta posibilidad, con razón, GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 94-95.

(20) *Vid.* GARRIGUES, en GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, I, Madrid, 1953, págs. 213-214; BROSETA, *ob. cit.*, pág. 511.

(21) J. APARICIO RAMOS, *Para un estudio de la sociedad anónima unipersonal*, Oviedo, 1961, págs. 63-65.

(22) BROSETA, *ob. cit.*, págs. 510-511.

do—ostentará la titularidad de las acciones», aunque el Estado puede enajenar la cuarta parte del mismo a otras entidades de Derecho público.

Como en otros casos, también en éste, después de declarar que tales entidades han de regirse por las normas de la Ley de Sociedades anónimas de 1951 y por los estatutos aprobados conforme al procedimiento que se indica, el mismo precepto 25 establece una serie de particularidades que configuran un tipo de sociedad peculiar. Pero, más que las peculiaridades de este régimen, nos interesa en este momento captar las razones de política jurídica y los grandes temas que han inspirado una regulación tan reciente, a fin de aplicar los resultados obtenidos en esta elaboración al tema que nos ocupa en estos momentos.

Estas razones se descubren en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley. Una vez más se trata de dotar a las entidades oficiales de crédito de un estatuto jurídico y económico más flexible que el correspondiente al de organismo económico, que les proporcione, a través de su «independencia funcional» de la Administración, la «agilidad operativa» requerida por el carácter empresarial de su actividad económica.

Y me parece que estas mismas razones han de valer para la sociedad privada municipal.

Mas la perplejidad de la doctrina mercantilista ante esta figura continúa después de la promulgación de la Ley de Sociedades anónimas. BROSETA—en el trabajo analítico de las disposiciones legales sobre la sociedad anónima pública unipersonal, a que antes hacíamos referencia—se pregunta si la figura de la sociedad pública unipersonal, en general, puede considerarse una sociedad anónima, por el hecho de que así se denomine legalmente, aun cuando desde el punto de vista sustancial las derogaciones sean tan numerosas y tan esenciales que de la primitiva figura apenas si subsisten algunos rasgos mínimos. La conclusión a que llega este autor es totalmente negativa. Su pensamiento se sintetiza en el siguiente párrafo:

«... en estas sociedades no existen ni la jerarquía de órganos y funciones, ni el control jerárquico que son propios a toda sociedad anónima, ni puede pensarse que los órganos que se

crean manifiesten la voluntad de la sociedad y no la del socio único ... por ello mismo, en estas sociedades anónimas públicas no basta el control jerárquico interno que debe realizarse—según la estructura ideal de la sociedad anónima—por la Junta general y por los Censores de cuentas y se someten expresamente al control directo y externo del ente que las crea, y al especial del Tribunal de Cuentas y del Ministerio de Hacienda» (23).

No es éste el momento de discutir a fondo el tema general de la justificación de la sociedad unipersonal, cuestión que nos llevaría muy lejos (24). Por el contrario, me voy a limitar a tomar, instrumentalmente, las posturas más representativas en la cuestión, haciendo especial referencia, como es natural, a la situación de la jurisprudencia y de la doctrina españolas recientes. La sociedad unipersonal ha preocupado constantemente a la dogmática jurídica. Considerada la sociedad como un contrato, a los juristas—por ejemplo, APARICIO RAMOS (25)—les tenía que parecer forzosamente la sociedad con un solo socio como una monstruosidad jurídica, contraria a la lógica jurídica.

Porque me parece que los problemas suscitados por la estructura empresarial de la sociedad privada municipal o provincial son, en principio, los mismos que los que la doctrina mercantilista había venido examinando alrededor de la figura general

(23) BROSETA, «La sociedad anónima pública unipersonal...», cit. *Vid.* el juicio también negativo de PÉREZ MORENO, *La forma jurídica...*, cit., págs. 126-128.

(24) Para el estudio de los problemas de la sociedad con un solo socio, me parece prácticamente exhaustiva la reciente monografía de A. GRISOLI, *Le società con un solo socio*, Padova, 1971—que informa al día—. Para el Derecho español—además del trabajo de JORDANO BAREA, al que habrá ocasión de referirse en reiteradas ocasiones—sigue siendo muy útil J. APARICIO RAMOS, *Para un estudio de la sociedad anónima unipersonal*, Oviedo, 1961. *Vid.* también A. DE ARRUDA FERRER CORREIA, *Sociedades ficticias e unipersonais*, Coimbra, 1948; H. G. TRÖSTER, *Die Einmann-GmbH. Ein Beitrag zur Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit*, Wien, 1971. La situación de la doctrina general en los diversos países puede consultarse en las ponencias presentadas sobre el tema al VII Congreso internacional de Derecho comparado (Uppsala, 6-13 de agosto de 1966), algunas de las cuales serán citadas en el lugar oportuno del presente trabajo. La ponencia general estuvo a cargo de W. L. HAARDT (poseo el ejemplar dactilografiado presentado a las sesiones del mencionado Congreso).

Para cuestiones particulares, *vid.* H. PLEGER, *Die Stiftung als Alleingesellschafter der Einmann-GmbH*, Köln, 1969; H. SCHÖNLE, *Die Einmann- und Strohmanngesellschaft*, München/Genf, 1957; O. KUHN, *Stromanngründung bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 1964.

(25) APARICIO RAMOS, *Para un estudio...*, cit., pág. 17.

de la sociedad unipersonal, podemos aprovechar los resultados a que ha llegado el análisis de dicha doctrina; es de notar que la discusión queda limitada a las llamadas sociedades de capitales—esto esto, sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada—, que son, justamente, los tipos de sociedades que puedan utilizarse por la Provincia y el Municipio para el desarrollo de una actividad industrial o comercial.

a) *La situación general en el Derecho español.*

En el Derecho español general, la cuestión de la sociedad anónima unipersonal se ha debatido sobre todo con relación a la sociedad anónima. Por dos razones. En primer lugar, porque el problema en realidad sólo tiene trascendencia práctica cuando se trata de sociedades que limitan la responsabilidad de sus socios, ya que la sociedad de personas atribuye a los socios responsabilidad ilimitada y, por lo tanto, el único socio no alcanza por mediación de la sociedad unipersonal el beneficio de la limitación de responsabilidad (26). Por otro lado, la sociedad de responsabilidad limitada ha sido introducida recientemente, en 1953, en el Derecho español y—como ya se ha dicho—su difusión es incomparablemente menor que la de la sociedad anónima, que, además de ser la única forma para limitar la responsabilidad de los socios cuando la sociedad tiene un capital social superior a los 50.000.000 de pesetas (art. 4.º de la Ley de Sociedades anónimas; Ley de 6 de diciembre de 1968), tiene a su favor razones de prestigio económico de que carece la sociedad de responsabilidad limitada.

La doctrina española se había mostrado poco propicia a recibir la sociedad anónima unipersonal (27). Pero esta postura doctrinal ha ido modificándose a medida que se modificaban los datos legislativos del Ordenamiento español.

(26) *Vid.* APARICIO RAMOS, *ob. cit.*, págs. 10 y sigs.

(27) Considero que en este momento puede prescindirse de la exposición detallada de las posturas de la doctrina española. Pueden verse recogidas, puntualmente por APARICIO RAMOS, *Para un estudio...*, *cit.*, págs. 48-61.

a'. *Los datos legislativos: la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades anónimas y la Resolución de 11 de abril de 1945.*

La admisibilidad de la sociedad anónima unipersonal en el Derecho español ha pasado por dos etapas separadas por la promulgación, en 1951, de la Ley sobre Régimen jurídico de las sociedades anónimas. Esta Ley, sin abordar directamente la cuestión en su articulado, dedicó al tema un párrafo del apartado VIII de su Exposición de Motivos, que, desde entonces, ha sido constante punto de referencia para valorar el problema. La mencionada Exposición afirma que la Ley de Sociedades anónimas, «rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse, no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano...» «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 aun por la misma estructura de un organismo que presupone pluralidad de actividades, no es otra cosa sino 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, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad puede eludirse mediante la interposición de verdaderos testaferros, 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».

Este texto a través del cual se interpreta la Ley de Sociedades anónimas—y como veremos la posterior de responsabilidad limitada—tiene su antecedente (28)—algo desvaído—en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1945 (29). En esta Resolución se admite

(28) JORDANO BAREA, *trab. cit.*, pág. 439, estima que algunos pasajes de esta Resolución encuentran «eco fiel» en el preámbulo de la Ley de Sociedades anónimas.

(29) Antes de esta Resolución se suelen citar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891—que denegó la posibilidad de una sociedad anónima unipersonal—y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1922 donde, por el contrario, se reconocía una situación de unipersonalidad (*vid.* APARICIO RAMOS, *obra cit.*, pág. 66).

la subsistencia de las sociedades anónimas unipersonales sustrayéndolas del ámbito de la disolución impuesto por el artículo 221 del Código de comercio, «sin perjuicio de que si el único titular, prevaliéndose de la laguna legislativa, cometiera abusos de derecho, puedan, en su día, los Tribunales de Justicia, de parte o de oficio, según los casos, dictar los acuerdos y hasta imponer las sanciones correspondientes» (30).

Pero bueno será señalar que el reconocimiento de esta Resolución está todavía condicionado expresamente por las siguientes afirmaciones:

a) Que el Derecho español requiere para la constitución de todo tipo de sociedades la pluralidad de personas.

b) Que, pese a todo, la mencionada Resolución pone de relieve «los inconvenientes y peligros» que pueden derivarse para los terceros interesados de la coexistencia de los patrimonios individual y social.

c) Que estos peligros e inconvenientes no son superiores a los peligros que producen las sociedades anónimas en que real o simuladamente hay dos o más accionistas.

d) Por último y sobre todo, que los abusos de derecho por parte del único accionista pueden reprimirse por los Tribunales a instancia de parte o de oficio, con toda la amplitud que requiera la—mayor o menor—gravedad del fraude cometido.

Por otro lado, la promulgación de la Ley de Sociedades anónimas de 1951 ha cambiado el carácter eminentemente contractual que tenía la sociedad anónima en el Código de comercio de 1885 y la ha institucionalizado en cierta medida.

En efecto, el artículo 122, 3.º, del Código de comercio definía la sociedad anónima como el tipo de sociedad «en que formando el fondo común los asociados por partes o porciones ciertas, figuradas por acciones o de otra manera indubitada, *encargan* su manejo a mandatarios o administradores *amovibles* que representen a la compañía bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos».

En este artículo se ve claramente que la sociedad anónima

(30) *Vid.* APARICIO RAMOS, *ob. cit.*, pág. 67.

se consideraba por el legislador de 1885 como una reunión de personas que, directamente o encargando a mandatarios amovibles, gestionaban una empresa, con el beneficio de la responsabilidad limitada.

Esta concepción se rompe con la Ley de Sociedades anónimas de 1951, en donde—por influencia alemana (31)—su artículo 1.º elimina en la definición las relaciones entre socios y, sobre todo, entre socios y administradores, para centrar su definición sobre la formación del capital, integrado por las aportaciones de los socios y dividido en acciones.

El artículo 1.º de la Ley de Sociedades anónimas dice en efecto que «en la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará con las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales».

En esta formulación ya no se recogen, como sucedía en el Código de comercio de 1885, las relaciones del grupo de accionistas con los administradores, la adecuación de la firma objetiva a la actividad de la sociedad y la incorporación de las aportaciones a acciones o a títulos en que aparezcan de modo indubitado figuradas las partes de que cada socio es titular. La sociedad anónima ha dejado, en buena medida, de ser un contrato entre varias personas que, bajo el principio de la responsabilidad limitada, se dedican, por medio de administradores amovibles, al ejercicio de una actividad mercantil que conocen todavía suficientemente como para ejercitar una vigilancia personal sobre los administradores (32). Por esta razón, la Ley de Sociedades anónimas subraya: *a*) la formación del capital con las aportaciones de los accionistas; *b*) la división del capital social en acciones; *c*) ausencia de responsabilidad personal de los accionistas por las deudas sociales. Estas características de la definición de la sociedad anónima se completan en el articulado de la

(31) Cfr. *1 AktGes*, 1937: «La sociedad por acciones es una sociedad con personalidad jurídica propia, cuyos socios participan en el capital social dividido en acciones con aportaciones y no responden personalmente de las obligaciones de la sociedad».

(32) Cfr. estas ideas en DUQUE, prólogo a la obra de RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*, cit. en nota 71.

Ley de Sociedades anónimas, donde los administradores han perdido el viejo carácter de mandatarios amovibles y han pasado a ser órganos de la sociedad, sometidos a la Junta general que los nombra (art. 71 de la Ley de Sociedades anónimas) y que puede separarlos en cualquier momento (art. 75), pero con una esfera de competencia que no puede ser menoscabada por los acuerdos de la Junta.

La Ley de Sociedades anónimas de 1951 ha originado, pues, una transformación en el carácter de la sociedad por acciones, que, a partir de dicha fecha, aproxima a la sociedad anónima, más *despersonalizada* (más *institucionalizada*, diría DE SOLA CAÑIZARES) al modelo de la *corporation* (33). Hasta que esta transformación se realice totalmente, el enjuiciamiento de los problemas de la sociedad anónima española no puede hacerse con el modelo alemán o anglosajón de la *corporation* (34), sino con los esquemas propios de la sociedad en la que todavía no han desaparecido las relaciones personales. Por esta razón es necesario que la sociedad anónima unipersonal sea reconocida expresamente. Pero, una vez reconocida, la solución de los problemas suscitados por la unipersonalidad deberá abordarse desde la experiencia ofrecida por aquellos ordenamientos.

b'. La jurisprudencia posterior a la Ley de Sociedades anónimas.

Después de la promulgación de la Ley de Sociedades anónimas, la jurisprudencia se consolida en el sentido antes iniciado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1945. La Resolución de 22 de noviembre de 1957 refunde las opiniones emitidas anteriormente, aun cuando no deje de reconocer que esta situación es transitoria y que la situación de unipersonalidad está sometida a los límites ordinarios de la buena fe y de la prohibición de abuso del derecho. En la

(33) *Vid.* DUQUE, «Sociétés commerciales et types de sociétés en Droit espagnol», en *Evolution et perspectives du Droit de sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, ed. por P. VERRUCOLI, I, Milano, 1968, págs. 295 y siguientes, págs. 311 y sigs.

(34) *Cfr.* DE CAPRILES, *The one man-business corporation in the law of the United States of America* (Rapport VII Congress of Comparison Law, Uppsala, Sweden, August 1966).

misma dirección, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1955 no admite la unipersonalidad como causa de extinción, puesto que la adquisición de todas las acciones por una sola persona no ha producido cambio alguno de la personalidad jurídica de la sociedad afectada en el Registro mercantil, pudiendo las acciones de la sociedad en esta situación pasar de unas personas a otras «sin que por ello se verifique cambio esencial en la vida de la sociedad, ni en su patrimonio, que sigue administrado por sus órganos rectores, sin perjuicio de los cambios en las personas de éstos, impuestos por la voluntad de los accionistas». La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1955 aplica la misma doctrina a la sociedad de responsabilidad limitada (35).

Esta doctrina jurisprudencial tiene, sin embargo, algunas desviaciones en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1954 (36) y, de una manera indirecta, en la sentencia del mismo Tribunal de 19 de abril de 1960, que rechazó la posibilidad de que se constituyera la Junta general con un solo accionista porque la Junta es por esencia una reunión—que exige, por lo tanto, pluralidad—de accionistas.

c'. La doctrina española posterior a la Ley de Sociedades anónimas.

De igual manera que la jurisprudencia, la doctrina española, como sucede en el Derecho comparado, tiende a pasar desde una opinión que mantenía la disolución de la sociedad por la unipersonalidad a una postura menos rígida en que la sociedad no desaparece, sino que sobrevive, pero que, a fin de evitar posibles perjuicios a los acreedores sociales y a los (eventuales) terceros que adquirieran acciones, atribuye a la sociedad en esta situación y al accionista único consecuencias perjudiciales para éste, sobre todo en los casos de insolvencia, y con carácter transitorio mientras dura la reunión de las acciones en una sola mano (37).

(35) *Vid.* APARICIO RAMOS, *Para un estudio...*, cit., págs. 67-68.

(36) Sobre la misma, *vid.* MOTOS GUIRAO, «Sociedad unipersonal y subsiguiente disolución», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 55, págs. 185-186.

(37) Sobre las tendencias del Derecho y la doctrina del Derecho comparado, *cfr.* HAARDT, *Rapport générale*, cit. En la doctrina española, *vid.* las matizadas

a''. *Valoración general.*

En el momento presente, la doctrina mercantilista española reconoce la admisibilidad de la sociedad unipersonal, cuando esta situación *ha sobrevenido excepcionalmente después de haberse fundado* la sociedad, con la reserva de la protección de los intereses de los terceros y mientras se mantenga la *spes refectionis*, esto es, la posibilidad de que se reconstituya la pluralidad normal de accionistas. Pero no se admite, más que excepcionalmente, en los supuestos del artículo 10, II, de la Ley de Sociedades anónimas, la unipersonalidad originaria en el momento de la fundación. Ahora bien, como no se exige un plazo durante el cual la sociedad que se ha convertido en unipersonal tenga que reconstituir la pluralidad (desaparecida) de accionistas, algún sector de la doctrina sostiene que el Derecho español ha pasado desde la admisibilidad de la sociedad unipersonal con la ficción de la *spes refectionis* a la admisión de la *sociedad ficta*, sin que la reconstitución tenga que ser efectiva (38).

El término final de esta evolución sería la admisibilidad de una fundación o establecimiento comercial de Derecho privado, a través del cual, sin perjuicio de los intereses de los acreedores, pudiera atribuirse, directamente y sin intermedio de la sociedad unipersonal, al comerciante individual el beneficio de la responsabilidad limitada, que hasta ahora sólo se atribuye cuando actúa colectivamente por el cauce de determinados tipos sociales —o, excepcionalmente, por razón del objeto especialmente arriesgado como en el caso de la actividad marítima—.

b''. *Posturas negativas en la doctrina española.*

No obstante los anteriores elementos, todavía subsisten en la doctrina española autores que no admiten la sociedad unipersonal.

posturas que han expuesto recientemente BÉRCAMO LLABRÉS, *Sociedades anónimas (Las acciones)*, III, Madrid, 1970, págs. 370 y sigs., y DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, I-2, Madrid, 1972, pág. 424.

(38) JORDANO BAREA, *trabajo cit.*, págs. 442-443: «... se trata de una esperanza contra toda esperanza»; «... se pasa hoy de la *spes refectionis (sine die)* a la *fictio societatis*».

Entre ellos se encuentran APARICIO RAMOS (39) y RUBIO (40). El primero, además de poner de relieve los riesgos de defraudación que encierra la figura, se opone a la misma porque mediante su utilización se obtendría indirectamente la divisibilidad del patrimonio de la persona física en contra del principio de unidad patrimonial que no debe ceder mientras no exista una norma autorizante en el ordenamiento. RUBIO indica que la participación de tres personas, como mínimo, en la fundación quiere asegurar a los terceros la existencia de un patrimonio, constituido por las aportaciones de los accionistas, cuyos poderes se ven limitados recíprocamente por la pluralidad mínima exigida por la ley.

Pero veamos más de cerca las razones en que puede apoyarse la admisión de esta figura en el Derecho español.

b) *La admisibilidad de la sociedad unipersonal sobrevenida por la reunión de todas las acciones en una sola mano. La sociedad que se constituye unipersonalmente.*

En la doctrina española ha sido JORDANO BAREA el más decidido defensor de la sociedad unipersonal (41). Este autor no sólo admite la sociedad unipersonal cuando la unipersonalidad ha sobrevenido con posterioridad a su creación por la vía normal, sino que, además, justifica la admisibilidad de la sociedad unipersonal originaria, desde el acto de la creación. La sociedad unipersonal «no es una mera entelequia jurídica, sino un fenómeno real que se presenta continuamente en casos vivos de la experiencia» (42). Esta realidad se pone de manifiesto en la frecuencia con que aparecen en la prensa diaria anuncios que se

(39) APARICIO RAMOS, *Para un estudio...*, cit., págs. 17-20. Sobre la empresa individual de responsabilidad limitada existe una amplia bibliografía de la que no podemos hacernos eco en este lugar: *vid.* VICENTE Y GELLA, «La responsabilidad limitada en la empresa individual», *Revista de Derecho Mercantil*, 47-48, páginas 169 y sigs.; SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, París-Liège, s. a.

(40) RUBIO, *Curso...*, cit., págs. 429 y sigs.

(41) JORDANO BAREA, «La sociedad de un solo socio», en *VII Congreso internacional de Derecho comparado. Ponencias españolas*, Barcelona, 1966, págs. 430-453, y con el mismo título, en *Revista de Derecho Mercantil*, XXXVII, 1964, págs. 7-34.

(42) Cfr. JORDANO BAREA, págs. 431-432 y nota 1.

refieren a la existencia de estas sociedades. Es el medio a través del cual el comerciante individual obtiene indirectamente el beneficio de la responsabilidad limitada. Este punto de vista es extraordinariamente fructífero en su tratamiento y lo volveremos a recoger con posterioridad cuando tratemos de exponer nuestras conclusiones adoptando una postura que tenga presentes las elaboraciones doctrinales más recientes (43).

La sociedad unipersonal que analiza JORDANO BAREA es «un ejemplo más del empleo indirecto de las formas predispuestas en el ordenamiento jurídico para conseguir fines atípicos» (44).

La limitación de la responsabilidad de una persona física mediante la creación de un patrimonio separado no está prohibido por la ley: lo que se prohíbe propiamente no es este resultado, sino que se alcance mediante formas jurídicas diferentes de las que el Derecho reconoce.

El artículo 1.911 del Código civil, que establece la responsabilidad patrimonial ilimitada, no es una norma material en tema de fraude. El resultado contrario a la responsabilidad ilimitada de la persona puede alcanzarse mediante el empleo de medios típicos. Este resultado será atípico en ciertas condiciones, pero si el medio es típico, el resultado final es indudablemente lícito (45).

Con la sociedad unipersonal se trata de alcanzar fines prácticos que no tienen reconocimiento legal, pero que no están des-

(43) Cfr. ap. II, B.

(44) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, págs. 431-432, «... se trata—ha dicho un momento antes—de conseguir el beneficio de la limitación de responsabilidad» (pág. 431), poniendo la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada «al servicio del comerciante individual, de la misma manera a como la anónima puede estar al servicio del Estado o de otros organismos públicos» (pág. 432).

Esta preocupación no la abandona durante todo el desarrollo de su pensamiento: «El acto constitutivo de una sociedad dirigida a crear un patrimonio para el ejercicio personal del comercio en régimen de responsabilidad limitada...» (página 449).

(45) «Por lo demás, entendemos que el artículo 1.911 del Código civil no es una de las llamadas normas materiales en tema de fraude. Lo que constituye objeto de la prohibición legal no es propiamente la creación de un patrimonio separado, como resultado en sí, sino su creación a través de formas jurídicas diferentes de las que el Derecho objetivo reconoce. Así, pues, sólo existirá fraude en caso de abuso de la forma de la sociedad anónima o limitada, esto es, cuando no haya «juego limpio», en los mismos términos antes expuestos al tratar de la sociedad devenida unipersonal».

aprobados por el ordenamiento, y que pueden alcanzarse mediante el empleo de medios típicos (ordenados por el Derecho) con otros fines. La sociedad unipersonal es «... una interesante manifestación de esa tendencia a emplear indirectamente las formas predisuestas por el ordenamiento jurídico para conseguir fines prácticos que aún no tienen directo reconocimiento legal: la sociedad en manos de una sola persona, expediente a través del cual la sentida exigencia de la empresa individual de responsabilidad limitada encuentra satisfacción oblicua sin ruptura de la armonía del sistema y sin quebranto de la lógica jurídica...»

Naturalmente, manteniendo la armonía del sistema, sin quebrantos de la lógica jurídica... y (aunque no se diga por JORDANO) sin perjuicio de otros intereses protegidos típicamente por el ordenamiento mediante la ordenación de la figura que utilizan los particulares para la obtención de sus (presuntamente lícitos) fines atípicos. Precisamente, invocando esa lógica jurídica, «que es una lógica propia por estar adecuada a la realidad que trata de servir; distinta, por lo tanto, de la lógica pura o matemática» (46), los acreedores (en general, los terceros extraños a la persona jurídica de carácter unipersonal) tienen derecho a no ser lesionados mediante el vaciamiento de las facultades que les atribuye el ordenamiento o el fraude de las normas con que se protegen sus intereses.

En cuanto a la sociedad que se constituye para beneficiar exclusivamente a un socio único permitiéndole ejercer el comercio en régimen de responsabilidad limitada, JORDANO BAREA mantiene, sin apoyos doctrinales españoles, la tesis de la validez de esta sociedad.

Recoge la tesis del *negocio indirecto* de ASCARELLI para calificar la sociedad constituida con esta intención como un negocio indirecto, y «... como tal válido al que, en nuestra opinión, no cabe atribuirle en su conjunto la nota de fiduciario porque, aparte de no ser correcta esa contradictoria yuxtaposición de calificaciones, la finalidad del mismo (obtener el beneficio de la responsabilidad limitada para el comerciante individual)

(46) JORDANO BAREA, «La sociedad de un solo socio», cit., pág. 434.

no es ninguno de los fines característicos de la categoría» (47).

La calificación de negocio indirecto se basa en el hecho de que «... todos los suscriptores de complacencia quieren, de ordinario, la constitución de la sociedad y pretenden adquirir seriamente el *status* o condición de socio; pero esto lo quieren en función de un fin ulterior: la concentración de las acciones o cuotas en manos de un solo individuo, quien tampoco puede dejar de querer el negocio, como único medio posible de alcanzar la finalidad propuesta».

Es decir, existe voluntad de crear la sociedad tanto por parte del contratante, a cuyo beneficio exclusivo se preordena la sociedad, como por parte de los restantes contratantes, que actúan para complacer al primero.

Los aspectos fiduciarios de la operación se ven en las relaciones del accionista beneficiado con las otras personas que, sin querer ser permanentemente socios, intervienen en la fundación. «Ahora bien, no puede negarse la existencia de una atribución patrimonial a cada uno de los suscriptores de favor. El individuo (socio o tercero) a cuyo provecho se destina la sociedad anticipa siempre o, cuando menos, reembolsa a los restantes socios de complacencia las cantidades que deben desembolsar. El futuro *dominus* exclusivo de la sociedad no transmite, como es evidente, la condición de socio a sus complacientes amigos, pero hace posible que éstos adquieran transitoriamente dicho *status*: en fin de cuentas, cada uno de ellos recibe una atribución o ventaja patrimonial por iniciativa del principal interesado en el negocio. Y es en esas particulares atribuciones—y no en el negocio global—donde se puede y debe buscar una causa (no hay atribución patrimonial sin causa) que procederá o no calificar de fiduciaria».

Cada convenio de restitución de acción es, pues, un negocio fiduciario bilateral cuya causa se identifica con una de las *causas fiduciae*. En definitiva, «... el fenómeno de la unipersonalidad preordenada en la constitución de una sociedad anónima o limitada implica un supuesto de negocio indirecto, cuyo negocio me-

(47) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, pág. 449.

dio es una sociedad de aquellas clases y cuyo fin ulterior es un *scopus* atípico (creación de un patrimonio afecto al ejercicio del comercio individual), imposible de conseguir directamente. El *pactum fiduciae*, o por mejor decir, los diferentes pactos fiduciaros concluidos con cada suscriptor de complacencia, no son más que un expediente de segundo grado, escogido para preordenar el negocio medio al fin ulterior; con otras palabras, son instrumento de la "realidad" (seriedad) del negocio de sociedad» (48).

El fundamento de las limitaciones admitidas por JORDANO BAREA se encuentra en la simulación absoluta. La simulación puede ser «fácilmente reconocible en algún caso extremo». Este caso podría ser el de que las acciones no hubieran estado jamás en poder de los accionistas de complacencia—a fin de evitar abusos por parte de los suscriptores—. El supuesto se daría «cuando no llegan a pasar los respectivos títulos de sus acciones o cuotas a las manos de los socios de favor, siendo entonces éstos meros testaferros u "hombres de paja"». En este caso «no habrá más remedio que aplicar el régimen propio de ella, pudiendo impugnarse el acto, con ciertas limitaciones».

Determinar cuándo ha existido una simulación absoluta, es cuestión de «interpretación de la voluntad de las partes en cada caso concreto».

Así, pues, para el autor que estamos examinando la simulación es una hipótesis excepcional de la tesis general de la licitud de la sociedad unipersonal creada con este fin (49).

Los partidarios de la tesis de la simulación admiten algún supuesto excepcional de sociedad unipersonal que caería bajo la hipótesis del negocio indirecto con pacto fiduciario. JORDANO BAREA funda la tesis del negocio indirecto en una extensión de esta figura a otros muchos supuestos en que la simulación se fundaría en la prueba de que los suscriptores carecían de *affectio societatis*, al no pensar en vincularse de forma duradera:

«Mas, a nuestro juicio, cabe extender su campo de acción a otros muchos supuestos en que la única demostración de la simulación habida sería la falta de una *affectio societatis* en todos

(48) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, pág. 459.

(49) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, pág. 451.

y cada uno de los partícipes de la sociedad de favor: como no existe la intención de ligarse en sociedad de una forma duradera, en realidad, se trataría de una sociedad simulada» (50).

En definitiva, la admisibilidad de la sociedad unipersonal preordenada es una consecuencia de la ampliación de los supuestos que cabría encuadrar en el ámbito de la excepcional licitud de la sociedad unipersonal.

Pero, seguramente consciente de que por muchas excepciones que se produzcan, la norma general continúa subsistiendo, apuntala su razonamiento con dos argumentos, que son los que, en definitiva, van a constituir el punto de apoyo para transformar una excepción (que cobija numerosos casos pero que no ha dejado de ser tal) en la norma general. Estos dos argumentos son: a) la desvalorización del elemento de la *affectio societatis*; b) la admisibilidad de la unipersonalidad sobrevenida.

La desvalorización de la *affectio societatis*—cuya falta produce la simulación total—permite, dialécticamente, vaciar de contenido a la norma de la simulación: si la *affectio societatis* no tiene ninguna función a consecuencia del cambio experimentado por la sociedad de capitales, «quedará barrenado el concepto jurídico de la sociedad basado en una *affectio societatis*» (51). Por lo tanto, será irrelevante que se pruebe su inexistencia.

Por ello, ya no tiene sentido hablar de simulación, según JORDANO BAREA, y la norma ha desaparecido por falta de supuestos a que aplicarse. No es que exista una norma (simulación) que engloba pocos casos y una excepción (negocio indirecto) que se aplique a casi todos los supuestos. Es que, más radicalmente, la norma no tiene posibilidades de aplicación y, como es lógico, la excepción se convierte en norma general.

(50) Autor y *ob. cit.*, *loc. cit.*

(51) «...la adquisición del *status* o condición de socio no exige una *affectio* tan calificada. Está en lo cierto GARRIGUES cuando afirma que el espíritu capitalista ha dado un sentido nuevo a la negociación de las acciones, que se adquieren con un propósito de ganancia en la reventa y no por el deseo de ingresar en sociedad: con ello queda barrenado el concepto jurídico de la sociedad basado en una *affectio societatis*. La condición de un suscriptor de complacencia no es peor que la de un especulador que suscribe una acción de sociedad anónima para desprenderse de ella unas horas más tarde, movido por el deseo de obtener un lucro fácil en el azar de las operaciones de bolsa. Y, con todo, a nadie se le ha ocurrido decir que sea un socio simulado». JORDANO BAREA, *ob. cit.*, pág. 451.

Por otro lado, esta excepción convertida en norma general exige buscar un punto de apoyo que la dote de la necesaria continuidad en la evolución de la interpretación de esta materia. La continuidad analógica se halla en el reconocimiento en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades anónimas del principio de la persistencia de la sociedad como persona jurídica aun en la hipótesis de ulterior reunión de las acciones en una sola mano y del reconocimiento jurisprudencial del mismo resultado: «... de la afirmación del principio de la persistencia de la sociedad como persona jurídica aun en la hipótesis de ulterior reunión de las acciones o cuotas en una sola mano—fenómeno que es plenamente lícito según la jurisprudencia—puede deducirse que el resultado a que se encamina el acto constitutivo de una sociedad para el provecho exclusivo de una sola persona es también *lícito y posible* legalmente (52).

c) *Los argumentos extraídos de la especial estructura de la sociedad anónima.*

Resumiendo, los argumentos dogmáticos que se han esgrimido contra la sociedad anónima unipersonal y, en una segunda fase de elaboración, contra la sociedad municipal o provincial, no pueden considerarse decisivos a la luz de una jurisprudencia realista. Por el contrario, otras consideraciones, extraídas de la misma evolución que ha ido, progresivamente, experimentando la sociedad anónima, justifican el argumento fuerte y, a mi modo de ver, decisivo para admitir la sociedad anónima unipersonal: la sociedad anónima es más que un contrato destinado a regular las relaciones entre los aportantes de los bienes sociales, una *técnica racional para la más eficiente explotación de la empresa.*

a'. *El negocio de la organización.*

La idea de *la organización como causa del contrato de sociedad* aparece en una nutrida corriente de pensamiento, representada principalmente por ASCARELLI y FERRI (53) en la doctrina

(52) Autor y *ob. cit.*, últimamente.

(53) FERRI, «*Le società...*», vol. X, t. 3, del *Trattato de Diritto civile italiano*, de VASALLI, Torino, 1971, págs. 5 y sigs.

italiana y constituye el punto de arranque de las consideraciones de WÜRDINGER (54) en la doctrina alemana, las cuales derivaron, como ya se ha expuesto, hacia la idea de la *objetivación e independización de la acción*.

La categoría del contrato de organización (*Organisation-vertrag*) se contrapone a la categoría del contrato obligatorio (*obligatorischer Vertrag*) y su característica consiste en atribuir derechos e imponer obligaciones, no sólo a los accionistas que lo celebraron, sino también a los socios futuros que no participaron en el contrato inicial por la mera circunstancia de que cumplen la condición del supuesto de hecho: ser socios de la sociedad. La sociedad en general (y de modo particular la sociedad económica) es el marco en el que se regulan las relaciones entre los socios y, por eso, basta la existencia del complejo normativo para que exista la sociedad, aun cuando, de hecho, en algún momento no puedan aplicarse las normas que lo componen, porque sólo existe un socio único.

Esta fundamentación continúa moviéndose, no obstante, en un plano dogmático y, además, la categoría del contrato de organización es debatida y sustituida o complementada por la del *contrato plurilateral*. Pero de la misma queda una idea esencial: *la organización de la empresa social como función de la sociedad anónima*, que justifica la existencia de una sociedad anónima.

No obstante este planteamiento general, los tipos de sociedades difieren profundamente por razón de su estructura y la posibilidad de una sociedad unipersonal tiene un grado distinto en cada uno de los supuestos.

WÜRDINGER rechaza que pueda admitirse la sociedad colectiva o comanditaria de carácter unipersonal. El fundamento de este tipo de sociedades radica en un contrato obligatorio, del que nacen relaciones obligatorias entre los contratantes, que pueden ser hechas valer mediante la *actio pro socio*. Por lo tanto, si la sociedad está constituida por estas recíprocas obligaciones contractuales de los socios, tales relaciones jurídicas no pueden exis-

(54) WÜRDINGER, «Die Einmann-Gesellschaft», en *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationales Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*. Herausgegeben von E. v. CAEMERER u. K. ZWEICERT, Berlin-Tübingen, 1966, págs. 340-352.

tir más que cuando existan por lo menos dos personas y, por lo tanto, en estos casos es imposible, desde el punto de vista de la lógica jurídica, una sociedad unipersonal («*ist hier eine Einmann-Gesellschaft rechtslogisch unmöglich*») (55).

Pero en el supuesto de sociedades con personalidad jurídica—es decir, de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que son las que nos interesan—la relación no se establece entre los socios, sino que la relación de participación es una *relación entre cada miembro y la persona jurídica como tal*: no existe *actio pro socio* y el miembro de una persona jurídica se considera tercero frente a ésta.

Aunque estos tipos de sociedades descansen en un contrato, este contrato posee un carácter distinto al contrato fundacional de sociedades de personas: éste es un contrato obligatorio (*obligatorischer Vertrag*) y el que ahora se considera es un contrato de organización (*Organisationvertrag*). La finalidad de este tipo de contratos es la de establecer los estatutos, que contienen, como la ley, normas objetivas, que atribuyen a los participantes en la sociedad derechos y deberes porque cumplen el supuesto de hecho—ser socios; accionistas—y que valen también para futuros miembros—que no participaron en el contrato fundacional—.

Por esta razón, para juzgar las sociedades capitalistas unipersonales no son aplicables—como lo era en las sociedades personalistas—criterios extraídos de la lógica jurídica. El punto de vista decisivo consiste en investigar si la persona jurídica puede continuar existiendo como tal cuando sólo existe un miembro o cuando han desaparecido todos sus miembros. La respuesta a esta cuestión no puede obtenerse más que del examen de la estructura de la persona jurídica (56).

(55) WÜRDINGER, «Die Einmann-Gesellschaft», cit.

(56) La respuesta a la cuestión planteada no es unitaria. Para las asociaciones (*Vereine*), continúa siendo negativa: no es admisible la asociación con un solo socio. Las razones presentadas para llegar a esta solución descansen en el carácter personalísimo (*höchstpersönlicher*) que tiene la condición de miembro de una asociación. El asociado accede a participar en la asociación porque su interés coincide con el fin común de la asociación. El substrato de la cualidad de miembro consiste en utilizar las instalaciones de la asociación, por lo cual es lógicamente inconcebible que una misma persona sea varias veces miembro de una asociación. Por lo tanto, ésta se extingue necesariamente cuando pierde a todos

Con relación a la sociedad anónima, WÜRDINGER señala la diversa conceptualización que ésta ha recibido en la vieja doctrina y la que, como consecuencia de las modificaciones estructurales de la economía, mantiene la bibliografía más reciente.

Al principio de esta evolución aludida por WÜRDINGER, la sociedad por acciones se consideraba como una asociación de los accionistas (*als ein Verein der Aktionäre*) y la transmisión de las acciones se descomponía en la salida de quien hasta entonces había sido accionista y la entrada de un nuevo accionista.

b'. *La objetivación de la acción.*

Esta concepción se ha modificado en la literatura reciente. «La persona del accionista carece jurídicamente de importancia; sólo la función de la acción determina la estructura de la sociedad» (57). La función de la acción que documenta o incorpora la condición de socio consiste en que la sociedad, mediante la emisión de acciones, toma, en el mercado de capitales, el capital necesario para realizar el fin social. Los medios patrimoniales tomados por este medio quedan adscritos al patrimonio de la sociedad hasta que la sociedad se liquida totalmente o parcialmente (en caso de disminución del capital social). La cualidad de accionista—excluida la devolución de la aportación al accionista—puede terminar sólo por la enajenación de la acción que atribuye tal cualidad, por lo cual la acción es necesariamente—a diferencia de lo que sucede en la asociación—transmisible, a fin de que pueda circular buscando en el mercado de capitales a quien posee medios patrimoniales y desea invertirlos en la

sus miembros. Por ello, cuando el número de miembros desciende por debajo de tres, pierde la personalidad jurídica (§ 73 BGB), porque la asociación unipersonal o de dos socios carece de significado. Algo semejante ocurre con la sociedad cooperativa registrada (*eigetragene/Genossenschaft*); si el número de socios cooperativos desciende por debajo de siete, procede la disolución judicial (§ 80 Gen. G). Cfr. WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 342.

(57) WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 343. *Vid.* también, para estas cuestiones, GOLDSCHMIDT, «La sociedad mercantil unipersonal con particular consideración del Derecho venezolano», en *Ponencias venezolanas al VII Congreso internacional de Derecho comparado*, Caracas, 1966, págs. 9 y sigs., especialmente, págs. 21 y sigs.

empresa social por medio de la adquisición de las acciones emitidas por la sociedad (58).

Las posiciones de socio, creadas por la división del capital social en acciones, se han *independizado u objetivado* («*verselbstständig oder versachlicht*»), con lo cual se afirma que la existencia jurídica de una acción es independiente del hecho de que pertenezca o no a un accionista.

La sociedad anónima no descansa, pues, en los accionistas, sino en las *posiciones de accionista documentadas en las acciones*.

Como consecuencia de estas afirmaciones, resulta: *a*) que un accionista puede ser varias veces miembro de una sociedad anónima—cosa que es inconcebible en una asociación—; *b*) que la sociedad puede adquirir sus propias acciones—aunque no pueda ejercitar sus derechos—; *c*) que la exclusión del accionista moroso no anula necesariamente la posición de socio de que era titular.

Apoyándose, pues, en la objetivación e independización de la acción, WÜRDINGER concluye que es posible la reunión de todas las acciones de una sociedad anónima en una sola mano, por dos razones: *a*) no contradice la estructura de la sociedad anónima, basada sobre las acciones; *b*) no contradice tampoco la finalidad económica de las acciones, ya que las acciones circulan buscando el capital disponible tanto si están distribuidas entre el público como si un accionista las ha reunido en su mano (59).

(58) *Vid.* lo que se dice con anterioridad en relación con la evolución que ha experimentado el concepto de sociedad anónima en el Derecho español. En el Derecho alemán esta evolución es más perceptible que en el Derecho español. El § 1 AktGes de 1965—que reproduce con leves modificaciones el anterior Derecho del AktGes de 1937—dice que «la sociedad por acciones es una sociedad con personalidad jurídica propia. El patrimonio social es el único responsable frente a los acreedores de las obligaciones de la sociedad». Se ha suprimido la necesidad de que la participación se debe a una aportación—porque se admite el aumento de capitales con medios propios—y tampoco se dice que los accionistas no responden personalmente de las deudas sociales, sino que se indica directamente que la responsabilidad recae sobre el patrimonio social.

(59) WÜRDINGER, *ob. cit.*, págs. 344/345.

En el Derecho alemán no se admite la fundación de una sociedad anónima por menos de cinco personas (§ 2 AktGes). El capital social tiene que dividirse originariamente en cinco partes como mínimo. Si con posterioridad a la fundación el número de puestos de socios (*Mitgliedschaften*) desciende por amortización (*Einzahlung*) por debajo de cinco, podría estar justificada la aplicación del § 51 BGB.

La amortización de todas las acciones produce la desaparición (*Untergang*) de la sociedad y corresponde a la salida de todos los miembros en una asociación.

La cuestión vuelve a estar dudosa por lo que se refiere a la sociedad de responsabilidad limitada. Esta corresponde a un tipo que no es producto de una evolución histórica a través de la cual se hubiera ido adecuando su organización a la función que había de desarrollar.

El elemento capitalista consiste en la limitación de responsabilidad. Pero al mismo tiempo la posición de miembro no se documenta en una acción que, para buscar el dinero necesario para integrar el capital social, fuera negociable. No se ha dado la objetivación que existe en la sociedad anónima. Pero, por otro lado, tampoco es admisible el punto de vista que excluye la unipersonalidad en las sociedades personalistas, ya que tampoco existen relaciones personales entre los socios (60).

El fundamento para justificar la integración creadora realizada por la jurisprudencia se encuentra en que la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada es reconocida por la costumbre, es inocua desde un punto de vista económico, existe una necesidad práctica para su reconocimiento y no se puede oponer contra ella nada decisivo como no sea en el plano conceptual (61).

d) *La función de la organización como función atípica de la sociedad anónima.*

Afirmar, como se ha hecho en uno de los apartados anteriores, que una—si no la única—de las funciones de la sociedad anónima es la de organizar la empresa, significa que las normas de la sociedad anónima están motivadas por la *necesidad de ges-*

La amortización de todas las acciones produce la desaparición (*Untergang*) de la sociedad y corresponde a la salida de todos los miembros en una asociación.

(60) Por ello, la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal no se puede fundar sistemáticamente, deduciendo el fundamento de la estructura de este tipo social. De aquí las dudas que existen en la doctrina alemana, sin haberse llegado a una solución convincente.

Sin embargo, la jurisprudencia del *Reichgericht*—seguido por el *Bundesgerichtshof*—reconoció este fenómeno, a través de un proceso creador de una nueva norma, no interpretativo.

(61) WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 347.

tionar o explotar una empresa y no por la necesidad de administrar un patrimonio. Es decir, que esta función subsistiría a pesar de que, eventualmente, no existiera una pluralidad de accionistas.

No es necesario discutir a fondo la rectitud de esta tesis francesa, en todo caso condicionada históricamente, sino retener que, a medida que la empresa social crece en importancia, disminuye el papel de los accionistas como empresarios: este hecho se traduce normativamente en la *independización del órgano administrativo*, cuyos componentes dejan de ser mandatarios de los accionistas como en el siglo anterior, sociológicamente en el *protagonismo de los managers o de la tecnoestructura* y doctrinalmente en la formulación de la doctrina *de la empresa en sí (Unternehmen an sich)*, de origen alemán, debida a RATENAU y que en parte ha sido acogida en Francia por la llamada escuela de Rennes, de la cual son representantes principales CAHMPAUD y PAILLISEAU.

La sustancia de la sociedad ha de verse en la preparación de un patrimonio para el ejercicio en común de una actividad lícita de índole económica en la mayoría de los supuestos—como éste—. El contrato constitutivo de las sociedades no tiene como objeto el establecer derechos y obligaciones recíprocas entre los socios. El cumplimiento de los deberes de aportación tampoco tiene esta finalidad directa y exclusiva. Tanto el contrato de sociedad como el cumplimiento de las aportaciones de los socios tienen la función de establecer las bases mediante las cuales se establece la organización del grupo en orden a la realización del interés común de todos los que participan en la fundación de la sociedad. La sociedad será, una vez constituida, el sujeto de una actividad, esto es, de una sucesión de actos, negociales y no negociales, unificados por un propósito común a todos ellos. El negocio fundacional de una sociedad establece las posiciones jurídicas que corresponde a cada uno de los socios para la utilización del patrimonio social formado por las aportaciones de los socios a fin de que, a través de la actividad social debidamente regulada en el ordenamiento social, pueda satisfacerse el interés común de los socios. De aquí que sea frecuente hallar en el ordenamiento de la sociedad normas instrumentales, que no atribuyen directamen-

te derechos o imponen derechos a los socios, con una posición ventajosa, sino que les atribuyen el poder de crear mediante su actuación posiciones que serán ventajosas para la sociedad directamente y secundaria o derivativamente a cada uno de los socios.

Ahora bien, como la actividad social se desenvuelve a través de la explotación de una empresa, el ordenamiento de la sociedad es, al mismo tiempo, ordenamiento de la empresa social, entendida como actividad en el sentido antes explicitado. Y esto sucede fundamentalmente en el caso de la sociedad anónima y en el supuesto de la sociedad de responsabilidad limitada, donde la regulación del ordenamiento de la sociedad es, al mismo tiempo, *ordenamiento de la actividad de empresa*, y, por lo tanto, *organización de la empresa*, ya que las competencias y poderes de los órganos sociales son las instancias de decisión de la empresa que la sociedad normalmente desarrolla.

La función de organización de la sociedad anónima se ha puesto de manifiesto por la doctrina alemana con motivo del análisis a que se sometió la figura del mencionado tipo social durante el reciente proceso de reforma de la legislación alemana. Como es bien sabido, las dos clásicas funciones que se asignaban a la sociedad anónima eran las dos siguientes: a) función de *acumular capital disperso* procedente de economías individuales, necesario para la instalación y funcionamiento de las grandes empresas; b) *estimular la iniciativa privada*, en actividades económicamente arriesgadas, con la *limitación de responsabilidad* y con la *movilidad de la inversión* mediante la fácil transmisión de las acciones.

Junto a estas funciones típicas, recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades anónimas de 1951, ERLINGHAGEN señala una *función atípica de organización* de las actividades de empresa, que se hace aisladamente ostensible en fenómenos característicos de la economía contemporánea, como es el de la formación de grupos de sociedades para establecer, mediante una dirección única, una colaboración, económica y financiera, entre sociedades que conservan su independencias jurídica (62).

(62) ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisabschluss-Klausel im Aktienrecht*, Marburg, 1960, *passim*, y págs. 61 y sigs. *Vid.* las reservas de FERRI

Pero ha sido la doctrina francesa quien ha llegado a considerar la sociedad anónima como la *técnica de la organización requerida por la empresa moderna*. En efecto, la función de reunir capitales dispersos en las modestas economías individuales fue puesta en cuestión por un sector de la doctrina americana —especialmente por BERLE y MEANS (63)—, subrayando que la financiación procedente de esta fuente es relativamente escasa en comparación con la financiación procedente de otras fuentes.

Por otro lado, la función de limitar la responsabilidad de los accionistas iba quedando relegada a un segundo plano cuando los accionistas dejaron de ser socios—que actuaban directamente o por delegación en los administradores—para convertirse en inversores, con una posición subordinada a la de los administrativos. En estas nuevas condiciones en que actúa la sociedad anónima, PAILLISEAU (64) ha sacado las consecuencias de la evolución de los hechos y de la consiguiente elaboración doctrinal, afirmando que las normas que rigen la sociedad anónima no son—como pudieron serlo en la primera fase de su evolución—un grupo de normas cuyo objetivo sea el de regular las relaciones entre los accionistas, sino que estas normas han tratado de establecer en cada momento histórico las normas que en cada momento se consideraban más racionalizadas para el nacimiento y gestión de una empresa. Con las mismas palabras de PAILLISEAU podría afirmarse que «la sociedad anónima no es la expresión de un grupo de personas, sino una técnica jurídica de organización de la empresa». Y la misma función de organización ha sido puesta de manifiesto por F. ROTTER en un estudio de Derecho comparado sobre la función de las personas jurídicas en el Derecho de la República Federal, es decir, en una economía de

a la utilización atípica de la sociedad, en *La società...*, cit., págs. 293 y sigs. El acercamiento de la sociedad anónima unipersonal a la fundación es perceptible en el título del trabajo de A. J. LEVI, «From one-man company to commercial foundation», en *Israeli Reports to the Seventh International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1966, págs. 16 y sigs.

(63) BERLE y MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966; A. A. BERLE, *La república económica americana*, Milano, 1966, *passim*, y especialmente págs. 50-104.

(64) PAILLISEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, 1967.

mercado, y en el de la República Democrática Alemana, un país de economía centralizada, donde la empresa es pública (65).

Como en otros casos en que la sociedad anónima cumple una *función atípica*, el silencio de la ley no debe ser obstáculo a la admisión de la nueva modalidad societaria, exigida por la realidad económica, siempre que no resulten menoscabados los intereses que el legislador ha considerado dignos de protección en la función típica de la sociedad anónima.

Y en el caso de que por la nueva situación creada con la sociedad unipersonal existan lesiones injustificadas de intereses protegidos por el ordenamiento, la interpretación doctrinal—si antes no ha intervenido el legislador—debe evitar estos resultados (66).

Pero, antes de examinar estas cuestiones, es necesario exponer sintéticamente la organización de la sociedad municipal de carácter unipersonal.

B) *Los problemas de organización de la sociedad privada municipal.*

El hecho de que la Corporación municipal o provincial sea el titular exclusivo del capital social provoca una serie de modificaciones en la estructura orgánica de la sociedad anónima ordinaria.

a) *Panorámica general de la organización.*

Según el artículo 90, «la dirección y administración de la empresa estará a cargo de los siguientes órganos:

1.º La Corporación interesada, que asumirá la funciones de Junta general.

2.º El Consejo de administración.

3.º La Gerencia.

La manifestación de la especialidad de la sociedad recogida en el Reglamento es la de que la *Junta general*, integrada por

(65) ROTTER, F., *Zur Funktion der juristischen Person in der Bundesrepublik und in der DDR*, Karlsruhe, 1968.

(66) *Vid.* DUQUE, «Groupements d'entreprises et groupes de sociétés en Droit espagnol», en *Evolution et perspectives*, cit., II, págs. 279 y sigs., págs. 286 y sigs.

los accionistas en la sociedad anónima común, es sustituida por la Corporación municipal o provincial (art. 92). La pluralidad de personas que integran esta última *recompone así la pluralidad personal de la Juntas generales* de la sociedad anónima (o de la sociedad de responsabilidad limitada) y, al mismo tiempo, permite el *juego de la pluralidad de opiniones* y de la consiguiente discusión entre los componentes de la Junta antes de formar la voluntad social.

El funcionamiento eficaz del *órgano administrativo* se asegura mediante la imposición legal de un doble escalón en el mismo: el Consejo de administración y la Gerencia (arts. 93 y 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales). Este desdoblamiento, meramente opcional de la Ley de Sociedades anónimas a través de las Comisiones delegadas, permite, simultáneamente, mantener la *unidad de la administración* e introducir la *especialización de funciones*: la jerarquía se manifiesta en que el Consejo tendrá como función establecer las líneas generales de la política de la empresa, mientras que la Gerencia, cuyas funciones no se explicitan en este caso, tendrá una función ejecutiva de aquellas líneas y la dirección de la empresa social.

El *control* de la sociedad se realiza por los *mismos rudimentarios medios que en la sociedad anónima común* y, además, por el *control externo* que constituye la publicación de los documentos contables en el *Boletín Oficial de la Provincia* y su elevación a la Comisión Central de Cuentas, conforme a lo dispuesto en la Orden ministerial de Hacienda de 15 de abril de 1970.

El análisis que sigue no pretende, como es lógico, abordar en su amplitud el tema de la organización de este tipo de sociedades, sino tan sólo, dada la intención del presente trabajo y el espacio de que se dispone, los aspectos más generales de la estructura organizativa que permiten dar la visión conjunta necesaria para abordar otras cuestiones ulteriores (67).

(67) Para todo este apartado es fundamental el análisis de ALBI, *Modos...*, citado, págs. 370 y sigs.; igualmente, MORENO PÁEZ, «Sociedad privada...», cit., páginas 265 y sigs.

b) *La Junta general.*

La Junta general de la sociedad privada general es, como acaba de indicarse, la misma Corporación local.

Las competencias que el artículo 92, 2, atribuye especialmente a la Corporación en funciones de Junta general no difieren de las que el Derecho común de la Ley de Sociedades anónimas y de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada atribuye a la Junta general de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada. La mera enunciación de estas facultades evocan los correlativos (y para el mercantilista muy conocidos) preceptos de ambas leyes: 1.º, nombrar el Consejo de administración (art. 71 de la Ley de Sociedades anónimas); 2.º, fijar la remuneración de los consejeros (art. 74 íd.); 3.º, modificar los estatutos (arts. 84, II, de la Ley de Sociedades anónimas y 17 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada); 4.º, aumentar o disminuir el capital (arts. 87 y 97 de la Ley de Sociedades anónimas y 17 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada); 5.º, emitir obligaciones (art. 58 de la Ley de Sociedades anónimas); 6.º, aprobar el inventario y balance anual (art. 50 íd.).

Pero, además, para que no quepan dudas, el último apartado de la enumeración del artículo 92 atribuye a la Corporación de la Junta general «las demás facultades que la Ley de Sociedades anónimas atribuye a la Junta general».

La claridad que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales ha logrado al delimitar la competencia de la Junta general desaparece, sin embargo, cuando se trata de precisar el régimen de su funcionamiento. En efecto, el primer párrafo del artículo 92 distingue entre el régimen del procedimiento y adopción de acuerdos y «las restantes cuestiones sociales».

Las cuestiones referentes al primer apartado quedan sometidas a los preceptos previstos por la Ley de Régimen local y por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales. A las restantes cuestiones se aplicarán las normas reguladoras de las sociedades anónimas —y, aunque el Reglamento no lo diga, de las sociedades de res-

ponsabilidad limitada cuando la sociedad privada municipal o provincial haya escogido este tipo social para desarrollar su actividad—.

Es decir, que la convocatoria (publicación, orden del día), requisitos de la reunión (*quorum*), personas que pueden asistir, desarrollo de las sesiones (presidencia, derechos y deberes de los asistentes, en especial por lo que toca a la información), acuerdos (mayoría y su cómputo) y documentación son cuestiones que, indudablemente, estarán sometidas a la disciplina propia del procedimiento de la Corporación municipal. Pero cuando la Ley de Sociedades anónimas exija requisitos más rigurosos que los exigidos para el funcionamiento de la Corporación, habrán de aplicarse los preceptos de la Ley de Sociedades anónimas si están dirigidos a proteger intereses de los acreedores que el Reglamento no pudo tener en cuenta. La impugnación de los acuerdos deberá regirse por lo dispuesto para la impugnación de los acuerdos de la Corporación.

a'. Las relaciones de la Junta general y el órgano administrativo.

El problema de jerarquía no queda atendido expresamente por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Esta cuestión, controvertida igualmente en la Ley de Sociedades anónimas, constituye el núcleo de las cuestiones que preocupan en la reforma—casi universal—a que se halla sometida la sociedad anónima. La Ley de Sociedades anónimas eliminó del Anteproyecto el precepto que consagraba el carácter soberano de la Junta general. La Exposición de Motivos de la Ley (y antes el preámbulo del Anteproyecto) explicaba el planteamiento del problema cuyos términos no han variado sustancialmente desde la época en que se planteaba.

Por un lado, la *soberanía de la Junta general* se basaba en que sus componentes, los accionistas, *aportaban los medios patrimoniales* que arriesgaban en la empresa social, lo cual justificaba la calificación de «administradores amovibles» que el Código de comercio, siguiendo los precedentes del Código de comercio de 1829 y de las leyes del siglo pasado, atribuía a los adminis-

tradores. Por otro lado, el *desarrollo de la empresa social* demanda una organización en la que los administradores, gestores diarios de la actividad social, pueden adoptar las decisiones requeridas por la empresa, para lo cual necesitan un *ámbito de discrecionalidad* sustraído a los poderes de los accionistas, y, más radicalmente, una independencia funcional que los sustraiga a la injerencia, imprevista y perturbadora, de los accionistas, guiados por un interés a corto plazo que puede resultar nocivo para la marcha de la empresa.

La doctrina mercantilista ha ido limando de sus aspectos retóricos a la expresión «soberanía de la Junta general»: con esta expresión quiere actualmente significarse que la Junta general designa a los administradores y que, ulteriormente, controla la actuación de los mismos mediante la rendición anual de cuentas. Significa asimismo que la Junta general es el órgano competente para las modificaciones estatutarias o constitucionales. Pero esta situación, equidistante entre una posición de absoluta supremacía de la Junta general de los accionistas tal y como aparecía recogida en las leyes del siglo pasado y el de la preponderancia absoluta del órgano administrativo recogido por la formulación de la Ley alemana de 1937, ¿ha sido igualmente recogida por la estructura del Reglamento de Servicios?

El planteamiento de la cuestión adquiere un sentido nuevo en la sociedad privada municipal o provincial. En efecto, por un lado, es la propia Corporación municipal o provincial la que —como se ha dicho—actúa como Junta general; y, por otro lado, el artículo 91 permite que los estatutos determinen la competencia de los órganos enumerados por el artículo anterior. Es decir, por el significado que estructuralmente posee la Junta general de este tipo de sociedad parece que el órgano administrativo está sometido a las directrices de la Corporación como Junta general. Esta afirmación es grave porque supone la legitimación social de la Corporación para impartir indicaciones o instrucciones al órgano administrativo, quien estaría obligado a observarlas en el desarrollo de su gestión y, lo que es más todavía decisivo, que la Junta general tendría un derecho discrecional de intervenir directamente en los asuntos comprendidos en la esfera de

la competencia del Consejo de administración. Mas esta impresión se desvanece cuando se examinan los preceptos que dedica a esta cuestión el Reglamento.

En efecto, de manera general, la regulación de la Junta general es la contenida en la Ley de Sociedades anónimas y, sobre todo, el artículo 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales se preocupa de fijar la competencia del Consejo de administración. Este, según el mencionado precepto, «tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa, dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta general y al gerente». Es decir, que el Reglamento concibe la situación relativa de la Junta general y del Consejo de administración como una situación de *equiparación dentro de la esfera de competencia que establezcan, en cada caso, los estatutos*. Las funciones de dirección, gestión y ejecución de la administración de la empresa corresponden en principio al Consejo de administración: en las facultades de este carácter que los estatutos no hayan atribuido a la Junta general, la Junta general no puede atraer a su esfera de competencia las funciones que la ley o los estatutos hubieran reservado a la administración. Incluso habría que admitir que ciertas competencias de dirección y, sobre todo, de ejecución no pueden atribuirse a la Junta general, a fin de evitar los ya indicados problemas de identificación entre sociedad y Corporación municipal.

b'. *Interés de la sociedad e interés del socio.*

El tema de las relaciones entre Corporación en pleno y Consejo de administración nos introduce de lleno en el tema del interés social y de la posible contraposición que puede establecerse entre las dos diversas formas de considerar el interés social por parte de cada uno.

A este respecto parece imprescindible recordar aquí el estado de la cuestión en el Derecho común (68).

(68) *Vid.*, en general, para un tratamiento clásico: GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*, Buenos Aires, 1946; JAEGER, *L'interprese sociale*, Milano, 1964, págs. 76 y sigs., que apenas si hace mención de las doctrinas

El planteamiento nuclear del programa que ahora insinuamos puede reducirse a los siguientes términos. O bien la sociedad anónima se concibe como un instrumento al servicio exclusivamente de sus accionistas y entonces el interés social consiste en el *interés común de los socios*, estimado como el interés objetivo y abstracto, o como el interés del accionista medio; o por el contrario, se concibe la sociedad anónima como una institución que cumple funciones que trascienden el interés común de los accionistas y, por consiguiente, el interés social, guía de las decisiones de la sociedad y criterio para enjuiciar la rectitud de las mismas, ya no es el interés común de los accionistas, sino un interés que trasciende los intereses que éstos pudieran tener al realizar su aportación a la sociedad: el *interés de la empresa en sí* (RATHENAU) o el interés de la economía nacional. La primera tiene un corte contractual, individualista o personalista, mientras que la segunda posee una impronta institucionalista, transpersonalista.

La trascendencia de seguir una u otra postura puede aparecer en el caso de acuerdos unánimes: si se sigue una postura individualista o contractualista, será imposible impugnar el acuerdo social que, por ejemplo, acuerde, impulsado por móviles egoístas, la disolución de una sociedad floreciente.

En esta perspectiva, el contenido del interés social proporcionará la clave para, en su caso, atender a la minoría que pretende ser representante del interés social frente al acuerdo mayoritario.

El conflicto puede *afectar a intereses privados exclusivamente*: el acuerdo de elevar el capital social, con la finalidad de debilitar la posición de la minoría que, por carecer de medios económicos, no puede ejercitar su derecho de opción. Pero puede *afectar indirectamente a un interés que trascienda a los socios*:

institucionalistas de origen italiano. *Vid.* también GAMBINO, «La disciplina del conflitto d'interessi del socio», *RDC*, LXVII, 1969, II, págs. 371 y sigs.; F. FENCHI, «Giurisprudenza degli interessi e società per azioni: appunti per una discussione», *RiSo*, XIII, 1968, págs. 670 y sigs.; S. SCOTTI CAMUZZI, «La società per azioni come impresa», *RiSo*, XV, 1970, págs. 374 y sigs.; RAGUSA MACGIORE, «Interessi politici e interesse sociale (a propósito del caso Fruehauf)», *RiSo*, XIV, 1969, págs. 418 y siguientes; MINERVINI, «Una nuova costituzione per l'impresa», *RiSo*, XII, 1967, páginas 1352 y sigs.; SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans le société anonyme*, París, 1970.

disolución de una sociedad, que, al llevar implícita la liquidación de la empresa, produce la pérdida de la organización creada por la actividad de la sociedad. Y puede producirse el *conflicto entre un interés del socio y un interés extrasocial de carácter público*: influencia estatal sobre los acuerdos que se estima han de afectar a la política del gobierno o interés público de un socio mayoritario.

La circunstancia de que el Municipio o la Provincia sean accionistas únicos de estas sociedades privadas evita la contraposición que aparece en las empresas de economía mixta entre los fines perseguidos con la participación pública en la empresa privada y los instrumentos utilizados para alcanzarlos. Mientras los fines son fines públicos, los instrumentos para alcanzarlos son instrumentos privados. Por esta razón, la conciliación entre el interés privado de los accionistas ordinarios y el interés público inherente a la participación estatal es difícil o imposible cuando, en la dinámica empresarial, entran en contraste. ¿Cómo resolver, en efecto, a través de los instrumentos jurídicos del Derecho de sociedades la contraposición entre el interés del ente público a instalar un nuevo establecimiento en una zona poco interesante para el inversor privado y el interés del accionista a obtener un rendimiento de su inversión cuando aquel establecimiento no es rentable, sino fuente de nuevos gastos?

Esta contraposición no se dará en las sociedades que estamos considerando porque hay un único participante en la sociedad. Los integrantes de su órgano deliberante son exclusivamente portadores de un interés público. Por lo tanto, los integrantes de la Junta general—esto es, de la Corporación municipal o provincial—son *portadores de intereses homogéneos* y entre ellos no pueden surgir conflictos de intereses en sentido estricto, sino, tan sólo, contrastes de apreciación del interés de la sociedad o, más concretamente, contrastes acerca del modo más adecuado para realizar dicho interés (69).

(69) La cuestión ha sido discutida en el Derecho italiano con relación a las empresas de economía mixta, en las que el Estado o el ente de participación es un accionista—mayoritario o no—junto a los accionistas privados. Situación que puede darse en las sociedades de economía mixta prevista en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Sobre las tesis en presencia, pueden verse:

De esta manera parece que se ha asegurado el constante servicio a los fines de la actividad industrial y mercantil de los Municipios «evitando que la propia dialéctica empresarial cuyas formas de gestión se adoptan lleve, como es frecuente, a un abandono de los mismos y a la desnaturalización de la actividad municipal en pura actividad económica, indiferente, e incluso dañosa, al interés de la comunidad vecinal» (70).

c) *La organización de la administración.*

Como se ha indicado, la administración de la sociedad está organizada a través de un *desdoblamiento obligatorio de los dos escalones* que la integran, atribuyendo las funciones ejecutivas a la Gerencia.

a'. *El Consejo de administración.*

El Consejo de administración es un órgano colegiado que, designado libremente por la Junta general (art. 93, 1), «tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución» de la empresa social, dentro de las normas estatutarias, de los preceptos de la legislación mercantil y «sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta general y al Gerente» (art. 94).

a'') El órgano encargado de designar los componentes del Consejo es la Junta general.

b'') La composición del Consejo es mixta. Las personas designadas deben reunir una cualificación común: la de ser «especialmente capacitadas». Pero, además, se trata de establecer y mantener un equilibrio proporcionado entre las personas que no poseen más que su cualificación personal y las que pueden aportar y hacer valer los intereses públicos de la Corporación. «Los miembros de la Corporación podrán formar parte del Consejo de administración hasta un máximo del tercio del mismo» (ar-

SENA, «Problemi del c. d. azionariato di Stato», citado en COTTINO, «Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale», en *Impresa e società. Scritti giuridici in memoria di A. Graziani*, I, Napoli, 1968, págs. 367 y sigs. (Hay traducción al español de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, en *La empresa pública*, I, págs. 317 y sigs.).

(70) La denuncia es de GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil...», cit., pág. 283.

título 93, 3, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales). La diferencia con la composición del Consejo de los servicios gestionados por la Corporación es patente: según el artículo 73, 1, *in fine*, en estos casos la mitad más uno de los miembros del Consejo habrán de ser necesariamente miembros de la Corporación municipal o provincial, debiendo los demás miembros pertenecer a las categorías enumeradas por el artículo 57 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Existe, pues, una mayor libertad para la integración del Consejo de la sociedad unipersonal, tanto en la composición del mismo como en las cualidades de los consejeros.

Por otro lado, los consejeros—parece que todos—no deberán estar afectados por las incapacidades y prohibiciones que para ejercer cargos representativos señalan la Ley y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales (art. 93, 3, *in fine*, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales). Por otro lado, parece que también deberán estar afectados por los requisitos exigidos por la legislación mercantil en este punto (arts. 82 y 83 de la Ley de Sociedades anónimas; Decreto 1.079/1968, de 31 de mayo, sobre incompatibilidades de los consejeros y altos cargos de los institutos de crédito).

c'') El número de los consejeros no puede exceder del número establecido para los Consejos de los servicios gestionados directamente por las Entidades locales en el artículo 73 (artículo 93, 2). Es decir, el número máximo de consejeros será de cinco en los Municipios de población inferior a 20.000 habitantes y de nueve cuando el Municipio tenga una población superior a dicha cifra o se trate de una provincialización del servicio.

d'') Sobre la competencia del Consejo el Reglamento se manifiesta en los términos generales ya indicados al caracterizar este órgano. Parece que lo decisivo en esta materia es la conformación estatutaria, ya que las competencias de los órganos serán establecidas por los estatutos (art. 91 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales) y las generales que atribuye el artículo 94 al Consejo lo serán «sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta general y al Gerente».

b'. *La Gerencia.*

Finalmente, el Reglamento menciona como uno de los órganos que administrará la empresa municipal a la *Gerencia*. La Gerencia constituye un órgano social que cumple en este tipo de sociedades la misma función que cumplen los consejeros delegados y las Comisiones ejecutivas en el tipo general de sociedad anónima (71).

a''. *Los rasgos generales de este órgano.*

Bajo una denominación colectiva abarca tanto el órgano colegiado como el órgano unipersonal al que, por imperativo legal, se atribuye necesaria y permanentemente una parte de las facultades que competen al Consejo de administración, a fin de agilizar la administración de la sociedad, especializando la actividad gestora de ésta y conservando al mismo tiempo la unidad de la administración.

La Gerencia es consagrada por el artículo 90. Pero el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales guarda silencio en cuanto a su régimen. Tan sólo el artículo 91 dice que los *estatutos de cada empresa* determinarán su competencia, así como la forma de designación y de funcionamiento, en el caso, naturalmente, de que sea un órgano colectivo. Por otro lado, el artículo 94, *in fine*, limita las facultades de dirección, gestión y ejecución de la empresa en base a las facultades que los estatutos reservaren a la Junta general y, lo que ahora nos importa, al Gerente. El estatuto jurídico de la Gerencia, es, pues, *derecho singular*, sobre cuyo contenido no se pueden hacer mayores precisiones.

Las peculiaridades de la Gerencia previstas por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales son las siguientes:

1.º Se trata de un órgano social, cuya actividad se imputa directamente a la sociedad.

2.º Es un órgano necesario—no facultativo como en la Ley

(71) El tema, además de los tratamientos generales, ha merecido recientemente la atención de dos monografías: F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*, Madrid, 1971; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971.

de Sociedades anónimas—, por lo que su exclusión estatutaria no es posible.

3.º Su designación corresponde al propio Consejo de administración, a no ser que los estatutos hubieran dispuesto otra cosa distinta.

4.º Es un órgano único, de suerte que una misma sociedad no puede tener una estructura orgánica con más de una Gerencia, mientras que la doctrina que interpreta la Ley de Sociedades anónimas admite la existencia simultánea de varias Comisiones o Comisiones y delegados.

En el supuesto de una empresa social complicada, el Consejo de administración puede constituir varias Comisiones, pero que no formarán carácter orgánico, ni en la esfera interna ni en la externa.

b''. *Las facultades de la Gerencia.*

La diferenciación del Consejo de administración y la Gerencia no puede realizarse en base a una distinción de facultades. En principio, las facultades de la Gerencia coinciden en su esencia con las facultades del Consejo de administración. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales ha eludido cuidadosamente la enumeración legal de las facultades que son propias de la Gerencia. Este silencio es revelador, puesto que, al regular la estructura orgánica de los servicios gestionados directamente por la Corporación, el artículo 75 enumera las funciones del Gerente. De esta enumeración y en relación al Consejo de administración, resulta que el Gerente aparece más bien como un ejecutor de los acuerdos del Consejo.

El carácter orgánico de la Gerencia implica que sus componentes están sometidos al estatuto previsto para los administradores, tanto en la esfera interna como en la externa. La exigencia de la responsabilidad en que puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones estará sometida a las normas establecidas por los artículos 79 y siguientes de la Ley de Sociedades anónimas para los administradores. En la esfera externa, el ámbito del poder representativo de la Gerencia será *indeformable*, en cuan-

to que se le aplica el artículo 76 de la Ley de Sociedades anónimas: «la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa».

d) *El sistema de censura.*

El rudimentario sistema de censura que establece la Ley de Sociedades anónimas mediante el nombramiento de accionistas censores tiene una función distinta a la función que podría atribuirse a la fiscalización y censura públicas de las cuentas a que se someten estos tipos sociales. En efecto, los accionistas censores de cuentas examinan e informan el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria anual que se someten a la Junta general ordinaria (art. 108, I, de la Ley de Sociedades anónimas). Los documentos mencionados y el informe de los accionistas censores se pondrán de manifiesto a los accionistas, quienes podrán examinarlos durante los quince días precedentes a la celebración de la Junta (art. 110 de la Ley de Sociedades anónimas). Esta censura se desarrolla, pues, en la estructura interna y constituye, además de un examen de la regularidad formal de la actuación de los administradores en el ejercicio de sus funciones, un medio de ilustrar el conocimiento de los accionistas que, con posterioridad, asistirán a la Junta donde se decidirá sobre la aprobación de la rendición de cuentas. La censura en la sociedad privada municipal estará encaminada a promover el conocimiento de los miembros de la Corporación que actúan como Junta general y, en su caso, de todos los integrantes de la Entidad municipal.

La fiscalización de las cuentas de las sociedades privadas es embrionaria. El Reglamento de Servicios no prevé ninguna modalidad interna de censura o control. Es más, como se ha indicado, el artículo 90, que enumera los órganos de la sociedad, silencia todo lo referente al órgano de control.

La fiscalización contable de las empresas municipales y provinciales se articula en los siguientes deberes (72):

(72) Sobre las cuestiones de contabilidad, ALBIÑANA, «La contabilidad de las empresas públicas en España», en *La empresa pública*, I, págs. 473 y sigs., concretamente, págs. 609 y sigs.

1.º Deber de *contabilidad separada* de la contabilidad general, que posee un sentido específico referido a los servicios no gestionados en forma de sociedad, pero que, en cuanto a éstas, ya viene impuesta por la adopción de la forma societaria que atribuye a la sociedad la subjetividad jurídica y, por lo tanto, la autonomía patrimonial. El artículo 136 del Reglamento de la Hacienda municipal atribuye al acuerdo de municipalización de un servicio la facultad de establecer las reglas relativas al modo de llevarse la contabilidad, que habrá de sujetarse fundamentalmente a las normas del Código de comercio.

2.º *Rendición de cuentas a los Ayuntamientos* en relación a las operaciones realizadas en cada ejercicio económico.

3.º Deber de *publicar en el "Boletín Oficial de la Provincia" los balances* y las liquidaciones de las empresas.

4.º Elevación de estos documentos al *Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento* (73).

2. LOS RIESGOS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.

Toda la doctrina no deja de poner de relieve los riesgos que lleva implícita la admisibilidad de la sociedad unipersonal, sobre todo cuando esta admisibilidad se ha logrado por vía interpretativa o por vía consuetudinaria. Cuando la misma ley reconoce a la sociedad unipersonal, es normal que la misma adopte simultáneamente las medidas que estime más convenientes para lograr la protección de los interesados en la sociedad anónima (74). A los riesgos normales que concurren en la sociedad unipersonal, se unen en el caso de la sociedad privada municipal o provincial los derivados de la cualidad de la persona titular de todas las acciones—la Corporación local correspondiente—y del especial régimen a que están afectados sus bienes.

(73) Sobre control en general, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La organización y el control...», cit., págs. 954 y sigs.

(74) Así, en la sociedad anónima alemana, cuando la sociedad unipersonal forma parte de un grupo de sociedades. Cfr. WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 348: la legislación ha sustituido las elaboraciones doctrinales que antes de 1965 se habían esforzado en fundar la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de las sociedades filiales.

A) *Planteamiento general.*

La admisibilidad de la nueva función de la sociedad anónima —la organización de la empresa social— está presidida por la idea, ineliminable, de la conformidad al ordenamiento jurídico en el empleo de esta forma de sociedad, de manera que «la producción de consecuencias jurídicas que fueran contradictorias a nuestro ordenamiento jurídico vigente, nunca puede ser una función de la persona jurídica, como en general ninguna institución del ordenamiento puede crearse para vulnerar justamente este mismo ordenamiento» (75). El ordenamiento no puede reconocer por lo tanto la personalidad jurídica de una sociedad cuya formación y funcionamiento contradijeran sus objetivos.

Me parece innecesario confrontar los resultados a que ha llegado el análisis de la doctrina mercantilista con la estructura de la sociedad privada municipal, para poder concluir que este tipo social es admisible como tal en el ordenamiento español, no sólo por su reconocimiento, sino, más sustancialmente, porque no vulnera ninguno de los fines del ordenamiento jurídico.

El negocio constitutivo de la sociedad anónima contiene las normas mediante las cuales los individuos privados, utilizando el poder que el ordenamiento reconoce a su voluntad negocial, crean una nueva personalidad, dotándola de los estatutos que van a regular su funcionamiento como persona jurídica, y afectando a los socios presentes y también a los futuros e incluso, desde ciertos aspectos, a los terceros. El concepto correlativo a la autonomía negocial de los individuos privados, es el de la facultad de los entes públicos de darse, discrecionalmente, una regulación propia de algunas de sus actividades.

Y esta facultad de autorregulación de los entes administrativos, estará sometida a los límites que cumplan la misma función que los impuestos a la autonomía negocial de las personas privadas.

a) *Enumeración de principios.*

WÜRDINGER estima que los riesgos de un abuso de la sociedad

(75) WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 348.

anónima son muy escasos. La publicidad a que está sometida la sociedad anónima, los delicados mecanismos de la misma y los preceptos sobre sociedades anónimas (organización, total cobertura del patrimonio social con aportaciones, ordenación de los balances, preceptos sobre valoración y publicidad de los mismos), que valen también para la sociedad anónima unipersonal, son garantías suficientes para que los peligros de su abuso no sean grandes.

No obstante, es posible hallar en la experiencia jurídica supuestos en que, legal o jurisprudencialmente, se ha establecido un principio de abuso (76).

b) *Ordenación de principios.*

Sin abordar en su totalidad la espinosa cuestión de la «penetración de la persona jurídica» (77), es imprescindible hacer en este momento una referencia a las diferentes ocasiones en que se han considerado sociedad y socio único como una sola persona.

Con carácter general, la doctrina alemana, siguiendo a la ju-

(76) Algunos preceptos se han opuesto a prácticas utilizadas en tiempos en que, por las circunstancias económicas, no podían considerarse ilícitas porque servían a razonables intereses económicos (*«verständigen wirtschaftlichen Interessen»*).

La jurisprudencia ha reconocido en la sociedad anónima el principio de que la adquisición de todas las acciones por un mismo comprador no es sólo una venta de acciones, sino también una venta de la empresa gestionada por la sociedad, por lo cual son aplicables a este negocio los preceptos referentes al saneamiento por vicios ocultos.

También jurisprudencialmente se ha considerado como una elusión ilícita (*«eine unzulässige Umgehung»*) o fraude de los preceptos sobre fundación la adquisición de un esquema formal de sociedades por acciones (*sog. «Mantelkauf»*) mediante la adquisición de todas las acciones de la sociedad, a la que mediante una adecuada modificación estatutaria, se le insuflará nueva vida.

El titular de la acción de resarcimiento contra quien ha dañado culposamente el patrimonio social es la sociedad titular del mismo y no personalmente el socio único, quien, a pesar de su participación única, no hace más que participar en el patrimonio social dañado. El daño del patrimonio social tampoco puede considerarse como una lesión inmediata (en el sentido del § 833, I, BGB) de la participación. (WÜRDINGER, *ob. cit.*, págs. 349 y sigs.).

(77) *Vid.*, con carácter general, F. DE CASTRO, «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, 3.ª, Madrid, 1964, págs. 129 y sigs., donde se recogen sus aportaciones anteriores sobre el tema. Cfr. igualmente las aportaciones de SERICK, VERRUCOLI y otros autores que se mencionan más adelante.

risprudencia, admite que sociedad y accionista único han de considerarse como una unidad cuando «las realidades vitales, las necesidades económicas y la fuerza de los hechos exijan al juez desconocer (o posponer) la independencia personal y patrimonial de la sociedad de responsabilidad limitada y del único accionista».

Pero, además, de una manera concreta, se admite la identificación de sociedad y socio único en los siguientes supuestos:

a) Cuando la invocación de la formal separación o diversidad de sociedad y socio conculque la buena fe.

b) Para proporcionar a un tercero que entró en relaciones con la sociedad la prestación que le correspondía según la buena fe.

c) Por último, la institución de la persona jurídica no puede admitirse más que en aquel ámbito en que no contradiga el fin del ordenamiento jurídico (78).

A fin de evitar la inseguridad a que conduce una casuística excesivamente amplia, la doctrina ha intentado ordenar los anteriores casos desde diversos principios doctrinales o jurisprudenciales. Estos puntos son:

1.º El *fraude a la ley* (*Gesetzesumgehung*), con diversos ejemplos: transmisión de las acciones de un miembro del Consejo de vigilancia a una sociedad de la que es único socio para que pueda participar en una votación referente a su responsabilidad de la que estaría excluido el accionista; compra de un esquema vacío de sociedad para burlar los preceptos sobre fundación.

2.º El principio de la *apariencia jurídica*: la actuación del único socio, administrador o no, en la celebración de un contrato de tal manera intensa que la otra parte contractual pudiera presumir que la conducta del primero implicaba la asunción de responsabilidad.

3.º *Conducta inmoral* (*sittenwidriges Verhalten*) del socio único, mezclando los patrimonios de la sociedad y del socio único para perjudicar a los acreedores.

4.º *Exigencias de la buena fe*, cuando el reconocimiento de

(78) WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 330.

la separación entre ambos condujera a resultados abiertamente inequitativos (casos de compensación).

5.º La adquisición por compra de todas las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada equivale a la compra de la empresa.

6.º Tratamiento adecuado de quienes actúan como *hombres de paja* en la fundación.

7.º La *prohibición del autocontrato* cuando el socio único contrata, en su calidad de administrador de la sociedad, consigo mismo, salvo si está apoderado para ello. Pero la jurisprudencia ha establecido además que este apoderamiento no puede el socio atribuírselo mediante un acuerdo ordinario de la sociedad, sino mediante una modificación de los estatutos (79).

En conclusión, esta panorámica permite contemplar los límites que encuentra el reconocimiento de la sociedad unipersonal para impedir abusos y, al mismo tiempo, proteger el tráfico correcto.

B) *Los riesgos para los administrados.*

Como ya se ha indicado, la constitución de una sociedad privada por parte de los entes locales, puede tener por objetivo el sustraerse a las normas que regulan la administración, disfrute y enajenación de parte del patrimonio de la entidad constituyente, a fin de lograr una administración más eficiente de una parte del patrimonio municipal. Indudablemente de la obtención de este fin, seguramente asumido por la ley autorizante, puede derivar un riesgo considerable, puesto de relieve por BROSETA.

Las particularidades que afectan a la sociedad anónima pública en sus requisitos tipológicos «pueden incluso alcanzar y perjudicar a los terceros. Y así vemos que—al igual que en las sociedades de economía mixta—es imposible comprobar la realidad y la valoración de las aportaciones no dinerarias, y, lo que es más grave, se duda incluso que el patrimonio de tales esté adscrito a la garantía de sus acreedores, supuestos que en virtud del artículo 89-2.º del Reglamento de Servicios la titularidad del

(79) WÜRDINGER, *ob. cit.*, pág. 351.

patrimonio aportado continúa perteneciendo a la Corporación municipal, lo que lo hace inembargable e inejecutable» (80).

La exageración de la entidad de estos riesgos puede conducir a deteriorar la posición de los acreedores. En efecto, si se considera que la sociedad unipersonal es igual que el accionista único—esto es, la Corporación—podrá llegarse a la conclusión de que el patrimonio de la sociedad es—o continúa siendo—patrimonio de la Corporación, y, por lo tanto, sujeto al mismo régimen a que están sometidos los bienes de la Corporación, quedando así sustraído a la libre acción de los acreedores.

a) *La Corporación fundadora es titular de las acciones, pero no de los bienes de la sociedad.*

Una apreciación equilibrada de los riesgos insinuados en el párrafo que se ha reproducido un poco más atrás, debe, no obstante, eliminar las consecuencias extremas que en el mismo se denuncian. En efecto, los textos legales no apoyan estas consecuencias extremas. El precepto mencionado no establece la propiedad de la Corporación sobre el patrimonio social, sino que dice que «la Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la empresa». Y como consecuencia, la prohibición de transferirlo se refiere al capital que, por virtud del artículo 1.º de la Ley de Sociedades anónimas, estará representado por títulos llamados acciones. Las acciones serán propiedad de la Corporación y su régimen de transmisión será el previsto para este tipo de bienes por las disposiciones pertinentes. Pero el patrimonio social será propiedad de la sociedad y del mismo sólo podrá disponerse mediante la observancia de las normas que regulan la competencia de los órganos sociales.

Bien es verdad que el propio Reglamento incurre en una suerte de confusión, cuando a continuación de haber establecido la intransmisibilidad del capital, prohíbe a la Corporación que lo destine a otras finalidades salvo en los casos expresamente previstos a continuación. Pero estas confusiones terminológicas—que, por lo demás, aparecen también en la Ley de Sociedades anóni-

(80) BROSETA, *ob. y loc. cit.*

mas (cfr. artículo 130, 3)—no pueden impedir el recto juego de los conceptos tipificadores que se han ido decantando a lo largo de la evolución histórica en beneficio de los acreedores sociales: la responsabilidad limitada de los accionistas se manifiesta como una limitación al exterior de la responsabilidad de los socios, mientras que la persona jurídica responde ilimitadamente con todo su patrimonio frente a los acreedores sociales. Este patrimonio social, constituido por las aportaciones de todos los accionistas, está afectado a la satisfacción preferente de los acreedores sociales.

En otras palabras, sería desconocer las consecuencias de la personalidad jurídica, admitiendo, en cambio, el desconocimiento de la persona jurídica, a través de la técnica de la penetración. Pero esta técnica en sí muy discutible se aplica normalmente para proteger los intereses de los acreedores sociales, mientras que en este caso singular se aplicaría a un supuesto de conflicto entre el interés del socio y el interés de los acreedores, *para favorecer al accionista único, la Corporación, frente a los acreedores*, quienes verían sustraído el patrimonio que creían afectado a su garantía mediante la aplicación de un régimen jurídico público exorbitante del Derecho común, deducido por vía interpretativa en contra de las consecuencias ordinarias previstas para el tipo social.

Esta consecuencia no ha sido querida, evidentemente, por el legislador. Al aplicar a la sociedad privada municipal o provincial el régimen de la sociedad anónima, no ha pensado en sustraer a la acción de los acreedores los bienes del patrimonio social eliminando frente a los acreedores el régimen de responsabilidad propio de la figura: la eliminación en estos términos produciría así la exclusión de la responsabilidad de la entidad administrativa—no ya la limitación—a través de la aplicación de un régimen de Derecho privado, cuyas piezas de garantía se habían desmontado previamente.

Los riesgos que ofrece para los acreedores sociales la sociedad privada, municipal o provincial, no se darán, pues, con relación al régimen jurídico público de los bienes que constituyen su

patrimonio. Más bien son riesgos que no se diferencian de los riesgos que existen en todos los casos de sociedades unipersonales.

b) *La distinción de bienes sometidos a distintos regímenes.*

Las aportaciones de bienes municipales (o provinciales) a una sociedad (anónima) municipal (o provincial) no puede estar rodeada de las garantías que rodean la enajenación de los bienes municipales o provinciales en los casos ordinarios. La garantía de la pública subasta haría peligrar la constitución de la misma sociedad, ya que los bienes objeto de la aportación podrían ser adquiridos por personas distintas a la sociedad en constitución. Este planteamiento no puede eludirse mediante un análisis de la naturaleza jurídica del negocio de aportación de bienes a una sociedad, tratando de desvirtuar o debilitar la sustancia dispositiva que en el acto de aportación se alberga. Cualquiera que pueda ser la solución de esta debatida cuestión dogmática (81), es indudable que la sociedad, una vez realizada la aportación, alcanza sobre lo aportado un poder de disposición del que, correlativamente, ha sido desposeído el aportante.

Por esta razón, las garantías que acompañan al bien aportado no pueden desaparecer porque se funde una sociedad que adquiera sobre el mismo poderes de disposición mediante las legitimaciones orgánicas que se establecen en la organización societaria. Si la aportación se ha hecho sin observar las garantías previstas para las disposiciones de bienes municipales porque el mantenimiento de tales garantías era incompatible con la fundación proyectada, entonces estas garantías han de mantenerse durante la vida de la sociedad o ser sustituidas por otras que cumplan su misma función, a fin de que los intereses que las mencionadas garantías trataban de proteger no sean burlados mediante la disposición que con la aportación ha pasado a los órganos sociales.

Con estas reflexiones me parece que queda debidamente planteado el tema crucial de la sociedad anónima municipal o pro-

(81) *Vid.* un resumen de las diversas doctrinas formuladas sobre el particular en BÉRCAMO, *Sociedades anónimas (Las acciones)*, I, págs. 42 y sigs.

vincial y su compatibilidad con las normas que ordena el régimen jurídico de los bienes que integran el patrimonio de los entes locales o provinciales.

Me parece que estas ideas pueden concretarse en esta diferenciación: *garantías del régimen municipal que no pueden desaparecer* porque la organización de la sociedad no puede sustituirlas eficazmente y su desaparición o neutralización mediante la creación de una sociedad podría lesionar los intereses protegidos con ellas; *garantías del régimen patrimonial de bienes municipales o provinciales que pueden ser sustituidas eficazmente* con las garantías ínsitas en la organización de la sociedad y que, por lo tanto, es indiferente que no actúen en el momento de la constitución porque la protección de los intereses tutelados con aquéllas vendrán protegidos durante la vida de la sociedad con otras garantías equivalentes aunque sean distintas.

En el primer apartado podríamos incluir los bienes pertenecientes al patrimonio del ente municipal o provincial, cuya administración y disposición están rodeados de especiales garantías (confróntense arts. 94 y sigs., cap. V del Reglamento de Bienes de las Entidades locales); en el segundo, el dinero que se aporte a la sociedad o que ésta adquiera como consecuencia de su actividad.

La sociedad creada constituye un nuevo sujeto jurídico. Este sujeto es titular de los bienes que se aportan al mismo y de los que, sucesivamente, adquiera mediante el desarrollo del objeto social para el que fue creado. Ahora bien, de este patrimonio forman parte bienes que habían formado parte del patrimonio municipal (o provincial) y que estaban sujetos a un régimen jurídico distinto y especial.

El sujeto sociedad privada municipal o provincial es titular del poder de disposición sobre todos los bienes que integran este patrimonio. Este poder de disposición de que es titular la sociedad habrá de ejercerse por las personas legitimadas para ello como órganos de la sociedad y dentro de la competencia que establece la ley y—en la medida en que ésta lo autoriza—por los estatutos de la sociedad.

Por lo tanto, los bienes sujetos a un régimen especial de

enajenación aun aportados a la sociedad, continuarán estando sujetos al mismo estatuto a que estaban sujetos antes, salvo que las garantías que representaba el régimen especial hayan sido ya observadas. De igual manera que un bien aportado con una servidumbre, cuando se enajena continúa afectado por la servidumbre, a no ser que la misma se haya extinguido, la aportación del bien gravado a una sociedad no hace desaparecer por este solo hecho la servidumbre. Lo mismo sucede con el bien sujeto a un régimen especial en garantía de intereses extraños al aportante. Y es esto lo que sucede cuando se aporta un bien dotado de un estatuto especial a una sociedad constituida entre personas privadas con un objeto mercantil; la concesión aportada, en cuanto sea posible objeto de aportación, continúa estando sujeta al régimen jurídico previsto para la misma y la explotación social de la concesión queda gravada con las limitaciones con que aquélla hubiera sido establecida. Si se aporta la licencia municipal para explotar un taxímetro, será sujeta a las modalidades previstas por la licencia y su explotación no se verá alterada porque la licencia se explote por una sociedad. De igual modo, los bienes municipales o provinciales que se aportaron a la sociedad sin observar el requisito de la subasta pública quedarán sometidos a este mismo régimen, dado en protección a terceros, porque la aportación de una sociedad no es motivo suficiente para prescindir de esta protección.

Ahora bien, el régimen municipal (o provincial) previsto para los bienes del patrimonio municipal o provincial se aplicará estrictamente a éstos. *La inclusión de estos bienes en una sociedad privada municipal o provincial no extiende automáticamente su régimen especial a todos los bienes del patrimonio social.* Los bienes que no estuvieran sujetos al mismo, los bienes que sustituyeran a éstos por mediación del dinero en que concretó la enajenación a terceros de los bienes primitivamente aportados, los bienes, materiales o en dinero, que afluyeron *ex novo* al patrimonio de la sociedad como consecuencia de su actividad, estarán sujetos al régimen propio de la actividad social, previsto en la organización de la sociedad, con sus competencias y legitimaciones orgánicas.

La legitimación para disponer de ciertos bienes atribuida en

la legislación administrativa (municipal o provincial) es sustituida por la legitimación atribuida por la organización social para estos bienes, y el control administrativo del régimen municipal o provincial es sustituido por las instancias de control y vigilancia propias de la sociedad creada por el Municipio o la Provincia, que, a diferencia de la sociedad anónima o limitada ordinarias, utiliza instancias heterónomas de control, debido a la especial contextura de su sustrato personal, constituido, como se sabe, únicamente por el Municipio o por la Provincia.

Ahora bien, el hecho de que titular de todo el capital sea la entidad municipal que fundó la sociedad, y el hecho de que parte de la organización de la sociedad privada municipal coincida con la organización municipal, produce una serie de consecuencias que no pueden solventarse fácilmente. En efecto, el destinatario de los beneficios de la sociedad privada municipal será el mismo Municipio como único accionista de la sociedad. El Municipio, a través de su organización, parece que dispone de los bienes sociales, y que, en consecuencia, la sociedad privada municipal sea la propia entidad municipal.

C) *Los riesgos para los acreedores de la sociedad.*

Otro de los problemas que la especial estructura de la sociedad privada municipal puede suscitar es, por lo tanto, el de la posibilidad de que la identidad de órganos de la Corporación y de la sociedad privada pueda, en algún caso, producir la *aparición frente al exterior de una absoluta identidad de sociedad privada y Corporación titular*, pretendiendo los acreedores hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio de la Corporación titular para obviar las dificultades, de carácter económico o jurídico, con que pudieran tropezar al hacerlos efectivos sobre el patrimonio social.

Por otro lado, el problema también tiene trascendencia para evitar la confusión y mezcla en un único grupo de acreedores que puedan nacer de las actividades de varias entidades comerciales o industriales erigidas por una misma Corporación. Dado el escaso uso que los Municipios han hecho de este medio de

gestión, no es fácil que el supuesto aparezca en la práctica. Pero su consideración nos ayudará a enfocar y resolver adecuadamente los problemas que plantea la posible identificación de sociedad y Corporación municipal.

a) *La descripción y planteamiento.*

En efecto, una Corporación municipal o provincial puede ser titular de varias sociedades o se ha erigido varios servicios personificados. La Corporación municipal actúa como Junta general de todas ellas y, al mismo tiempo, los miembros de los Consejos de administración de algunas de las empresas o servicios municipales son—o pueden ser—comunes. En estas condiciones, los acreedores de la sociedad A, que no encuentren fácil obtener la satisfacción de sus créditos, pretenden cobrar de la floreciente sociedad B, puesto que todas ellas forman una unidad, al reconducirse todas las sociedades municipales a la Corporación que es el titular único del capital de todas las sociedades, a la manera de un *holding* o del I. N. I., el que, como es sabido, se ha calificado de *holding*.

¿Cuál es la postura de la doctrina ante esta cuestión?

Los peligros que la figura de la sociedad unipersonal encierra para los acreedores «se estimaba» aumentado cuando se trate de empresas municipales en las que las ganancias y el lucro han de figurar en un plano secundario. «El fin de dichas empresas ha de ser, en primer lugar, el buen funcionamiento del servicio, y ello, en ocasiones, puede llevarlas a realizar gastos y contraer deudas que financieramente puedan poner a la sociedad en difícil situación. La responsabilidad limitada de la empresa en estos casos, aun cuando la hacienda propiamente municipal lleve una vida próspera, puede constituir un serio peligro para el cobro de las deudas de los acreedores» (82).

Aún estimando esta valoración demasiado ponderativa, el problema exige una atención que justifica el tratamiento que se inserta a continuación.

Desde esta misma perspectiva de la protección de los acreedo-

(82) CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización...*, cit., pág. 178.

res, se explica igualmente que el último apartado del artículo 89 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales exige que «el capital de estas empresas habrá de ser desembolsado desde el momento de su constitución». Esta norma agrava el normal deber de desembolso parcial impuesto por el Derecho común en el artículo 8.º de la Ley de Sociedades anónimas. Esta norma impide la constitución de sociedades cuyo capital no se desembolse en una cuarta parte como mínimo. La razón económica de este desembolso es la de impedir que una sociedad comience a funcionar con capital extraño en su totalidad, produciéndose *ab initio* una descapitalización de funestas consecuencias para la vida social. En definitiva, se trata de proteger a los acreedores frente al riesgo de insolvencia, haciendo recaer sobre los accionistas—en este caso el accionista único—el riesgo referente a la parte del capital desembolsado. Cuando estos riesgos se acentúan, como sucede en el caso de aportaciones no dinerarias, el deber de desembolso mínimo se aumenta imponiendo la total liberación de las acciones que reciben los aportantes *in natura*. Y cuando el riesgo aumenta porque la constitución es obra de una sola persona, se exige también que se compense este riesgo con desembolso total de todo el capital, más fácil de controlar. Y si durante la vida social surgen dificultades, el socio único estará obligado a cubrir la totalidad del capital social si no se comprueba que esta cobertura ya se había realizado.

Los riesgos que ofrece la sociedad anónima unipersonal tienen otro sentido: la posibilidad de confusión de patrimonios de la sociedad y del único socio, que conduzca a una volatilización de la garantía que el patrimonio social ofrece a los acreedores sociales. Este riesgo existe ciertamente, porque en esta situación el socio único no se ve limitado por la acción de los otros socios en la determinación de la voluntad social. El único socio determina la voluntad social en la Junta general, nombra a los administradores, designa a los censores... Esta situación deteriora el modelo legal del que ha partido el legislador para atribuir a los accionistas el beneficio de la responsabilidad limitada por las deudas sociales: a una limitación del poder por el poder de los otros socios en la gestión social no debe corresponder una res-

ponsabilidad ilimitada, pero cuando, por la desaparición de los otros socios, se rompe la relación entre el poder—que ahora ya no es compartido—y la responsabilidad, ésta debe tender a ser también ilimitada.

En efecto, en una sociedad con un número relativamente grande de accionistas de un poder económico semejante, los derechos de los socios y su ejercicio efectivo constituyen la salvaguardia de que durante la vida social van a observarse las normas sobre el capital, dictadas para proteger el interés de los terceros acreedores a la integridad del patrimonio social. Pero en una sociedad con único socio—o con un accionista ampliamente mayoritario—resulta que los acreedores no pueden esperar que los accionistas colaboren en la conservación del patrimonio social. Por lo tanto, los acreedores no pueden esperar que su interés a la conservación del patrimonio social resulte tutelado en vía indirecta mediante el equilibrio de los intereses de los accionistas. El interés de la sociedad se ha transformado en interés del único accionista. Surge así un conflicto entre el interés de los acreedores y el interés del accionista, puesto que el último puede aprovechar su dominio de la sociedad para beneficiarse él personalmente (83). Es explicable que en esta situación se haya pensado en una protección especial de los acreedores sociales, por encima del ordenamiento social, incluso negando el ordenamiento social, mediante la aplicación de la técnica de la penetración de la persona jurídica.

Prescindiendo ahora de mayores justificaciones dogmáticas, es lo cierto que el legislador español no se ha hecho cargo de esta situación. El legislador italiano atribuye al accionista único una responsabilidad ilimitada con un carácter doblemente excepcional: primero, tan sólo en caso de insolvencia de la sociedad; y, en segundo lugar, contraída a las deudas que surgieron durante la época en que el accionista fue único (84).

Pero en el Derecho español, tanto para la sociedad privada

(83) KROPPF, «Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965», *Der Betriebs-Be-rater*, 1965, págs. 1281 y sigs.

(84) La bibliografía italiana sobre este tema puede verse recogida en FERRI, *Le società...*, cit., pág. 298.

municipal o provincial como para la sociedad anónima común, la solución tiene que hallarse por vía interpretativa. Esta, en el caso particular que nos ocupa, debe ponderar cuidadosamente el hecho de que la sociedad anónima (o de responsabilidad limitada) es una sociedad admitida y reconocida por el ordenamiento, y que, por consiguiente, está dotada de una personalidad jurídica normal, que producirá frente a los acreedores sociales el corte de responsabilidades entre el patrimonio social y el patrimonio de la administración. Es decir, que, *en principio, los acreedores no podrán reclamar a la Corporación municipal (o provincial) el cumplimiento de sus obligaciones ni siquiera en el supuesto de que la sociedad sea insolvente*—situación prevista en el artículo 98, 4.º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales—. El patrimonio social responde exclusivamente de las deudas sociales frente a los acreedores. Los acreedores sociales poseen un derecho preferente sobre el patrimonio de la sociedad en virtud del cual excluyen a los acreedores particulares de la Corporación titular única de la sociedad. *Este principio debe, sin embargo, romperse en virtud del principio del abuso del derecho* cuando la gestión de la sociedad anónima unipersonal no se haya producido correctamente, respetando las normas, legales o estatutarias, que marcan la competencia y la legitimación de los órganos sociales. En estos casos de abusos del poder del accionista único, será lícito penetrar en el esquema formal de la sociedad y demandar a la Corporación socio único el cumplimiento de las obligaciones sociales.

El problema consiste, pues, en determinar si la separación entre sociedad unipersonal y Corporación local único accionista se mantendrá incondicionalmente, o si, por el contrario, habrá supuestos en que la sociedad y la Corporación deberán, en beneficio de los acreedores de aquélla, identificarse, respondiendo la Corporación, directamente, de las deudas de la sociedad en la que es accionista único.

Sobre esta cuestión se manifiesta JORDANO BAREA poniendo de relieve que en el caso de sociedad unipersonal la titularidad del patrimonio social «no tendría carácter ilimitado ni significaría el libre juego del arbitrio individual, con la consiguiente

posibilidad de fraudes, sino que estaría rodeada de los límites a que alude la jurisprudencia (doctrina del abuso del derecho y deber general de buena fe), pudiendo en virtud de éstos los Tribunales de Justicia (*ex officio* o a petición de parte interesada) considerar disuelta o inexistente la sociedad, o bien imponer como sanción la responsabilidad ilimitada subsidiaria del socio único».

Es decir, poniendo de manifiesto la falta de norma expresa que imponga con carácter general la responsabilidad personal e ilimitada del socio único de una anónima o limitada, ésta sólo puede resultar excepcionalmente por vía de sanción (85).

b) *Forma de conjurar los riesgos derivados de la protección a los acreedores.*

Las medidas de precaución convenientes para eliminar la (eventual) responsabilidad de la Corporación titular único de las acciones deben tomarse previamente, porque en estas condiciones será muy difícil fundar la buena fe de la Corporación (86). Esta posee todas las acciones de la sociedad privada y, además, actúa como órgano de la sociedad cumpliendo las funciones de Junta general de la sociedad.

Admitida— aunque sea por vía excepcional— la constitución unilateral de la sociedad privada municipal, jugará la normal separación de patrimonio de la sociedad y del accionista único. En este sentido, JORDANO BAREA, sostenedor de la tesis más extrema sobre admisión de la sociedad unipersonal, considera que la existencia de un único accionista no impide la vida normal de la sociedad cuando el accionista único observa los dos principios básicos de la vinculación del patrimonio y de la intangibilidad del mismo. Sólo cuando se vulneren las normas referentes a estos principios, aparecerán situaciones anormales, que será preciso corregir mediante la aplicación de la doctrina general del abuso

(85) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, pág. 447; igualmente GOLDSCHMIDT, *La sociedad mercantil unipersonal*, cit., págs. 22 y sigs.

(86) *Vid.* las consideraciones que a este respecto hace C. HEMSTROM, «The One-Mann Company in Swedish Law», en *Swedish National Reports to the VII International Congress of Comparative Law*, Stockholm, 1966, págs. 43 y sigs., pág. 47.

del derecho o de las concesiones que ha obtenido en la doctrina de la penetración de la persona jurídica.

La doctrina de la penetración de la persona jurídica exige que quien pretenda levantar el velo de la persona jurídica en su favor (*lifting the veil*), pruebe que se dan circunstancias que justifican la superación, en principio, del aislamiento de responsabilidad de la sociedad y del socio único.

No podemos evidentemente hacernos cargo de la totalidad de estas discusiones, que afectan al mismo concepto de persona jurídica actualmente en revisión. Para los fines que aquí nos proponíamos me parece oportuno, más que recoger las aportaciones dogmáticas de la doctrina alemana, divulgadas por la traducción de la obra de R. SERICK (87), e italiana (88), recoger las precisiones de un trabajo, no reciente (ya que su fecha es de 1929), en el que un famoso juez americano, W. O. DOUGLAS, en colaboración con C. M. SHANKS, establece las condiciones que deben observarse para que la responsabilidad de la sociedad no se transmita al accionista único (89).

Supuesta una condición constante que consiste en que «la propiedad de la totalidad o de una mayoría de las acciones o un interés de control de la misma o la propiedad, por parte de las mismas personas, de la totalidad o de una mayoría de las acciones de ambas compañías», insuficientes por sí solas para destruir el aislamiento de responsabilidad, los autores mencionados establecen las condiciones que bastarán (salvo excepciones) para establecer el deseado aislamiento de responsabilidad para las sociedades del grupo (90). Vamos a enumerarlas, rápidamente, con un ligero comentario que ponga de relieve el alcance de estas prescripciones formuladas con finalidades prácticas.

1. En primer lugar la sociedad privada municipal debe do-

(87) SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derechos por medio de la persona jurídica*, trad. de Price BRUTAN, Barcelona, 1958.

(88) Sobre todo, VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964; LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959.

(89) W. O. DOUGLAS y C. M. SHANKS, *Insulation from liability through Subsidiary Corporations*, 39 Yale L. J. (1929/30), págs. 193 y sigs.

(90) «La observancia de las siguientes cuatro normas impedirá que las unidades mercantiles sean consideradas como asimiladas». (DOUGLAS y SHANKS, *ob. cit.*).

tarse económicamente de una manera suficiente para que pueda desarrollar sin riesgo para los intereses de los terceros la empresa para la que se ha constituido la sociedad. La sociedad debe ser desde el principio una unidad financiera independiente, capaz de subsistir económicamente por sí misma, con un patrimonio en el que el capital aportado por el Municipio fundador y la financiación procedente de los terceros (en el caso de que exista) mantengan una proporción económicamente sana según las normas de la técnica financiera, y que no haga necesario recurrir al crédito a corto plazo para financiar inversiones a largo plazo. Como dicen los autores mencionados, «debe establecerse y mantenerse una *unidad financiera independiente*. Esta unidad debe tener una *financiación suficiente para atender a sus exigencias normales*. Los riesgos inherentes a la conducción de un negocio de este tipo, deben promediarse y cubrir este promedio de riesgos».

2. El negocio para cuya explotación se creó la sociedad privada municipal debe mantenerse aislado de las otras actividades desarrolladas por el Municipio y de las actividades desarrolladas eventualmente por otras sociedades privadas o por sociedades mixtas creadas por el Municipio. La contabilidad de la sociedad debe conservarse separada de la contabilidad municipal en su conjunto, así como la documentación mercantil y contable de la entidad municipal. En palabras de DOUGLAS y SHANKS, «deben mantenerse *independientes los negocios cotidianos de ambas unidades ... esta separación debe ser suficiente dentro de lo que permita la tecnología del negocio... Y además deben mantenerse por separado los archivos financieros y comerciales de las dos unidades*». La autonomía contable y documental permitirá atribuir las consecuencias económicas de los actos realizados por una u otra entidad municipal a la sociedad que realmente deba soportar un determinado gravamen económico procedente de su actividad de empresa.

3. La dirección y la organización de la sociedad debe mantenerse lo más separada que sea posible de la organización de los servicios municipales y de las otras empresas municipales. A ser posible, con personas distintas encarnando los órganos de cada entidad separada, a fin de evitar confusiones en los elemen-

tos personales de los esquemas organizativos de cada una de las entidades que formalmente son distintas. «Deben mantenerse las *barreras formales entre las dos estructuras de dirección*»—dicen DOUGLAS y SHANKS—. Debe observarse *religiosamente* el ritual de reuniones y juntas independientes.

Las actividades de las personas individuales que prestan servicios en los dos Consejos de administración deben clarificarse de modo que las personas como consejeros de la subsidiaria puedan siempre distinguirse de las mismas personas como consejeros de la sociedad matriz... Es suficiente celebrar reuniones independientes de los Consejos de administración. *El mismo problema surge en relación con los gerentes*. Y la solución es la misma. Una persona no puede ser indiscriminadamente gerente de una o de otra sociedad. Basta normalmente la observancia de las exigencias de la eficacia mercantil. Y no son demasiado exigencias, sino que deben bastar meramente para que los registros de los negocios de las dos unidades no se mezclen y se confundan.

4. Finalmente, la separación debe mantenerse de forma rigurosa, a fin de evitar las confusiones de los terceros sobre la verdadera situación de la entidad con la que contratan. Una información a éstos puede ser una exigencia excesiva, bastando, seguramente, con *evitar apariencias de unidad* entre la Corporación y la sociedad privada municipal que puede inducir a los terceros a error.

«*No deben representarse las dos unidades como una unidad ... Aquellos que entren en contacto con ellas deben ser informados suficientemente de su identidad independiente*» (91).

Si en la gestión de la sociedad privada municipal no se han observado estas condiciones, la Corporación municipal correrá el riesgo de que, como socio único de aquélla, tenga que responder ilimitadamente, con todo su patrimonio, de las obligaciones contraídas por aquélla.

Y, correlativamente, cuando se hayan observado estas normas, los acreedores sociales verán limitado el ejercicio de su acción al patrimonio de la sociedad con la que han contratado.

(91) Autores y obra citados, págs. 6 y sigs.; los subrayados no están en el texto.

III. CONCLUSION FINAL

Con la exposición que antecede he pretendido señalar uno de los supuestos en que el jurista, mediando entre la norma y la cambiante realidad socioeconómica, contribuye con su actividad interpretativa a la creación de nuevos moldes o cauces para el desarrollo de la vida comunitaria. Esta tarea se ha hecho urgente en una sociedad de consumo, cuyos mecanismos y cuya finalidad pueden ser, en algunas ocasiones, contrarios a una concepción humanista. La función correctora de estas anomalías puede hacerse a través de la actividad de los entes locales o provinciales, que, por sus dimensiones y por la esfera vital en que se mueven, pueden tomar en cuenta la dimensión humana de sus miembros.

Ahora bien, aun a riesgo de caer en lo que un autor suizo, Arnold KOLLER (92), ha llamado la *inflación de los tipos societarios*, debe recordarse, una vez más, que la sociedad anónima, tal y como se regula en las modernas leyes de sociedades, *se ha convertido en un marco formal que permite la organización de cualquier empresa productora de bienes y servicios*, organización que, en cada caso, ha de adaptarse al objeto de su actividad y a la cualidad de los titulares de los medios económicos.

En este momento de la evolución dogmática de la ciencia jurídica, no era suficiente señalar las divergencias que pueden existir—que existen—entre el Derecho común de la sociedad anónima y el Derecho especial de la sociedad privada municipal. Este régimen, apenas esbozado explícitamente, es en buena medida el resultado de una interpretación doctrinal, que, necesariamente, ha de tener presente la *ratio legis* de las normas (no muy numerosas, repito) que establecen desviaciones del régimen común, teniendo presente que, en ésta como en otras cuestiones, sólo cobran sentido las discusiones sobre un tema tan abstracto como el de la legitimidad de un tipo social, cuando se desciende

(92) A. KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, Freiburg, 1967. Además puede consultarse: W. ORT, *Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht. Dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts*, Bern, 1972.

a la problemática concreta. Esto es lo que se ha pretendido hacer en el presente trabajo, en el que, además de examinar las tradicionales cuestiones dogmáticas, se utiliza en último extremo el lenguaje prescriptivo para aconsejar cómo deben evitarse algunas consecuencias perjudiciales para los intereses tutelables por la sociedad anónima, sin impedir que se obtengan las finalidades que se asignan por el legislador a la sociedad privada municipal.