

ALBERTO EMPARANZA

(Dir.)

**EL DERECHO
DE SOCIEDADES
Y DE COOPERATIVAS:
NUEVOS RETOS
EN SU CONFIGURACIÓN
Y EN LA GESTIÓN
DE LOS ADMINISTRADORES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
DERECHO DE SOCIEDADES Y ECONOMÍA SOCIAL: NUEVOS RETOS , por <i>José Miguel Embid Irujo</i>	15
I. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PARA EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO	16
1. Economía social y Economía mercantil	16
2. El ánimo de lucro como criterio (equivocado) de diferenciación.....	17
3. La necesidad de superar la «mentalidad defensiva» de la Economía social	19
II. APUNTE SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL	19
III. LA TESIS SOSTENIDA EN LA PRESENTE PONENCIA Y SU RELIEVE PARA LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL	21
1. Enunciado: el Derecho de sociedades como factor de corrección y consolidación de la Economía social	21
2. Coda: hacia la «mutua fecundación» de la Economía social y la Economía mercantil	22
3. Metodología de tratamiento.....	23
IV. LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL.....	24
1. Los sistemas de delimitación	24
2. El planteamiento del Derecho español. Especial referencia a la LES.....	25
V. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL.....	27
1. Consideraciones generales: unidad o dualidad de regulaciones	27

ÍNDICE

	Pág.
2. El papel del Derecho de sociedades en la ordenación normativa de las entidades de Economía social	29
A) Las entidades de base asociativa	29
B) Las entidades de base institucional	30
VI. GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA.....	31
1. Premisa	31
2. El significado genérico de la RSC.....	32
3. RSC y Economía social	33
VII. ESTÁTICA Y DINÁMICA EN EL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL RELIEVE DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN EL PROCESO DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL	35
VIII. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y GRUPOS DE SOCIEDADES. SU RELIEVE EN EL SECTOR DE LA ECONOMÍA SOCIAL.....	37
IX. CONSIDERACIONES FINALES.....	38
LICITUD DE LA OPERATIVA SOCIETARIA A TÍTULO GRATUITO, por <i>Paula del Val Talens</i>	41
I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO	41
II. CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LA GRATUIDAD EN SEDE SOCIETARIA	43
1. Criterios de Derecho común	44
2. Criterios de Derecho concursal.....	45
3. Criterios de Derecho fiscal	47
4. Criterios registrales.....	49
III. LICITUD EN EL PLANO INSTITUCIONAL	50
1. La causa del contrato de sociedad	50
2. La capacidad general de la sociedad	51
IV. LICITUD EN EL PLANO FUNCIONAL	52
1. El objeto social.....	53
2. El capital social.....	58
3. El interés social.....	60
V. CONCLUSIONES.....	62
LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN COMO FINANCIACIÓN ALTERNATIVA DE LAS COOPERATIVAS, por <i>Arantza Martínez Balmaseda</i>	65
I. INTRODUCCIÓN.....	65

	Pág.
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO MERCANTIL DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	66
1. Concepto y forma	66
2. Elementos personales	67
A. El partícipe.....	68
B. El gestor.....	71
3. Función económica.....	72
4. Naturaleza jurídica.....	73
5. Contenido del contrato: especial referencia a la tutela del partícipe	77
A. Planteamiento	77
B. Determinación del momento de participación en los resultados del negocio	77
C. El derecho de información	78
D. El derecho de gestión	79
6. Extinción	80
III. LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y LOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS	80
1. Planteamiento	80
2. La posibilidad de que terceros ajenos a la sociedad ostenten la condición de partícipe	81
3. La intervención del partícipe en la gestión	82
CONSECUENCIAS SOCIETARIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE PACTOS PARASOCIALES, por <i>Ángel García Vidal</i>	85
I. PRESUPUESTOS	86
1. Preliminar	86
2. La existencia de un pacto parasocial y su tipología.....	87
3. La validez del pacto parasocial	89
4. El incumplimiento del pacto.....	92
II. EL PRINCIPIO DE LA INOPONIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES A LA SOCIEDAD	92
1. Preliminar	92
2. La divergencia interpretativa sobre el alcance del concepto de «pacto reservado» y sus implicaciones en lo tocante a la eficacia societaria de los pactos parasociales	93
2.1. Pactos parasociales, pactos reservados y conocimiento del pacto por la sociedad	93
2.2. Pactos parasociales, estatutos, escritura de constitución e inscripción en el Registro Mercantil	96
3. Las implicaciones del principio de oponibilidad.....	98

	Pág.
III. SUPUESTOS EN QUE LOS PACTOS PARASOCIALES PUEDEN PRODUCIR EFECTOS PARA LA SOCIEDAD.....	99
1. Los pactos de atribución	100
2. La problemática de los pactos parasociales suscritos por la propia sociedad.....	101
3. El pacto parasocial como una cesión de crédito y la sociedad como deudora en los pactos de relación	103
4. Los pactos parasociales omnilaterales	103
4.1. Los acuerdos sociales contrarios a los pactos omnilaterales	104
4.2. La oponibilidad de los pactos frente a la sociedad en los casos en que los acuerdos sociales respetan los pactos omnilaterales, pero no los estatutos o la ley ...	119
5. El impacto de la jurisprudencia sobre los pactos omnilaterales en los pactos parasociales celebrados solo entre algunos socios..	121
6. El problema de la oponibilidad de los pactos contrarios a normas imperativas del Derecho de sociedades	123
7. Valoración final sobre la problemática de los pactos omnilaterales: ¿un quiero y no puedo?	125
IV. LAS PRESTACIONES ACCESORIAS COMO CAUCE PARA QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PACTOS PARASOCIALES TENGA CONSECUENCIAS SOCIETARIAS	128
1. El objeto de la prestación accesoria	128
2. La determinación del objeto de la prestación.....	129
3. Los estatutos y la legislación societaria como límites	132
V. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PACTOS PARASOCIALES	133
SOBRE EL DEBER DE LEALTAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN TORNO AL INTERÉS SOCIAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL MIXTO, por Stella Sollernou Sanz	139
I. INTRODUCCIÓN.....	139
II. LA SOCIEDAD DE CAPITAL MIXTO: CONCEPTO Y ¿TIPO SOCIETARIO?.....	140
III. LA DICOTOMÍA «SOCIO PÚBLICO-SOCIO PRIVADO»: ¿CONFLICTO DE INTERESES O «COINTERÉS»?.....	142
IV. EL INTERÉS SOCIAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL MIXTO	145
1. La aplicación de la tesis institucionalista sobre el interés social a las sociedades de capital mixto	145
2. La aplicación de la tesis contractualista sobre el interés social a las sociedades de capital mixto	146
2.1. La tesis contractualista.....	146
2.2. Sobre la naturaleza contractual de las sociedades de capital mixto	146

	Pág.
2.3. La idea del fin común en las sociedades de capital mixto	147
V. CONCLUSIONES	149
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	149
DEBER DE ABSTENCIÓN DEL SOCIO-ADMINISTRADOR EN LA JUNTA GENERAL: EL CONFLICTO DE INTERÉS INDIRECTO, por <i>Alberto Emparanza</i>	151
I. PLANTEAMIENTO.....	151
II. EL ALCANCE DEL ART. 190.1.º E) LSC.....	154
1. El objeto del art. 190.1.º LSC	154
2. El alcance efectivo del art. 190.1.º e) LSC	158
III. LA APLICACIÓN DEL ART. 190.1.º LSC A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS INDIRECTOS	160
1. La noción de conflicto de interés indirecto.....	160
2. La aplicación del art. 190.1.º LSC a los conflictos de interés indirecto del socio-administrador: la STS de 2 de febrero de 2017	165
IV. BIBLIOGRAFÍA	167
LA REMUNERACIÓN DEL CONSEJERO EJECUTIVO: LECTURA INTEGRADORA DE LOS ARTS. 217 Y 249 LSC Y FLEXIBILIDAD RAZONABLE, por <i>Nerea Iráculis</i>	169
I. DOCTRINA MAYORITARIA Y POSTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: LECTURA SEPARADA DEL RÉGIMEN RETRIBUTIVO.....	170
II. DOCTRINA MINORITARIA: LECTURA UNITARIA DEL RÉGIMEN RETRIBUTIVO	174
III. INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA EXIGENCIA DE PREVISIÓN ESTATUTARIA PARA LA RETRIBUCIÓN DEL CONSEJERO EJECUTIVO	176
1. Anclaje estatutario mínimo, sin alcanzar a los conceptos retributivos: transparencia y tutela de los socios	179
1.1. Lectura excluyente: autonomía del consejo de administración en detrimento de la transparencia y la tutela de los socios.....	179
1.2. Lectura integradora absoluta: transparencia y tutela de los socios en detrimento de la autonomía del consejo de administración.....	181
1.3. Lectura integradora «a medias»: flexibilidad o margen de autonomía del consejo de administración, merma de transparencia y de protección de los socios	188

ÍNDICE

	Pág.
2. Cláusulas estatutarias válidas y validez de la remuneración contractual, bajo la lectura integradora «a medias».....	195
IV. INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA EXIGENCIA DE AJUSTARSE AL IMPORTE MÁXIMO ANUAL FIJADO POR LA JUNTA GENERAL	197
V. EL TRIBUNAL SUPREMO COMBINA LECTURA INTEGRADORA Y FLEXIBILIDAD, ESTA COMO EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL	203
1. Exigencia de previsión estatutaria de los conceptos retributivos y precisión menos rígida en el contrato de administración: conceptos retributivos alternativos.....	204
2. Importe máximo de remuneración anual: no se admite flexibilidad.....	209
VI. CONCLUSIÓN.....	210
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	211
VIII. WEBGRAFÍA	213

LA CAPACIDAD PROCESAL DE LA SOCIEDAD EXTINTA Y SUS IMPLICACIONES PRÁCTICAS, por *David Fernández de Retana y Rebeca Larena*..... 215

I. INTRODUCCIÓN. EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL Y LA APARICIÓN DE PASIVOS SOBREVENIDOS	215
II. EL DEBATE DOCTRINAL EN TORNO A LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD LIQUIDADADA ...	217
III. POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA REGISTRAL	224
IV. LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	227
V. EL TRANSITORIO CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO	231
VI. LA SENTENCIA PLENARIA (SALA 1. ^a) DE 24 DE MAYO DE 2017	233
VII. PROYECCIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE ASPECTOS PRÁCTICOS DE ORDEN PROCESAL.....	235
1. Representación y defensa letrada de la parte	235
2. Especialidades en materia de práctica de prueba.....	237
3. Acumulación de la acción contra la sociedad y la de responsabilidad contra los antiguos socios o liquidadores	237
4. La legitimación activa de la sociedad extinguida para reclamar activos o exigir responsabilidad del liquidador (particular referencia a la compensación de créditos)	238
5. Posibles limitaciones en los instrumentos de defensa (oposición de nulidad, reconvencción y llamada a terceros por el cauce de la intervención provocada)	239

	Pág.
6. La ejecución	240
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	241
LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES , por <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	243
I. INTRODUCCIÓN.....	243
II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.....	244
III. ACCIONISTA DE CONTROL Y GRUPO DE SOCIEDADES.....	247
IV. EL RECONOCIMIENTO DEL «INTERÉS DEL GRUPO» COMO CUESTIÓN DE POLÍTICA JURÍDICA. EVOLUCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EUROPA.....	252
V. LA REINTERPRETACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES INTRAGRUPPO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS	256
1. Origen, caracterización general y funcionalidad de la doctrina	256
2. Hacia la legitimidad (implícita) del interés del grupo en nuestro ordenamiento.....	258
2.1. La prohibición de la <i>compensatio lucri cum damno</i> ex art. 1.686 CC y la discutida naturaleza jurídica de la teoría de las ventajas compensatorias	259
2.2. El deber de fidelidad del administrador ex art. 227 LSC: la necesaria reinterpretación del concepto «interés social» de las sociedades integradas en un grupo.	264
3. La determinación de una compensación «adecuada». una postura de política jurídica en torno a la teoría de las ventajas compensatorias.....	266
3.1. La teoría «cualitativa» y su referente legislativo: el ordenamiento italiano.....	266
3.2. La teoría «cuantitativa» y su referente legislativo: el ordenamiento alemán	269
4. Una propuesta de política jurídica	272
4.1. Por una compensación «cualitativa».....	272
4.2. Por una compensación «cierta»: análisis desde una perspectiva económica.....	276
VI. PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS	280
1. Operaciones resultado de una política de grupo.....	280
2. Operaciones realizadas en interés del grupo.....	281
2.1. Una reflexión en torno al concepto	281
2.2. La concreción del contenido de la cláusula general del interés del grupo.....	283

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
2.3. La previsión de una compensación adecuada (re- misión)	285
2.4. El denominado respeto a la «supervivencia» de la sociedad	286
VII. EL RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS DEL GRUPO POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	288

*Derecho de sociedades y economía social: nuevos retos**

José Miguel EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PARA EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO: 1. Economía social y Economía mercantil. 2. El ánimo de lucro como criterio (equivocado) de diferenciación. 3. La necesidad de superar la «mentalidad defensiva» de la Economía social.—II. APUNTE SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL.—III. LA TESIS SOSTENIDA EN LA PRESENTE PONENCIA Y SU RELIEVE PARA LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: 1. Enunciado: el Derecho de sociedades como factor de corrección y consolidación de la Economía social. 2. Coda: hacia la «mutua fecundación» de la Economía social y la Economía mercantil. 3. Metodología de tratamiento.—IV. LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL: 1. Los sistemas de delimitación. 2. El planteamiento del Derecho español. Especial referencia a la LES.—V. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL: 1. Consideraciones generales: unidad o dualidad de regulaciones. 2. El papel del Derecho de sociedades en la ordenación normativa de las entidades de Economía social: A) Las entidades de base asociativa. B) Las entidades de base institucional.—VI. GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA: 1. Premisa. 2. El significado genérico de la RSC. 3. RSC y Economía social.—VII. ESTÁTICA Y DINÁMICA EN EL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL RELIEVE DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN EL PROCESO DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL.—VIII. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y GRUPOS DE SOCIEDADES. SU RELIEVE EN EL SECTOR DE LA ECONOMÍA SOCIAL.—IX. CONSIDERACIONES FINALES.

*1 Trabajo integrado en el proyecto de investigación «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER 2017-83428P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales la profesora Lourdes Ferrando y el autor.

I. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PARA EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO

1. Economía social y Economía mercantil

El título de esta ponencia intenta unir en una perspectiva actual y, sobre todo, de futuro dos magnitudes que teniendo algunos elementos parecidos muestran, como criterio general, un llamativo carácter asimétrico. No obstante esta diferencia, la pretensión asociativa entre los dos términos de la fórmula consignada en el título responde al propósito de dar mayor entidad a lo que acabamos de denominar «algunos elementos parecidos», cuya similitud no se refiere solo a extremos concretos y circunstanciales sino que se deduce de la existencia de notorios presupuestos comunes, velados en muchas ocasiones, y que son susceptibles de favorecer el tratamiento conjunto que aquí nos proponemos.

Es posible que tal pretensión parezca inadecuada o, lo que es peor, decididamente errónea para quienes deseen ver las dos categorías que nos ocupan de manera separada, sin posibilidad alguna de comunicación. Adelanto ya que esta inconveniente postura se da con mayor intensidad en el ámbito de la Economía social, como consecuencia, así me lo parece, de la notoria presencia en su seno de una *mentalidad defensiva*, presentada al exterior, no obstante, con pretensiones de gran superioridad; esta presuposición es consecuencia de que en dicho sector económico se intenta conciliar la actividad empresarial con la utilidad social¹, dando a cada uno lo suyo², a diferencia de lo que ocurre en la Economía que, a falta de mejor calificativo, llamaremos mercantil.

Dicha superioridad se asienta en criterios que, a falta de mejor denominación, llamaré, con evidente inexactitud, filosóficos o, quizá mejor, axiomáticos, por no necesitar en la mentalidad de sus promotores prueba específica para servir de sustento a lo que se pretende defender o promover en el ámbito de la Economía social. Y ello a pesar de que en los últimos años se ha empezado a trabajar con más rigor en la comprensión de esta vertiente de la actividad económica, con planteamientos de orden técnico-jurídico de especial interés, tanto en algunos Estados nacionales, como España³, así como en el ámbito de la Unión Europea⁴.

¹ Así, acertadamente, J. ALCALDE SILVA, «El marco jurídico de la Economía social en Chile: configuración actual y perspectivas», *CIRIEC-España*, 25, 2014, p. 6. Véase, en la doctrina española, M. PANIAGUA ZURERA, *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Madrid, Marcial Pons, 2011, especialmente pp. 81-102.

² De acuerdo con uno de los enunciados (*suum cuique tribuere*) contenidos en los *tria iuris praecepta* de Ulpiano.

³ Además de las numerosas normas particulares existentes entre nosotros en el ámbito de la Economía social, hay que mencionar aquí la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía social (en adelante, LES), cuyo art. 4 enumera unos «principios orientadores»

2. El ánimo de lucro como criterio (equivocado) de diferenciación

Quizá sea el consabido «ánimo de lucro» el factor que, de manera tradicional pero también relevante en nuestros días, se utilice con más frecuencia para diferenciar nítidamente las entidades de la Economía social de las que son propias de la Economía mercantil. Y esa distinción, como suele repetirse, con un cierto exceso mecanicista, consiste en que las primeras carecerían de ánimo de lucro en tanto que para las segundas representaría un elemento de identificación causal. En apoyo de esta idea puede aducirse lo que todavía afirma el art. 116 CCo a propósito del «contrato de compañía», al comienzo de la regulación general de las sociedades mercantiles contenida en dicho cuerpo legal.

Sin entrar en un asunto que ha hecho derramar ríos de tinta, esa formulación es hoy insostenible por diferentes razones⁵. Y aunque haya

que habrán de inspirar el funcionamiento de las entidades de Economía social. Tales principios son: *a)* Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social. *b)* Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad. *c)* Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad. *d)* Independencia respecto a los poderes públicos».

⁴ No podemos entrar aquí en el análisis de lo que cabe entender por «Economía social», dada la abundancia bibliográfica al respecto y la reiteración, en demasiadas ocasiones excesiva, que se observa entre quienes cultivan o pretenden cultivar esta materia. A fin de dejar sentadas unas premisas seguras, me limitaré a transcribir la amplia descripción que de la Economía social, a través de las empresas que en ella actúan, formuló la Comisión europea en su informe de octubre de 2011, precisamente titulado «Iniciativa a favor de las empresas sociales» (Social Business Initiative-SBI). En tal sentido se afirma que la empresa social «es una entidad legal establecida bajo normas de Derecho privado e independiente del Estado y cualquier otra Administración pública, que tiene un exclusivo o, al menos, prevalente propósito de comunidad o interés general, y está sujeta a una restricción o al menos parcial sobre el beneficio a distribuir, y más generalmente está sometida a reglas específicas sobre la distribución de beneficios y activos a lo largo de la vida de la sociedad, incluso en liquidación y en caso de pérdida de la calificación de empresa social». Sobre el estado de los trabajos en la Unión en materia de empresa y Economía social, véase E. MORENO SERRANO, «Informe de la Unión Europea sobre un estatuto europeo para la empresa social», *RdS*, 51, 2017, pp. 373-375.

⁵ No hace falta, en el marco de esta ponencia, detenerse detalladamente en el análisis de esas razones. Bastará con mencionar, de un lado, la tradicional aceptación en nuestro Derecho de sociedades de capital del principio de mercantilidad por razón de la forma (art. 2 LSC); de otro, hay que referirse al predominio en la doctrina española del

autores que la siguen manteniendo, en las dos vertientes de la actividad empresarial a las que prestamos atención, puede darse por ampliamente mayoritaria la idea de que el ánimo de lucro, como propósito causal subjetivo, no es ya un elemento delimitador de las sociedades mercantiles en sentido pleno, aunque resulte «natural» su presencia en la inmensa mayoría de tales entidades.

A la vez, las entidades de Economía social, como sujetos activos en el mercado, persiguen en su actividad empresarial el mejor resultado económico posible, lo que, quizá con cierta paradoja, permitiría decir que poseen «ánimo de lucro», no obstante lo afirmado en ciertas normas relativas a algunas de ellas (por ejemplo, en materia de fundaciones, el art. 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones).

No debe sorprender que ese «propósito de ganancia ilimitada» caracterice a unas y otras; la verdadera diferencia no se encuentra, por tanto, en el resultado de la explotación empresarial, que todas ellas aspiran a maximizar dentro de sus respectivas posibilidades, sino en la utilización del mismo, cuando, obviamente, sea positivo. La diferencia entre las entidades mercantiles y las de Economía social residiría, entonces, en que en las primeras se trata de una ganancia repartible, sin perjuicio de las necesarias atenciones establecidas al efecto por la legislación societaria; en las segundas, por el contrario, nos encontramos ante un resultado positivo que no es susceptible de reparto y ha de ser empleado, por tanto, en las finalidades y propósitos señalados por la legislación específica de cada entidad de Economía social⁶.

Es pues el denominado *non distribution constraint* el auténtico elemento diferenciador (con matices en los que no podemos entrar ahora) de la Economía social frente a la Economía mercantil y no el ánimo de lucro tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente.

«concepto amplio» de sociedad del que estaría ausente, como criterio general, el ánimo de lucro. La delimitación, entonces, del entero fenómeno societario se asienta en los dos conocidos requisitos del origen negocial y la promoción entre los socios de un fin común, de acuerdo con lo que resulta usual en los principales países de nuestro entorno. Este planteamiento, como es sabido, permite integrar en el Derecho de sociedades, como singular categoría jurídica a supuestos específicos de la Economía social que cumplan los dos requisitos indicados, como sucede, de manera especialmente relevante, en el caso de la (sociedad) cooperativa. Sobre todo ello, véase, por muchos, J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, pp.

⁶ No muy diferente es el caso de las empresas públicas, donde también cabe reseñar, en el sentido tradicional del término, la ausencia de ánimo de lucro, sin perjuicio de que hayan de actuar en el mercado con arreglo a criterios de economicidad y eficiencia; al respecto, últimamente, F. LEÓN SANZ, «La responsabilidad en las sociedades mercantiles estatales», en A. EMPARANZA SOBEJANO (dir.), *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 306.

3. La necesidad de superar la «mentalidad defensiva» de la Economía social

La nitidez de este elemento distintivo de la Economía social, cuyo relieve no se puede minimizar, no debería ser un obstáculo para el objetivo pretendido con el presente trabajo. Es más, si nos movemos en el terreno organizativo, en la vertiente estructural de las entidades de la Economía social y nos detenemos con detalle en el análisis de su particular regulación, que es lo que, de manera sintética, aspira a conseguir nuestro estudio, encontraremos razones bastantes y suficientes analogías para el tratamiento conjunto que el título de la ponencia intenta reflejar.

No debe olvidarse que, al margen de la importante diferencia señalada, quien quiera desarrollar una actividad empresarial en el mercado encuentra una serie de modelos disponibles en el ordenamiento jurídico, donde al lado de las clásicas opciones mercantiles comparecen distintas entidades de Economía social. El mejor y más desarrollado tratamiento normativo de las primeras no reduce la disponibilidad de las segundas, si bien muestra el distinto paso de unas y otras a la hora de configurar modelos adecuados para afrontar los retos que plantea el mercado globalizado de nuestros días. Es hora, por tanto, de pensar en términos amplios y no limitarse a repetir tópicos del pasado, temiendo la sanción por herejía que la formulación de orientaciones innovadoras podría acarrear. Desde el punto de vista jurídico, una de esas ideas innovadoras es la que la presente ponencia formula y pretende desarrollar, dentro, claro está, de los límites que le corresponden. Con esta orientación, a mi juicio, podrá superarse la mentalidad defensiva.

II. APUNTE SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Sobre la base de este planteamiento, no parece dudoso afirmar que el Derecho de sociedades, como expresión sintética de la ordenación jurídica relativa a las entidades insertas en lo que venimos llamando sistema de Economía mercantil, es una categoría jurídica bien estructurada, con amplia tradición, legislativa, doctrinal y jurisprudencial, y con una realidad presente a la vez global y de detalle. Su conversión en categoría jurídica homogénea se produce, si se la observa con perspectiva comparada, precisamente en el siglo xx, una vez concluido, con la creación de la sociedad limitada a finales del siglo anterior; el repertorio de figuras *generales* que todavía encontramos en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos.

La citada homogeneidad se acentúa, incluso, en determinados espacios territoriales, como, entre nosotros, el definido por la Unión

Europea, como consecuencia de la importante labor de armonización normativa llevada a cabo en su seno, sin perjuicio de la creación de figuras societarias de Derecho europeo, a imagen y semejanza de las existentes en el repertorio de los Estados miembros. Es necesario advertir, con todo, que esa armonización normativa no se refiere al conjunto de las figuras generales de sociedad mercantil sino que aparece concentrada en las sociedades de capital y, más específicamente, en la sociedad anónima (con la aposición de la comanditaria por acciones, de muy desigual importancia en el panorama europeo).

Subsisten diferencias significativas en el Derecho de la Unión Europea respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, las cuales, sin embargo, no impiden comprender la diversidad de tratamiento en los Estados miembros por la comunidad de conceptos y técnicas existentes en el Derecho de sociedades; al fin y al cabo, su carácter híbrido arroja sobre ella el caudal de conocimientos ya existente sobre las sociedades de personas y la anónima como exponente principal de las sociedades capitalistas.

El sector de la Economía social, en cambio, muestra una imagen bien diferente si, como procede en esta ponencia, lo observamos desde la vertiente jurídica. Es notoria, desde luego, su mayor juventud, pues el antecedente más remoto ha de situarse en las sociedades cooperativas que se constituyen desde el último tercio del siglo XIX, cuando las sociedades mercantiles, a falta de la limitada, surgida precisamente en esa época, eran portadoras, como acabamos de decir, de una larga trayectoria.

Y más joven que sus distintas figuras (de las que luego hablaremos) es todavía la categoría misma que la integra, la Economía social, denominación relativamente reciente que no ha terminado por ello de perfilar con nitidez sus caracteres, al tiempo que muestra una presencia desigual entre los distintos Estados, con posición principal en los Estados del sur de Europa y también de algunos países americanos. La progresiva atención prestada a la Economía social por la Unión Europea puede contribuir, con todo, a paliar esa desigualdad de implantación.

Más importante, con todo, que la juventud de la categoría y de buena parte de sus figuras, así como la imprecisión que de todo ello deriva, es su insuficiente, cuando no defectuoso, entramado conceptual. Podría pensarse que esta carencia fuera un nuevo efecto de la juventud de la categoría, algo repetidamente observado en tantas cuestiones de orden intelectual o, quizá mejor, institucional. En mi opinión, sin embargo, la cuestión es otra o, quizá mejor, el problema reside en otro lado; tiene que ver, desde luego, con una circunstancia ya advertida con anterioridad, cual es la frecuente tendencia a situarse por los protagonistas o estudiosos de la Economía social en una esfera de superioridad valorativa respecto de la Economía mercantil. Como he advertido, este planteamiento es, más bien, la consecuencia de la predominante mentalidad defensiva

existente en el sector; que se ve forzado a recurrir a esa ventaja *moral* frente a la, al menos aparente, mayor eficiencia del ámbito mercantil⁷.

III. LA TESIS SOSTENIDA EN LA PRESENTE PONENCIA Y SU RELIEVE PARA LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL

1. Enunciado: el Derecho de sociedades como factor de corrección y consolidación de la Economía social

En lo que al Derecho se refiere, es cierta la muy reciente existencia de un Derecho de la Economía social formado a toda prisa sobre la base de las principales figuras que se reclaman de sus principios inspiradores, en buena medida conseguidos por la generalización de los caracteres de una de sus entidades características: la sociedad cooperativa. Esta figura, como sabemos, disfruta de una gran tradición y acumula la mayor parte de los esfuerzos, reguladores, por supuesto, pero también «constructivos», desde un punto de vista dogmático, dedicados al tratamiento de la Economía social.

Así se advierte, desde luego, en la LES, si bien esa tendencia también es común a otros ordenamientos, buena parte de los cuales todavía no han logrado aprobar una norma legislativa equivalente⁸. Se podría hablar, por ello, de serios defectos en la política legislativa relativa a la Economía social; pero también y sobre todo esos defectos se manifiestan en la correspondiente política jurídica, pues aquí es donde reside, a mi juicio, el verdadero meollo de la cuestión. En tal sentido, a él se dirige

⁷ Cuestión, por otra parte, discutida desde el propio sector de la Economía social o, más precisamente, desde su vector más relevante, como es el cooperativismo. Pueden verse, en tal sentido, las declaraciones del actual presidente de la Alianza Cooperativa Internacional, el argentino Ariel Guarco, a la revista *Compartir*, bien conocida en el mundo sanitario, como acreditada expresión del cooperativismo en dicho sector. Así, en su número 110 (abril, mayo y junio de 2018), señala el Sr. Guarco (p. 17) que «el cooperativismo reúne dos cualidades que en otros modelos se han desintegrado o que, en muchas ocasiones, ni tan siquiera existen. Hablamos de la eficiencia económica y de la responsabilidad social. Eso es así porque, como decimos habitualmente, no son empresas que operen en el mercado a la búsqueda del beneficio y porque, sobre todo, llevan a cabo acciones solidarias para mostrar que hacemos alguna cosa por nuestras comunidades». Al margen de lo que pueda pensarse de tal opinión, resultan de interés estas declaraciones porque de manera palmaria se acentúa que las cooperativas (y por extensión, podríamos decir, todas las entidades de la Economía social) son empresas que operan en el mercado, circunstancia esta que presupone o debería presuponer su sometimiento al Derecho del Mercado, tal y como se postula en el caso de las empresas mercantiles.

⁸ De notorio interés, a este respecto, es el caso de Chile, donde se aspira desde hace años a elaborar una Ley general de la Economía social, propósito todavía no conseguido a pesar de la seriedad de los esfuerzos destinados a tal fin (cfr., al respecto, J. ALCALDE SILVA, «El marco jurídico de la Economía social en Chile: configuración actual y perspectivas, cit., *passim*).

la presente ponencia y en ese ámbito se inserta, en lo esencial, la *tesis* que la inspira, la cual, dicho de manera extraordinariamente sintética, es esta:

«El Derecho de sociedades puede y debe ser el factor de corrección de la insuficiencia mostrada por el Derecho de la Economía social, como categoría general, desde luego, pero también en lo que se refiere a la regulación y tratamiento de sus diferentes entidades componentes».

2. Coda: hacia la «mutua fecundación» de la Economía social y la Economía mercantil

Pero, como se dice en el mundo musical, a dicha tesis se le añade de inmediato una *coda*: la propuesta planteada sugiere una relación de dependencia entre Economía social y Economía mercantil desde el punto de vista jurídico, lo que, sustancialmente, no es falso, porque el Derecho de sociedades aporta lo que el Derecho de la Economía social no tiene: estructura y técnica⁹. Pero la relación entre ambas magnitudes no es, no ha de ser, meramente unilateral, en la línea de dependencia indicada, sino que también permite y ha de permitir una «mutua fecundación», aunque, por el momento, sea todavía asimétrica.

Con todo, el camino inverso, desde la Economía social a la Economía mercantil, al aquí trazado como «motor» de esta ponencia se ha empezado a recorrer en diversos terrenos. Quizá uno de los más significativos se sitúe, en los últimos años, dentro del decisivo asunto de la tipología societaria, gracias a la admisión expresa en numerosos ordenamientos de figuras societarias concebidas al servicio, en todo o en parte, del interés general¹⁰. De menor alcance, pero igualmente desta-

⁹ No se nos oculta que la tesis aquí sostenida puede resultar, en una primera aproximación, enteramente paradójica. Al fin y al cabo, se viene a decir que el Derecho relativo a la realización de actividades empresariales con ánimo de lucro (por seguir la terminología tradicional; véase *supra* I, B) serviría para la creación del Derecho propio de la actividad empresarial realizada sin ánimo de lucro (extraño síndrome de Estocolmo). Como se verá enseguida, nada hay de extraño en la hipótesis, pues en cuanto intentemos hacer operativa, desde el ámbito jurídico, la idea de Economía social, el Derecho de sociedades asomará de inmediato la cabeza.

¹⁰ El fenómeno descrito en el texto tiene que ver con la «explosión» tipológica característica de las últimas décadas (al respecto, por muchos J. M. EMBID IRUJO, L. NAVARRO MATAMOROS y J. OVIEDO ALBÁN (dirs.), *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2017), si bien alcanza menor entidad que algunas de las nuevas figuras societarias, como puede ser, sobre todo, la sociedad por acciones simplificada (que ha iniciado un recorrido exitoso por distintos ordenamientos jurídicos iberoamericanos, y cuya presencia había sido postulada hace ya tiempo entre nosotros mediante la creación de una sociedad limitada simplificada). Entre nosotros, se ha postulado la traslación de los principios informantes de dicha figura, sobre todo en su versión francesa, a fin de configurar una sociedad de responsabilidad limitada «simplificada» en

cado, es el enriquecimiento de algunas vertientes del moderno Derecho de sociedades, como la relativa a la ordenación jurídica de los grupos, merced a la contribución de ideas y experiencias derivadas de supuestos concretos de integración económica protagonizados por entidades de la Economía social.

Por último, sin una clara apreciación jurídica, pero con importante significado en nuestro tiempo, hay que destacar la asunción por la Economía mercantil de orientaciones novedosas, como la relativa a la responsabilidad social de la empresa, que tienen su originario ámbito de radicación en la Economía social y que ha empezado a producir una evolución relevante en la organización y funcionamiento de algunas de sus entidades más destacadas, como las sociedades cotizadas.

Con todo, y según habrá ocasión de explicar, buena parte de las aportaciones de la Economía social a la Economía mercantil, desde la perspectiva jurídica que aquí nos interesa, se sitúan, sobre todo, en el terreno de los principios, de manera, en ocasiones, un tanto imprecisa.

3. Metodología de tratamiento

Los temas implicados en o derivados de la tesis enunciada, con la coda que se acaba de exponer, son ciertamente numerosos y su tratamiento doctrinal plantea dificultades considerables. Como el presente trabajo es, meramente, una ponencia introductoria a una reunión donde se abordarán temas específicos en el marco de los dos asuntos centrales que aquí nos ocupan, intentaré evitar los dos caminos, a mi juicio desacertados, que planean de manera inquietante sobre este tipo de exposiciones: el primero es el de *hablar en general*, sin moderación o freno alguno, con lo que resulta muy difícil llegar a resultados tangibles; el segundo, en cambio, aspira a analizar un amplio elenco de *temas concretos* susceptible de adecuarse bien, en principio, al carácter introductorio de la ponencia, sin perjuicio de que la excesiva concreción del estudio llevado a cabo con tal criterio termine ofreciendo resultados de limitado valor.

el ordenamiento español (en tal sentido, L. NAVARRO MATAMOROS, *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Granada, Comares, 2009, pp. 225-228 y 276). No parece necesario decir que esta propuesta no se ha visto coronada por el éxito, y las modulaciones al régimen de la sociedad limitada incorporadas al ordenamiento jurídico español (la sociedad limitada nueva empresa y la sociedad limitada de formación sucesivas) resultan ajenas al propósito pretendido con la sociedad limitada simplificada. Desde el punto de vista de la Economía social, podría ser interesante reflexionar sobre las posibilidades de, por ejemplo, una sociedad cooperativa simplificada. Al margen de la necesidad de precisar en qué consistiría esa simplificación, asunto ciertamente complicado, esta idea se enfrenta para su efectivo éxito con la fragmentación legislativa existente en el Derecho de cooperativas dentro del ordenamiento español, de lo que se hablará más adelante.