

PERSONALITAT JURIDICA I ORGANITZACIÓ DE L'EMPRESA (Assaig d'una proposta de política legislativa)

ANTONI FONT I RIBAS

O. INTRODUCCIÓ

En haver acceptat la responsabilitat d'aquesta ponència no em proposo pas d'entrar en el detall de la gran multiplicitat de qüestions que presenta la problemàtica conceptual de les formes societàries i del seu règim jurídic. Em limitaré tan sols a exposar les línies o coordenades bàsiques en el context de les quals hauria de situar-se aquesta problemàtica, amb una finalitat ordenadora i sistemàtica. La correcta solució dels problemes concrets, de cara a una possible reforma de l'ordenació societària, dependrà, però, en bona mesura, de l'encert i de la cura que hom hagi tingut a endreçar els materials amb els quals cal treballar. Ben cert que en aquesta tasca hi influiran valoracions de política jurídica a les quals el legislador no hi és pas ni de bon tros estrany. Però l'èxit o el fracàs de la tasca legislativa cal no imputar-los íntegrament a una determinada valoració ideològica, sino també a l'elecció d'uns instruments que cal esmolar i afinar abans d'encarar-los amb la feina.

Segons el meu parer, el panorama jurídic de les societats comercials presenta tres grans nuclis de qüestions, la solució de les quals emmarca el tractament general de la problemàtica: (i) una primera qüestió de delimitació de les relacions entre la societat anomenada civil i les diverses formes de societats comercials; (ii) una segona, derivada de l'anterior que demana el correcte emmarcat conceptual entre empresa i societat a fi i efecte d'establir-ne el marc organitzatiu adequat; i (iii) un darrer problema que juga un gran paper en aquest catàleg de temes, que es el que fa referència a la limitació de responsabilitat, el seu fonament i la seva funció.

Per al tractament d'aquestes qüestions són molts els criteris que es poden fer servir i, en principi, cap no n'és pas de rebutjable des d'un punt de vista metodològic. Personalment més m'estimo de seguir, però, un criteri que *a priori*

sembli segur i fructífer. L'elecció de la personalitat jurídica —o potser millor, de la subjectivització jurídica— no és pas arbitrària. La reglamentació andorranca de les societats comercials n'ha fet —de forma que ja des d'ara gosaria a qualificar de desencertada— el criteri ordenador i de distinció respecte de la societat civil.

El legislador andorrà, però, no és pas del tot responsable d'aquesta situació. L'error ve de lluny i arrenca ja de la codificació. En la codificació comercial es fonen en un mateix motllo materials heterogenis i de diversa procedència: d'una banda la *societat*, el prototipus de la qual és la societat general de comerciants —avui identificable amb la societat col·lectiva—; i de l'altra, la *corporació*, procedent del dret públic, prototipus de la qual n'és la societat per accions o societat anònima. La fusió en un mateix motllo d'estructures organitzatives diverses té importants conseqüències: primerament, la ruptura de la unitat del tipus contractual —paradoxalment—, el qual admet progressivament múltiples variants (les unes heretades de la pràctica comercial anterior a la codificació, com la societat comanditària, simple modificació de règim de la societat general, i el compte en participació; les altres, fruit de l'evolució de les necessitats d'una economia en expansió com la societat de responsabilitat limitada o els consorcis econòmics, o de fenòmens reactius d'aquesta expansió, com és el cas de la cooperativa i de l'associació mútua d'assegurances.

En segon lloc, l'extensió —per bé que tardana— de la personalitat jurídica a totes les formes societàries fa que s'utilitzi com a criteri ordenador un element que de per si és exclouent d'algunes formes d'organització.

Sistemàticament és o pot ser correcte agrupar sota el mateix concepte estructures organitzatives que ténen en comú el fet d'ésser agrupacions de persones i en aquesta línia és possible de definir la societat (en sentit ampli) com a organització de persones la finalitat de la qual és la promoció d'un interès col·lectiu comú. Però en la mesura que aquestes formes agrupatives disposen —o millor, poden disposar— d'un patrimoni per a l'assoliment dels seus fins, cal primer ordenar la forma i l'exercici de la titularitat col·lectiva. I a tal fi, el dret només coneix dos instruments: (i) la comunitat (en les seves dues variants: per quotes i en ma comuna) i (ii) la persona jurídica. Cal doncs, tenir ben present les dues línies per on discorre la problemàtica: l'una, la regulació de les relacions personals entre els individus (exercici recíproc de drets i accions) i l'altra, la regulació de les relacions patrimonials. La societat (en sentit ampli) té per missió el primer nivell de la problemàtica. Al segon s'hi arriba només mitjançant la tècnica de la comunitat o, alternativament de la persona jurídica. L'extensió de la personalitat jurídica a qualsevol forma o figura societària actua precisament en aquest segon nivell de la problemàtica i és, per tant, incompatible amb l'existència d'una regulació de les relacions patrimonials en règim de comunitat perquè comunitat i persona jurídica són exclouents entre sí. Tècnicament, és doncs, incorrecte, atorgar personalitat a aquelles formes organitzatives que com la societat (en sentit estricte) civil o comercial organitzen les seves relacions patrimonials sota el règim de la comunitat.

Aquestes dues grans conseqüències de la regulació sistemàtica de la codificació tenen el seu apèndix —cadascuna per la seva banda— en dues subconseqüències d'efectes molt importants de cara al discurs que anem a mantenir.

La ruptura de la unitat del tipus contractual i la fusió d'elements heterogenis en un mateix criteri ordenador determina, a més a més de l'aparició d'una multitud de formes societàries admeses pel legislador com a formes "típiques", la neutralitat o "desnaturalització" de les figures inicialment pensades per a l'assoliment d'unes finalitats determinades. La conseqüència immediata n'és la intercanviabilitat de les estructures organitzatives i la necessitat de cercar criteris per tal d'ordenar de nou aquesta matèria. En principi, els criteris de classificació sistemàtica poden ser: (i) el de l'estructura organitzativa de l'ens associatiu, (ii) el de la posició de l'individu en aquest esquema, (iii) el de l'organització de les relacions patrimonials, (iv) la qüestió de la responsabilitat pels deutes socials, i (v) l'objecte econòmic de l'activitat col·lectiva. Però cal tenir present que cap d'aquests criteris és suficient per ell sol; que cap n'és la conseqüència immediata de l'altre; que no s'exclouen recíprocament i que, per tant, la possibilitat de combinacions és múltiple i variada (vegeu una síntesi en el quadre que s'adjunta).

Atesa, però, aquesta gran diversitat de criteris de classificació i per tal de posar ordre a aquest garbuig de formes societàries que no responen d'antuvi a una connexió funcional vers l'assoliment d'una determinada finalitat, s'imposa retornar als orígens i veure dins de quines categories es pot reconduir aquesta gran diversitat de formes, per tal de poder-ne destil·lar els trets essencials, a partir dels quals és possible connectar un règim determinat. Segons el meu parer, només dues són les categories bàsiques: la societat (en sentit estricte) i la corporació. Ambdues responen a models d'organització de les relacions personals i patrimonials radicalment diferents. Però la intercanviabilitat de les estructures que ha dut com a conseqüència la fusió codificadora ha produït una relació de doble sentit en les dues esferes organitzatives: extensió de la doctrina societària (privatització) a les corporacions i generalització de la doctrina de la personificació a les societats (publificació).

QUADRE nº 1

I. Criteri de classificació: organització corporativa o no de l'ens associatiu

SOCIETAT (en sentit ampli)

ASSOCIACIÓ

Associacions registrades
Associacions no registrades
Consortis econòmics
Societat anònima
Societat de responsabilitat limitada
Cooperativa
Mútua
Compte en participació

SOCIETAT (en sentit estricte)

Societat civil
Societat col·lectiva
Societat comanditària simple
Compte en participació

II. Criteri de classificació: vinculació patrimonial

SOCIETAT (en sentit ampli)

societat externa

Persona jurídica

Associació registrada
Consorti econòmic
Societat anònima
Societat comanditària per accions
Societat de responsabilitat limitada
Cooperativa
Mútua d'assegurances

No persona jurídica

amb patrimoni comunitari

societat civil
societat col·lectiva
societat comanditària simple
associació no registrada

societat interna (sense objecte exterior)

sense vinculació patrimonial

compte en participació

III. *Criteri de classificació: en relació amb l'objecte i, mediatament, segons la posició que ocupa l'individu amb respecte del grup*

SOCIETAT (en sentit ampli)

Amb objecte econòmic		Sense objecte econòmic	
Societats de persones (en sentit ampli)		Societats de capitals	
Societats de persones (en sentit estricte)		Societat anònima	
Societat col·lectiva		Societat comanditària per accions	
Societat comanditària		Societat de responsabilitat limitada	
Compte en participació			
Associacions personals (estructura corporativa)			Societat civil
Consortis econòmics			Associació no registrada
Cooperativa			Associació registrada
Mútua			
Compte en participació			

La segona subconseqüència que es deriva d'aquest plantejament és evident: l'extensió i generalització de doctrines que operen en camps diversos d'organització no pot fer-se sense resistència i d'ací que el grau de subjectivització (autonomia) assolit per les formes societàries sigui divers en cadascuna d'elles, de forma que hom pot parlar tranquilament d'una gradació en l'escala de subjectivització. Aquest ha d'ésser precisament el fil conductor de la nostra exposició i que hem d'acceptar com a tesi central al voltant de la qual cal resoldre els diferents problemes d'organització i de règim de les formes societàries.

0.1. *Les relacions entre societat civil i societats comercials*

L'elecció de la personalitat jurídica com a criteri diferenciador entre societat civil i societat comercial és una decisió (desencertada) de política legislativa els fonaments de la qual tenen els seus arrels en la constitució econòmica. Em sembla que no vaig errat de comptes si penso que darrera d'aquesta decisió s'amaga el desig de reservar només determinades formes per a l'exercici d'una activitat empresarial i vedar-ne el seu accés a unes altres. Per tant, el problema és, en primer terme, l'exercici empresarial d'una activitat econòmica. I aquest és, tècnicament, el punt de vista correcte d'abordar la qüestió. Una ullada a la reglamentació de societats andorrana i, si cal també, al dret comparat, ens podrà convèncer fàcilment que el criteri que ha de delimitar l'àmbit d'aplicació de la normativa no és la personalitat jurídica sino el caràcter econòmic empresarial de l'activitat desenvolupada per l'ens associatiu (objecte).

A Andorra hom s'assubjecta encara a l'antiga idea anterior a la codificació que la societat col·lectiva és la *societat general de comerciants*. Això vol dir, d'una banda, que la societat col·lectiva no és més que l'aplicació en el sector que podriem anomenar comercial (delimitat per la participació en el mercat d'una unitat productiva o de serveis organitzada) de la categoria general societat (en sentit estricte) o, si es vol, de la societat civil. L'aplicació d'aquesta estructura en el sector del tràfic econòmic empresarial comporta la modificació de dues regles importants: l'administració i la responsabilitat, però la resta del règim jurídic roman invariable. Per tant, la contraposició lògica, des d'un punt de vista estructural, no pot ser pas societat civil/societat comercial (col·lectiva), sino societat, corporació i és per d'entre aquests dos cossos per on hauria de passar la línia divisòria de la personalitat. Fer-la passar entre societats amb objecte econòmic i amb objecte no econòmic, a més de ser tècnicament incorrecte, no assoleix els resultats que hom pretén d'abastar des d'un punt de vista constitucional econòmic.

I això és així perquè atesa la intercanviabilitat funcional de les estructures societàries és possible de dedicar —i la praxi societària del dret comparat així ho demostra— estructures jurídic-societàries inicialment pensades per a l'exploatació d'una activitat econòmica a activitats que no tinguin ni gens ni mica de relació amb l'exercici professional d'aquesta activitat (p. ex., societats anònimes per a la promoció de la cultura) o bé a l'inrevés: el supòsit actual de la realitat andorrana d'utilització de la societat civil particular amb clàusula fiduciària per a l'exercici de l'activitat empresarial.

Si acceptem que la societat col·lectiva és la societat civil aplicada al sector comercial, tal i com l'hem definida abans, caldrà, en primer terme, que ens preguntem per la funcionalitat d'aquesta aplicació. La resposta crec que és ben senzilla: el sotmetiment de l'exercici de l'activitat empresarial a un sistema més eficaç d'administració i garanties que el que subministra el règim general de la societat (en sentit estricte). El mecanisme de la responsabilitat il·limitada i solidària dels socis pels deutes "socials" (millor dit, col·lectius) és del tot imprescindible.

ble en un moment històric que desconeix el mercat de garanties. La responsabilitat il·limitada i solidària és l'únic instrument que fa possible en aquest moment la garantia del crèdit. És per això que l'exercici col·lectiu d'una activitat econòmica professional organitzada exigeix el sotmetiment a una regla especial. I aquesta regla, precisament pel seu caràcter excepcional té la funció de servir de règim general a totes les manifestacions associatives que es produeixen en el sector econòmic delimitat per la participació autonòmo-privada en el mercat.

Això vol dir que si es "personifica" la societat col·lectiva, tot somentent-se en el règim de personificació al mateix sistema de concessió que les corporacions —tal i com ho fa la reglamentació andorrana—, aquesta deixa d'ésser el règim general de la societat en el camp comercial i, per tant, els fenòmens associatius que es desviïn dels models personificats caldrà sotmetre'ls al règim general-general —el de la societat (en sentit estricte)— amb la conseqüència de fer entrar en vigència —pel què fa a les qüestions no regulades en el pacte o contracte social— unes normes —puix que no n'hi ha d'altres— sobre administració i responsabilitat que històricament ja s'han mostrat força inconvenients.

Voler sancionar amb la nul·litat aquesta fugida és utòpic i il·lusori. Els efectes *ex tunc* de la nul·litat d'una societat perjudiquen no tan sols els propis socis, sino també els creditors que s'ha volgut protegir. La norma és antieconòmica: destrueix més riquesa de la que crea el resultat afagit del producte de l'activitat econòmica, deduïts els possibles danys i, a més a més, té uns costos elevadíssims (pensem en el cost que suposa tornar les coses a l'estat anterior de la sanció de nul·litat). D'altra banda no evita que es continui utilitzant la forma de la societat civil particular —o fins i tot d'altres fórmules associatives— per a l'exercici d'una activitat econòmico-empresarial organitzada, per tal com d'aquesta manera s'escapa al control governatiu i s'asseleixen resultats semblants a la limitació de responsabilitat. La porta al frau és evident, i els resultats, contraris als que el legislador pretén amb la introducció de la mesura. Cal tenir ben present que la societat (en sentit estricte) és tan sols una tècnica d'organització de les relacions personals entre els socis, però que, indirectament, en la mesura que es constitueix un patrimoni col·lectiu sota la falsilla de la comunitat, regula (o pot regular) també

Figura 1

A > A'—B, essent, en principi, A = A', i
 A, la riquesa destruïda
 A', la riquesa generada, i
 B, els danys

relacions patrimonials. Aquest règim està sotmès al principi d'autonomia de la voluntat i, per tant, res no impedeix la constitució voluntària i autònoma de patrimonis amb titularitat col·lectiva sense personalitat i afectes a l'explotació d'una activitat empresarial.

Una altra cosa, ben diferent, és que la constitució econòmica andorrana actui una mena de "control selectiu" sobre l'accés dels subjectes al mercat. Però aquest tema és totalment una altra qüestió que, només tangencialment guarda relació amb la personalitat jurídica.

1. LA PERSONALITAT JURÍDICA COM A TÈCNICA D'ORGANITZACIÓ DE LES TITULARITATS COL·LECTIVES I DE LIMITACIÓ DE RESPONSABILITAT

Abans hem fet esment de la funció de la personalitat jurídica com a tècnica d'organització patrimonial per tal de diferenciar els dos plans d'organització de la tècnica societària. Ara s'imposa examinar amb una mica més de cura l'abast d'aquest instrument en relació amb d'altres possibles formes d'organització.

1.1. Els diferents instruments tècnics d'organització de titularitats col·lectives

Deixant de banda el supòsits on no hi ha purament una titularitat col·lectiva (patrimoni d'afectació, destinació fiduciària) sino tan sols una procedència múltiple o col·lectiva dels cabdals que l'integren, amb una titularitat única, el dret només coneix dues formes d'organització, tal i com hem fet referència en la introducció d'aquesta ponència: la comunitat i la persona jurídica. Anem a veure amb una mica més de detall la funcionalitat d'aquestes tècniques.

1.1.1. La comunitat

És la forma tradicional de resoldre una titularitat col·lectiva. Però no organitza la titularitat de manera que se'n pugui desprendre un funcionament dinàmic, sino que està destinada a resoldre tan sols els problemes que resulten de les facultats de disposició (en sentit no tècnic) individuals sobre una cosa que pertany en comú a una pluralitat de titulars (Girón Tena). Així, per exemple, la norma codificada que estableix els límits de les facultats del copropietari (cotitular) en l'ús de la cosa sobre l'interès de la col·lectivitat i l'interès individual de cada un dels cotitulars (art. 394 del Codi civil espanyol i § 743 del BGB) és una regla que respon a aquesta idea: cal conservar la cosa i cal permetre que tots se'n puguin servir. Sobre aquesta base es construeix el seu règim jurídic: contribució proporcional a les càrregues d'administració i conservació (art. 393 del Codi civil espanyol i § 748 BGB), exigibilitat recíproca de les despeses d'administració i conservació (art. 397 del Codi civil espanyol i § 745, III BGB).

Ara bé, atès que la titularitat col·lectiva és o pot ser una font de problemes pel que fa a la utilització de la cosa, es fa necessari completar la regulació descrita amb la possibilitat de dividir la cosa (art. 400 Cciv.; §§ 749, I i 752 BGB) o de liquidar-la (art. 404 Cciv. i § 753, I BGB) o, alternativament, d'alienar la quota per tal com la propietat col·lectiva no resol ni de bon tros les qüestions derivades de l'explotació econòmica d'un bé i cal, per tant, retornar a la titularitat indivi-

dual (fraccionada o no), molt més rendible i menys limitada.

És evident que sota aquestes coordenades no es pot organitzar la titularitat (col.lectiva) d'una activitat econòmica més o menys duradora. Cal una afectació dels béns (del patrimoni) a l'assoliment d'una finalitat metaindividual i per això, tot i sobre les bases de la titularitat col.lectiva, cal, però, modificar-ne algunes regles. La codificació pren per base la idea de la comunitat (arts. 1859 i 1872 del Codi de Napoleó; art. 1695 del Cciv. concordant amb els arts. 394, 395 i 397 del mateix codi, i art. 1708 del Cciv. en concordància amb l'art. 406 del mateix codi), però tot seguit organitza la titularitat sobre pressupòsits diferents que fan possible l'afectació: creació d'un patrimoni social sense quotes de titularitat, és a dir, d'afectació (arts. 1832 i 1845 del Codi de Napoleó; arts. 1665 i 1681 del Cciv.; § 718 BGB), indisponibilitat de la quota (art. 1861 del Codi de Napoleó; art. 1696 del Cciv.; § 719 BGB) i exclusió de l'*actio communi dividundo* (arts. 1869/1871 del Codi de Napoleó; arts. 1705 i 1707 del Cciv.; § 723 BGB). El resultat és una cotitularitat sobre un patrimoni i no pas una copropietat sobre determinats béns individuals en concret. En la mesura, però, que el cotitular no pot disposar de la seva quota, la seva posició esdevé estable, el patrimoni s'afecta duradorament a una vinculació col.lectiva (§ 719 BB) —l'assoliment d'una finalitat comuna— mitjançant la distinció entre deutes comunitaris i deutes personals del soci i la prelación de cobrament dels primers respecte dels segons sobre el patrimoni col.lectiu, es produeix una certa desvinculació patrimonial respecte de les persones que en són cotitulars (arts. 1669 Cciv. i § 733 BGB), la qual cosa facilita i fa possible també l'assoliment esmentat. La desvinculació abasta el seu grau més elevat en la societat col.lectiva, on mitjançant la introducció d'una norma processal (art. 237 del Codi de comerç espanyol i § 124, II HGB) s'afecta primerament el patrimoni social al compliment dels deutes col.lectius, jugant la responsabilitat solidària i il.limitada dels socis un paper substitutori, fins allà on no pugui arribar la cobertura patrimonial del capital d'explotació.

El règim codificat de la societat és, doncs, en l'esfera de les relacions patrimonials, el règim de la comunitat, i més concretament el de la comunitat en mancomú. La societat és la font (contractual) de la qual en treu el seu origen i s'expressa formalment la comunitat (vegeu art. 392 Cciv.). O si es vol, la societat és l'acte de creació contractual d'una comunitat duradora.

Aquest tipus de comunitat funcional s'explica per dos factors: o bé perquè cal assegurar la continuació d'una explotació econòmica amb una pluralitat de successors o partícips interessats (explotació familiar) o bé perquè cal sumar esforços per tal de poder fer rendible l'explotació individual (principi cooperatiu: *gemeinsam werden wir stärker*). En ambdós casos l'explicació econòmica del fenomen resulta d'una anàlisi del càlcul de costos/beneficis que dona com a resultat una progressió econòmica per damunt de la simple addició de participacions o negocis individuals, la qual cosa augmenta la perspectiva de guany del partícep i "motiva" el seu ingrés o la seva permanència en la comunitat (economia en escala).

Figura 2

$$\text{si } r x = i, \frac{r x}{n} > i, \text{ aleshores } \frac{r x}{n} > r x$$

on, r representa la possibilitat de risc o de fracàs (variable)
 i representa l'interès legal del diner
 n representa el nombre de socis

(Com més gran és el nombre de socis més es comprimeix el factor risc i per tant, la perspectiva de guany és més gran, tot i que després calgui repartir).

Però per tal d'assolir aquest resultat cal una modificació (primera) de l'estructura del seu dret de propietat: el partícep no pot disposar de la quota ni demanar-ne la partició. A canvi, però, pot impedir que els altres ho facin i d'ací que servi en les seves mans les facultats d'administració, la qual s'organitza de dues maneres: conjuntament, amb participació necessària de tots els partíceps (art. 1.858 Codi de Napoleó; art. 1.694 Cciv.; i § 709 BGB) o disjuntament —cada partícep amb facultats absolutes d'administració, però amb dret d'oposició dels altres— (arts. 1.857 i 1.859 del Codi de Napoleó; arts. 1.693 i 1.695 Cciv.; § 711 BGB; art. 130 Cco. i § 115 HGB, aquest darrer, però, només referit als socis-administradors).

El que cal, però, és subratllar la vinculació del patrimoni col·lectiu a una activitat comuna i a la responsabilitat derivada d'aquesta activitat. Les relacions patrimonials s'organitzen d'una forma relativament senzilla: facultats conjuntes d'administració que suposen una petita modificació de l'estructura del dret de propietat. Però en la mesura que els socis són cotitulars d'un patrimoni col·lectiu, en l'esfera de les relacions amb els tercers aquest dret roman invariable. Per això responen els socis, per bé que la regla lògica hauria d'haver estat la solidaritat i no pas la parciarietat, tal i com ho fa el § 733 BGB en relació amb el § 421 BGB i, en general, totes les legislacions comercials. La vinculació del patrimoni només és conseqüència de la imputació del deute col·lectiu que ha estat contret conjuntament pels socis personalment o mitjançant mecanismes de representació (art. 1.859 del Codi de Napoleó i article 1.695, I Cciv.).

1.1.2. La persona jurídica

La persona jurídica és una forma tardana de regulació de les relacions patrimonials col·lectives. La seva aparició en el dret privat es contemporània a la codificació i procedeix d'àrees pertanyents a allò que la classificació racionalista considerarà dret públic. La seva creació no s'esdevé mitjançant un instrument contractual com és el cas de la comunitat, sino per un acte de sobirania. És l'Estat (el poder públic) mitjançant un acte particular de concessió o general per a determinades categories d'actes o subjectes qui atorga aquest privilegi que el pertany únicament i originàriament (vegeu art. 1.943 de l'Avantprojecte belga (Laurent) i art. 47 de l'Avantprojecte espanyol de codi civil en el capítol relatiu a les societats).

La concessió d'aquest privilegi té com a principal conseqüència la creació d'un patrimoni de destinació o afectació —similar a la *universitas* romana, d'on arrenquen les seves arrels llunyanes— per a l'assoliment d'uns fins determinats. Només l'Estat i les corporacions eren capaços —per motius financers i tributaris— d'erigir aquests patrimonis especials. Per tant, només ells poden transmetre la possibilitat de fer-ho, mitjançant un acte de concessió. La conseqüència més important és la destinació única i exclusiva dels mitjans financers previstos per a l'assoliment d'un fi amb exclusió de qualsevol altres, és a dir, amb limitació de responsabilitat al patrimoni d'afectació (Savigny).

Però el que cal destacar ací no és tant aquest efecte —importantíssim— de la concessió de personalitat com la forma d'organització d'aquest patrimoni. En la corporació només llunyanament es pot parlar de cotitularitat sobre un patrimoni. Els seus membres, també només llunyanament poden influir en la disposició del patrimoni perquè l'organització adoptada és la pròpia de l'organització política: una instància bàsica de participació i una instància de decisió i execució.

A aquest esquema d'organització s'ajusta la societat per accions o societat anònima, instrument de privatització de la persona jurídica en la mesura que la codificació l'assimila a les formes societàries conegudes en aquell moment. La seva fundació s'esdevé per un acte de sobirania —la concessió— mitjançant el qual és permès als seus fundadors de reunir cabdals per afectar-los a un fi. La seva justificació és el servei a una causa d'interès públic o la promoció pels propis poders públics d'una determinada activitat. Aquesta idea romandrà tot al llarg del segle XIX ben bé fins a les seves acaballes (vegeu el Codi de comerç neerlandès, la llei espanyola sobre societats mercantils per accions del 28 de gener del 1848, la llei prussiana de societats per accions del 9.11.1843 i la Instrucció també prussiana de 22.4.1845). La organització de les relacions patrimonials segueix el patró de la corporació, per tal com la prossecució d'una finalitat pública no és concebible en la lògica del mercantilisme fora de les corporacions.

Amb això s'esdevé un canvi fonamental en la posició del "soci". De coparticipi o cotitular (*Teilinhaber*) d'un patrimoni o d'una relació patrimonial esdevé tan sols "membre" d'una corporació (*Mitglied*). Les seves facultats de decisió i disposició sobre el patrimoni es veuen limitadíssimes com a conseqüència de l'adopció d'una estructura corporativa. El seu dret de propietat ha sofert una nova modificació: a canvi de la seva participació en un patrimoni d'afectació renuncia al dret a administrar i a disposar-ne (*Demsetz*), tot canviant les seves facultats de *dominus* per les de membre d'una organització regida pels principis de majoria. La solució no pot ser d'altra manera si no es volen fer impossibles les adopcions dels acords, els costos de transacció dels quals esdevindrien prohibitius (Posner).

La persona jurídica, ben a l'inrevés de la comunitat, no pretén de resoldre els problemes de concurrència de titularitats individuals en un patrimoni col·lectiu, sino d'organitzar la titularitat (col·lectiva) de les relacions patrimonials de

cara a fer possible l'afectació al fi de forma duradora. Per a això seria suficient el patrimoni en mà comuna, però atès que el soci limita la seva responsabilitat en la mesura que cedeix a un tercer les facultats d'administració, tot modificant el dret de propietat, el soci ja no pot controlar (directament) els efectes de la gestió sobre el patrimoni i per això cal permetre'l de poder fugir de la corporació, sense però desafectar (parcialment) el patrimoni a la finalitat a la qual està destinat. En el cas de la societat per accions, la incorporació de la posició de soci a una quota representada en un títol negociable ho fa possible. L'entitat esdevé insensible a les alteracions o canvis de socis i per això no cal l'acreixement de les quotes en el supòsit d'exclusió o sortida de socis, tal i com s'escau en la comunitat (art. 1.862 del Codi de Napoleó; art. 1.704 Cciv.; § 738 BGB).

Per tant, en l'àmbit de les relacions amb els tercers no hi ha deutes —ni responsabilitat— dels socis ni de la doble comunitat —patrimonial i personal— sino tan sols del patrimoni "personificat". El patrimoni, inicialment capital d'exploració, esdevé capital de responsabilitat. L'afectació a un fi i la desvinculació dels socis han fet possible aquest resultat. Les relacions patrimonials s'organitzen, doncs, d'acord amb un esquema propi i autònom, tot superposant a les inicials relacions de participació un aparell organitzatiu que fa presentar l'entitat com una unitat plena: el patrimoni s'afecta a un fi i el resultat de l'activitat per assolir-lo cal imputar-lo exclusivament al patrimoni (vegeu art. 279 del codi de comerç de Sáinz de Andino). El dret de propietat del soci-particip ha resultat tan afeblit, que mancat de facultats de disposició, només llunyanament serva un parentiu amb la cotitularitat, de "particip" ha esdevingut "soci". No és pas més propietari (titular) d'un patrimoni, sino creditor (de segon ordre) d'una part d'aquest patrimoni. Ha canviat el seu dret de propietat per un crèdit i les facultats de disposició per un dret corporatiu. El resultat d'aquest canvi adquireix un valor econòmic en la mesura que la quota pot ser liquidada en el mercat i així permetre, d'una banda realitzar un acte d'especulació i, d'altra facilitar la concentració del poder mitjançant l'exercici dels drets corporatius incorporats a la quota (és a dir, la realització del postulat econòmic liberal de facilitar l'acumulació i possibilitar el canvi successiu com a font creadora de riquesa fins a arribar a les mans més productives o, alternativament, tancar el cicle econòmic).

En el fons es tracta, doncs, de la creació d'un patrimoni fiduciari sense titularitat personal similar al què s'escau amb la fundació. Els administradors —homes de negocis entesos en la matèria— reben l'encàrrec de fer rendible la inversió i de treure'n el màxim profit amb els mitjans financers que previament s'hi han disposat. En aquest sentit, l'afectació patrimonial absoluta fa que es pugui parlar de "personificació" del patrimoni social i així ho va declarar expressament i decidida l'article 213 de l'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB) del 1861 (codi de comerç general per a tots els estats alemanys).

1.2. La personalitat jurídica com a tècnica de limitació de responsabilitat

La limitació de responsabilitat ha estat l'objectiu constant que han cercat sempre els inversors de capital. Però atès que fins a una etapa ben tardana de

desenvolupament del capitalisme es desconeix el mercat de garanties, calia assegurar la circulació dels crèdits mitjançant el mecanisme de la responsabilitat personal i il·limitada. Els inversors de capital havien de recórrer a procediments força enginyosos per tal de fer possible la limitació de responsabilitat d'una forma estable.

1.2.1. *La limitació de responsabilitat mitjançant instruments contractuals*

En l'etapa precapitalista d'acumulació de capital per al comerç, la limitació de responsabilitat s'actua a través d'instruments contractuals que de prop o de lluny són parents del negoci fiduciari (en sentit impropí o ampli). L'antiga *commenda* medieval —de la qual se'n deriven la societat comanditària i el compte en participació— respon a aquesta funció. Es tracta de poder invertir cabdals en negoci d'altri. Per tal com l'inversor titular d'aquests cabdals no pot —o no vol— exercir una activitat econòmica que per l'organització gremial i monopolística de l'època li està vedada. El recurs és un instrument contractual molt proper al préstec, però parent de la fidúcia, en el sentit que l'inversor aboca cabdals —i transmet la propietat (§ 335 HGB)— en un negoci la titularitat del qual pertoca a una altra persona i estarà a la fi als resultats favorables o adversos de la operació o operacions, tot vinculant la inversió al resultat de l'activitat econòmica. La característica essencial de la figura és —en la seva configuració pura— l'absència absoluta de manifestació externa de la participació i l'aparença davant dels tercers d'una titularitat individual.

D'aquesta manera, l'inversor limita el seu risc al capital invertit, perdent en principi com a màxim la quantitat invertida. Atès que el titular del negoci és una sola persona, la responsabilitat derivada de l'exercici de l'activitat econòmica cal imputar-la directament a aquesta persona. Amb tot, però, el capitalista-inversor arrisca alguna cosa més que la seva participació, atès que la característica de la figura —ultra el seu caràcter ocult o secret— és la col·laboració en el risc de l'operació, tant pel que fa als resultats favorables com als desfavorables. I així en les relacions internes, el titular del negoci —soci gestor— pot exigir del participip la seva contribució a les pèrdues (art. 239 Cco. i § 336 HGB). Clar que és possible pactar l'exclusió de les pèrdues més enllà de la quota invertida, però en aquest cas els costos de transacció pujarien considerablement, la qual cosa només ho fa aconsellable en circumstàncies excepcionals, en les quals el càlcul de costos/beneficis segueixi donant un resultat positiu.

En la seva forma més evolucionada —la societat comanditària— el caràcter secret o ocult de la participació s'atenua un xic. No es fa públic el nom del participip (§ 162, II HGB), però sí l'existència de la participació. Els creditors poden exigir el compliment de la participació promesa (§ 172, IV HGB, en relació amb el § 171, I HGB). I en les relacions internes, la regla general és l'absència de responsabilitat per les pèrdues més enllà de la quota de participació (art. 26 Code de commerce; art. 148, III Cco.; § 167, III HGB). La norma codificada pretén de reduir els costos de transacció abans al·ludits (en el supòsit del compte en participació) i permet al creditor fer una anàlisi adequada del càlcul del seu risc.

Però en ambdós casos, el caràcter no públic —absolut o relatiu (vegeu § 162, II HGB) de la participació és l'instrument que permet uns efectes paral·lels a la limitació de responsabilitat. La idea central és que la titularitat individual es revela suficient com per assumir tot el risc econòmic. Això explicaria la norma codificada que impedeix al soci comanditari d'incloure el seu nom en la raó social (art. 25 Code de commerce; art. 147, I Cco.) i en el compte en participació, la prohibició d'utilitzar una firma social comuna (art. 241 Cco.), amb la sanció de l'apertura de la responsabilitat que s'escaigués (arts. 26 i 28 del Code de commerce; art. 147, II Cco.). La inclusió del nom del partícip en la firma social —atesa la seva funció publicitària (reducció dels costos d'informació)— crearia d'immediat l'aparença de què es tracta d'un negoci propi i la contractació en base a l'aparença hauria de destruir la limitació de responsabilitat, atès que altrament es farien vessar les externalitats del canvi sobre els creditors, els quals mitjançant un càlcul erroni del seu risc s'haurien vistos obligats o, si més no, induïts a contractar.

Prenent com a punt de partença un esquema de col·laboració paritari (1:1) el resultat és la titularitat individual davant de tercers d'un patrimoni fiduciari, el titular del qual serva les facultats de direcció, administració i representació, mentre l'inversor de capital es manté en un segon terme.

Però tot i que l'inversor de capital està exclòs de les funcions pures de relació amb els tercers (art. 27 del Code de commerce; art. 148, IV Cco. i, en certa mesura, també l'art. 241 Cco.) això no vol dir que no pugui —tot i que el model "visualitzat" pel legislador hagi estat un altre— dictar instruccions o participar en l'administració, atès que la prohibició va dirigida només a l'esfera de les relacions exteriors (Fernández de la Gandara) on la raó social juga un paper decisiu en la determinació de les bases de càlcul del risc.

En l'estat anterior de suspensió a Andorra de la constitució de formes institucionals de limitació de la responsabilitat ha calgut recórrer a la forma de societat (civil) amb clàusula fiduciària que si no tingués por a equivocar-me gosaria de qualificar com a compte en participació atípic. Atípic en tres sentits: en què els partícips són més d'un (els socis de la societat civil), en què és ben probable que aquests socis es reservin certes facultats de control i de dictar directrius d'administració; i que entre ells existeix un vincle obligacional a més del que els vincula a tots i cadascun amb el fiduciari. El fiduciari actua com a gestor del negoci. Ell és el titular —davant dels tercers— del patrimoni fiduciari. Els socis de la societat, però, en qualitat de partícips del patrimoni es reserven certes facultats de control i gestió interna —d'acord amb les regles que regulen la comunitat—, però no responen més que en la mesura del capital aportat perquè davant dels creditors només hi ha un patrimoni: el fiduciari.

La fórmula té un inconvenient i és que les seves possibilitats de creixement davant d'un fenomen de diseconomia en escala són limitades. Només pot ser útil en la mesura que la titularitat individual es reveli suficient per a afrontar el risc econòmic. D'altra banda, el caràcter no públic de la figura fa difícil la seva uti-

lització com a instrument recaptador de cabdals privats, que assegurí la inversió i limiti la responsabilitat. Però si subsisteix l'actual estat restrictiu, molt és de témer que la figura es continui utilitzant, si més no per a canalitzar les inversions reduïdes o amb poca participació del públic.

1.2.2. *La limitació de la responsabilitat i la institucionalització de la persona jurídica*

La tècnica capitalista per excel·lència de limitació de la responsabilitat i amb això, del risc de l'activitat econòmica d'empresa és la persona jurídica. En l'època de la codificació la utilització de la persona jurídica amb aquest fi és tan sols excepcional i només en la mesura que la titularitat individual no és suficient per a fer front al risc econòmic. Així ho palesa la tendència fortament restrictiva a tot el llarg del segle passat pel què fa a l'erecció de societats anònimes per accions, sotmeses al principi de concessió i a la creació d'associacions —sotmeses al principi d'autorització gubernativa— i justificada tan sols pel servei d'interès públic (vegeu la llei espanyola de societats per accions del 1848, la llei prusiana citada i les lleis de ferrocarrils europees de l'època).

Però en la mesura que la codificació posa en mans dels subjectes particulars —al costat de les formes tradicionals d'organització del capital per a l'explotació d'una activitat econòmica— la possibilitat d'utilitzar un instrument que ja no és contractual sino institucional, de limitació de la responsabilitat al capital destinat a aquesta activitat, la persona jurídica es "privatitza" i reb, en el seu tractament, tota la càrrega dogmàtica d'aquest sector. Aquesta síntesi, tot i que només formulada d'una manera programàtica, hom pot veure-la en l'art. 35 del Codi civil espanyol. La funció reductora de costos de la institucionalització de la persona jurídica com a tècnica de limitació de responsabilitat és evident.

La titularitat individual ja no és ni de bon tros suficient per a emprendre determinats riscos; l'anonimat —amb la "privatització" de la persona jurídica— deixa d'ésser un recurs de limitació de la responsabilitat i alhora —en poder participar una gran quantitat de persones sense haver de modificar l'estructura patrimonial de la corporació— multiplica les possibilitats d'utilització de la figura. D'altra banda, la responsabilitat il·limitada deixa d'ésser l'únic instrument d'assegurament dels crèdits per l'aparició d'un (incipient) mercat de garanties i perquè la multiplicació de subjectes econòmics —un cop abolides les traves de l'exercici de l'activitat— fan ja inviable aquest recurs de cara a la seva eficàcia. La societat per accions —persona jurídica en el camp privat, per excel·lència— esdevé *Kapitalpumpe* o *Kapitalbecken*, és a dir, instrument d'absorció i reunió de petits cabdals procedents de l'estalvi privat per tal de destinar-los, un cop acumulats, a la realització d'una empresa comuna que no està a l'abast dels privats aïllats.

Per a arribar a aquesta finalitat ha calgut una pregona modificació de l'estructura del dret de propietat tal i com hem explicat abans. L'explicació econòmica del fenomen —obra fonamentalment de Demsetz— parteix d'aquest prin-

cipi. La modificació del dret de propietat ha estat una conseqüència de l'antinòmia que presenta la industrialització entre els costos cada cop més elevats de l'activitat productiva i l'expectativa de guany i beneficis d'aquesta activitat (economia en escala davant d'una diseconomia en escala). La sortida és la constitució d'un patrimoni d'explotació en el qual la participació individual en el risc resta limitada al capital aportat. Per això cal una "expropiació" voluntària de les facultats de disposició i l'afectació definitiva de la quota al destí econòmic previst (contractualment) i obtenir així el màxim de rendabilitat, o si més no, una rendabilitat que no s'aconseguiria amb un patrimoni de titularitat individual. L'instrument adequat per a fer-ho és confiar a uns experts —els administradors, futurs *managers*— coneixedors del món dels negocis la gestió d'aquest patrimoni destinat *ab initio* a l'explotació d'una activitat econòmica. Però com que el que s'ha creat és precisament un patrimoni d'afectació, els titulars de les quotes del qual han renunciat a exercir-ne les facultats d'administració, cal que els possibles efectes negatius de l'explotació de l'activitat no pugui repercutir més enllà de les esmentades quotes en els patrimonis privats. Altrament el risc seria immens perquè caldria multiplicar-lo pel nombre de participis i, per tant, o bé es retrauria la inversió, que és l'efecte cercat, o bé es destruiria més riquesa de la que es crea amb l'activitat mediatament pluriparticipada. De nou, una figura similar al negoci fiduciari es presenta en primer terme com a instrument de limitació de la responsabilitat.

Amb tot, la limitació de responsabilitat, conseqüència del canvi esdevingut, renúncia a la gestió *versus* limitació en el risc, genera el que els economistes anomenen "externalitats", efectes que algú que no és part el canvi ha de suportar. En contra de l'opinió de qualificats experts neoliberals (Posner) sembla clar que aquests efectes van a parar sobre la testa dels creditors, els quals compten com a garantia tan sols amb el capital d'explotació (Landers). Però precisament per tal de poder absorbir correctament aquest efectes i evitar que els efectes negatius de l'activitat econòmica s'escampin com una taca d'oli sobre la col·lectivitat, el dret ha previst —tot considerant suficient l'estructura de la personalitat jurídica— mitjançant una decisió de mercat, la forma de resoldre-ho: la constitució d'un fons de reserva legal, l'assentament de la xifra de capital en el passiu, la intervenció d'experts comptables, la publicitat etc., són conseqüències d'aquesta intervenció decissionística.

Aquests canvis successius en l'estructura del dret de propietat i la forma autònoma de regulació de les titularitats col·lectives s'explica tan sols en un ordre de llibertat i democràcia formals. En un sistema sotmès a restriccions pròpies de l'època del mercantilisme que subjecten l'erecció de la personalitat jurídica a l'acompliment de determinades condicions justificades per l'interès públic i la protecció d'un interès general, entès com l'interès dels petits propietaris, no té cap mena de sentit perquè són les autoritats i no el mercat qui decideix sobre l'oportunitat, solvència i funcionalitat d'una determinada entitat econòmica. La imposició de mesures destinades a fer del capital d'explotació un capital de garantia només s'explica davant l'absència d'aquest examen previ. Voler sotmetre el règim de la societat per accions a un doble sistema simultani de concessió i

de disposicions normatives —tal i com ho fa la reglamentació andorrana de les societats— és a més d'anacrònic, absurd i antieconòmic (Reich). Si la constitució econòmica andorrana vol fer una selecció autoritària dels subjectes econòmics mitjançant un sistema de concessió, això representa un tema d'elecció de principi que es podria discutir però que cal respectar. Si en canvi, es vol deixar l'elecció al mercat, la constitució econòmica ho pot fer perfectament. El que és totalment inadmissible és voler sotmetre els subjectes econòmics a un doble control, desconegut en qualsevol sistema d'economia de mercat i en qualsevol moment històric posterior a l'adveniment del capitalisme.

Un altre tema ben diferent —purament d'ordre constitucional econòmic— és el d'establiment de límits en la participació de les inversions de capital estranger i de la reserva privilegiada d'aquestes inversions. El que sí és clar, és que l'establiment d'aquests límits, restriccions o privilegis no és, en principi, incompatible amb un sistema de disposicions normatives i que no va lligat per força al sistema de concessió. Amb uns bons instruments de publicitat es poden arribar a resultats idèntics o, si més no, equiparables.

1.3. Conseqüències d'aquesta construcció: l'admissibilitat d'una gradació en l'escala de subjectivització. (Regles de responsabilitat)

Si acceptem com a postulat que en esdevenir-se la codificació —i fins i tot avui dia— tan sols eren conegudes dues formes "pures" d'organització de les titularitats col·lectives, l'encunyament d'ambdues sota un mateix motllo, juntament amb desviacions parcials dels models considerats "purs", provoca com ja d'entrada hem advertit, un joc d'interrelacions de doble signe que cal examinar acuradament.

En el camp de les societats, els dos models coneguts responen al mateix esquema d'organització de les relacions patrimonials: la comunitat. En la mesura que els socis no han perdut les facultats d'administració del patrimoni i que, per tant, són (llevat del cas d'una estipulació en contrari) administradors nats del patrimoni col·lectiu (art. 1.859 del Codi de Napoleó i art. 1.695 Cciv.), la vinculació d'un soci per un acte d'administració s'esdevé quan contracta bé personalment (aleshores de forma directa: art. 395 Cciv. i art. 1.698, II Cciv.), bé conjuntament amb els altres socis (compareu arts. 1.694 del Cciv.; art. 1.858 del Codi de Napoleó; § 709 BGB), bé mitjançant un mecanisme de representació (art. 1.695 Cciv.; art. 1.697, II Cciv.; art. 1.859 del codi de Napoleó; § 714 BGB). No hi ha deutes socials, en puritat de principis, si no tan sols deutes dels socis i, per tant, no calen regles específiques de responsabilitat.

Al creditor social li és indiferent l'existència d'un patrimoni amb titularitat col·lectiva. Per tant, davant d'un deute contret conjuntament (realment o mitjançant representació) caldrà aplicar la regla general de partició del deute per quotes (art. 1.698 Cciv. i art. 1.862 del Codi de Napoleó), tot i que els patrimonis vinculats seran tant els patrimonis individuals dels socis com el patrimoni col·lectiu, tots en la mateixa línia. En canvi el creditor particular del soci no pot

executar el seu crèdit directament sobre el patrimoni col·lectiu, sinó sobre la participació (quota en sentit ampli) del soci en aquest patrimoni (art. 1.699 Cciv. i § 859 ZPO) i, indirectament, obrint la liquidació (art. 1.700, III Cciv. i § 725, I BGB) en la qual hauran de concórrer amb els creditors de la comunitat, que seran preferents (art. 1.699, I Cciv.).

El creditor pot fer efectiu el seu crèdit directament sobre el patrimoni del qui contracta, sobre el patrimoni social o sobre el patrimoni dels altres socis vinculats per la participació en l'acte de contractació, bé per conseqüència de la representació (§ 736 ZPO), sense que els sotis, sempre i quan hi hagi hagut un funcionament correcte del mecanisme de la representació, puguin oposar cap mena d'excepció basada en l'existència d'un lligam col·lectiu.

Pel què fa a les societats de comerç, l'organització difereix una mica. L'adopció d'una raó social o firma com a mecanisme de publicitat serveix a la doctrina per a explicar els efectes de la vinculació col·lectiva. Els deutes contrets sota aquesta firma col·lectiva són deutes col·lectius perquè es presumeix que en adoptar-la els socis s'atorguen recíprocament un poder de representació (Pothier) que, a més, els fa respondre també col·lectivament (solidariament).

L'extensió, però, del règim presumpte de representació a tot tipus de societat —coincidint amb la regla romana de representació (en sentit poc rigorós) de la comunitat— tal i com ho fa el codi de Napoleó, no s'adiu gens ni mica amb el règim de responsabilitat per quotes, que roman inalterat. Si la justificació de la responsabilitat solidària dels socis és l'existència (per presumpció) d'un poder atorgat recíprocament, la conseqüència hauria d'ésser igual per a tot tipus de societats, un cop s'ha presumit aquest poder i se'l fa peça clau per explicar la vinculació dels socis (art. 1.697 del Cciv.; seguint a Pothier, però, en les societats de comerç). Tot això sense tenir en compte els elevadíssims costos processals que suposa un règim de partició de les quotes i l'absurditat de mantenir un règim de responsabilitat contradictori amb la vinculació d'un patrimoni en mancomú.

En el camp de les persones jurídiques, l'afectació patrimonial de destinació i l'estructura corporativa adoptada per a resoldre el conflicte d'uns possibles elevats costos de transacció per a la negociació dels acords impregnen de tal manera l'esquema organitzatiu que el resultat al què hom pot arribar és ben diferent al de les societats. L'administració del patrimoni es confia a un expert, el qual afecta als negocis únicament i exclusivament els recursos destinats. En les relacions amb els tercers, doncs, no hi ha vinculació personal sino tan sols patrimonial (arts. 277/279/i 255, III Cco. de Sáinz de Andino; arts. 122, III/153/i 156 Cco.; arts. 19/20/23/29/30/32 i 33 del code de Commerce).

No hi ha deutes dels socis, sino deutes del "patrimoni", és a dir, deutes que cal eixugar amb aquest patrimoni exclusivament. El resultat és, doncs, la completa desvinculació entre patrimoni social i patrimoni individual dels socis; i el reconeixement (per ficció) a aquell patrimoni de la capacitat per a contractar i per a suportar tot el risc de l'activitat econòmica (responsabilitat).

1.3.1. *L'extensió de la doctrina de la personalitat jurídica com a tècnica d'organització de les relacions patrimonials sobre el patrimoni en mancomú: consolidació com a una unitat i titularitat col·lectiva*

L'extensió de la doctrina de la personalitat jurídica com a tècnica d'organització de les relacions patrimonials no pot, en principi, afectar directament el mateix àmbit en els tipus societaris que adopten una tècnica d'organització diferent, perquè ambdues són recíprocament excloents. Anem, però, a examinar quins són els efectes i en quins àmbits actuen.

En primer terme actuen en el camp de les formes societàries dedicades al comerç. Tot i no ser conscient el legislador d'aquesta extensió, l'adopció d'una norma processal com és l'art. 237 Cco. (352 Cco. de Sáinz de Andino; 744 del codi portuguès; i § 124, II HGB en relació amb els §§ 124, I i 128 HGB) que permet al soci fer executar el patrimoni social, provoca una certa desvinculació entre patrimoni social/patrimoni individual i una paral·lela afectació del primer en l'activitat econòmica. La declaració, però, de personalitat jurídica que fa l'art. 116 del Cco. per a totes les societats comercials no lleva ni afegeix res al règim d'organització de les relacions patrimonials: la conseqüència immediata hauria d'ésser la limitació de responsabilitat, cosa que no s'escau perquè el legislador ha volgut mantenir un model d'organització diferent i, per tant, es veu obligat a declarar *expressis verbis* que els socis responen personalment (amb la desviació assenyalada) dels deutes socials (art. 126 Cco., art. 22 Code de commerce; § 128 HGB). L'única conseqüència que provoca l'extensió de la doctrina de la personalitat jurídica té rellevància tan sols en el camp processal: la societat pot demandar i ser demandada, adquirir i transmetre crèdits i sol·licitar la seva inscripció en un registre (§ 124, I HGB).

En segon i darrer terme, actua també en el camp de les societats civils. La interpretació *a contrario sensu* de l'art. 1.669 del Cciv., base doctrinal del predicament de la personalitat jurídica de les societats civils, no pot dur tampoc a l'absurda conseqüència de predicar-ne la limitació de responsabilitat dels socis pels deutes socials. El legislador no es proposa ni de bon tros aquesta finalitat. La prova n'és que segueix regulant les relacions patrimonials d'acord amb l'esquema de la comunitat. Per això, malgrat la temptativa de darrera hora d'atorgar personalitat jurídica a les societats civils, aquesta declaració no afageix tampoc res de nou a allò que hi havia fins ara. El legislador es veu obligar a incloure una norma (inexistent en el Codi de Napoleó) que no hagués calgut de produir la personalitat jurídica els seus efectes: l'art. 1.669 del Codi civil (§ 725, I BGB). L'establiment d'una norma de prelación de crèdits (crèdits socials/crèdits particulars dels socis) demostra que els creditors dels socis —per bé que en segona línia— concorren amb els creditors socials en la liquidació del patrimoni col·lectiu. No hi ha, per tant, desvinculació patrimonial. I si no hi ha desvinculació patrimonial és perquè d'entrada hi ha una afectació absoluta dels patrimonis individuals dels socis al compliment de les obligacions col·lectives. D'ací que calgui preveure normes de responsabilitat dels socis (com la de l'art. 1.697 del Cciv., malgrat la seva defectuosa redacció), perquè l'extensió de la doctrina de la per-

sonalitat jurídica ha enterbolit aquest punt.

D'altra banda, l'absència d'una norma que prevegi l'exclusió del patrimoni col·lectiu fa que el creditor social tingui d'entrada la via lliure contra el patrimoni individual de cada soci. La vinculació patrimonial és absoluta.

Per tant, podem concloure que la codificació estableix tres graus de subjectivització: separació absoluta, patrimoni social/patrimoni individual (societat anònima o per accions), separació relativa entre ambdós patrimonis (societat col·lectiva) i comunicació patrimonial absoluta (societat civil). I també, paral·lelament, tres graus diferents en l'escala de la limitació de la responsabilitat. Per tal de completar-la caldria afegir els tipus mixtos —societat comanditària i comptes en participació, amb presència de socis que limiten la responsabilitat a la quota social amb tècniques contractuals— i els tipus corporatius afeblits (societat de responsabilitat limitada) on es conserva certa mesura de responsabilitat personal dels socis malgrat la limitació general (art. 6 LSRL; §§ 9 i 9a GmbHG) i els tipus cooperatius, forma mixta de col·laboració personal amb organització corporativa amb o sense limitació de la responsabilitat personal dels socis pels deutes socials.

1.3.2. *L'extensió de la doctrina del contracte a les corporacions i regulació corporativa dels fenòmens obligacionals*

La segona línia d'influència de la regulació unitària dels fenòmens societaris és l'extensió de la doctrina del contracte a les corporacions i, viceversa, de la regulació corporativa als fenòmens societaris obligacionals. La posició jurídica del soci en el si de la societat ve regulada pel contracte social. Fonamentalment dues són les qüestions que cal regular: participació en els guanys i en les pèrdues; i participació en l'administració. Com a regla general, les facultats d'administració pertocquen a tots els socis com a conseqüència del manteniment de la titularitat patrimonial, però el contracte pot preveure un règim diferent (societats personalistes amb estructura corporativa). D'ací que sigui possible adoptar un règim d'organització de les relacions personals que es desviï del model legal i, en conseqüència, deixar la porta oberta a tipus d'organització mixtos o complexes.

El que cal, però, destacar, és la vinculació que el legislador fa entre responsabilitat i facultats d'administració. La vinculació patrimonial del soci no és possible si no participa en la contractació, bé directament, bé mitjançant un mecanisme de representació. Per això, en regular la societat per accions, el legislador es veu obligat a salvar de responsabilitat als administradors i als socis, atès que en aquest cas manca en absolut la doble vinculació al·ludida: l'administrador no és un cotitular d'un patrimoni col·lectiu, sino un mandatari (art. 156 Cco.) que té per funció l'administració d'un patrimoni aliè, del qual els socis no en són titulars més que d'una forma relativa, en tant en quant han procedit a una expropiació voluntària del seu dret de propietat i a la seva lògica transformació estructural (Raiser; Reich; BVerfGE 50, *passim*).

Salvant aquests extrems, la regulació de l'estructura corporativa es deixa a l'imperi de l'autonomia de la voluntat en el contracte social, en la mesura que els estatuts integren el contingut d'aquest contracte. D'ací que, servant la forma d'una estructura obligatòria mínima, pugui adoptar-se un tipus de regulació de les relacions personals que difereixi també del model previst pel legislador (societats de capitals amb estructura personalista).

1.3.3. *La limitació de responsabilitat com a valor econòmic autònom*

Finalment, caldria examinar fins a quin punt la limitació de responsabilitat ha adquirit un valor econòmic autònom.

Si acceptem la premissa de que la responsabilitat il·limitada és l'única manera d'afrontar el risc econòmic en el moment de la inexistència d'un mercat de garanties, sembla que l'existència d'aquest mercat hauria de liquidar aquest monopoli. I així és realment. La limitació de responsabilitat és el preu pagat a canvi de la possibilitat d'assumpció de recursos de finançament que altrament seria impossible de recaptar. L'alternativa és la següent: si mantenim el principi de la responsabilitat il·limitada ningú no arriscarà els seus cabdals i, per tant, mancaran els recursos necessaris per al finançament. La responsabilitat limitada al patrimoni invertit s'estima, doncs, en el moment en que és possible garantir el risc per una altra via, suficient per absorbir tot el risc econòmic que genera l'exercici d'una activitat empresarial, sempre i quan vagi acompanyada d'un mecanisme de publicitat adequat per tal que els creditors puguin fer un càlcul correcte del seu risc.

La conclusió d'aquest plantejament seria la inversió de la regla vigent en el moment de la codificació: fer jugar la il·limitació de responsabilitat tan sols en aquells supòsits on, excepcionalment, la responsabilitat limitada al patrimoni d'explotació es revela insuficient per a eixugar el risc econòmic o, les garanties de publicitat no són tampoc suficients per tal d'evitar l'error de càlcul en l'anàlisi de la relació costos/beneficis. Així ho ha entès el legislador alemany que no sanciona amb la il·limitació de responsabilitat dels socis el cas de manca d'inscripció en el registre d'una associació amb estructura corporativa (§ 735 ZPO en relació amb el § 54 BGB), sino que la responsabilitat resta vinculada a la regla clàssica d'aquell qui actua com a administrador, salvant, però, els socis de la responsabilitat personal més enllà de les quotes promeses i aportades, atès que en entrar en l'associació no han volgut ni de bon tros participar en la il·limitada responsabilitat per l'exercici d'una activitat que només llunyanament controlen.

Un examen empíric sembla demostrar la progressiva i cada vegada més gran utilització d'instruments (contractuals i institucionals) de limitació de la responsabilitat. En la mesura que es vulguin recaptar recursos suficients per al funcionament de l'activitat econòmica, caldrà recórrer necessàriament a aquesta regla. Per això creiem que si el que cal és incentivar l'activitat, fent possible un acreixement dels recursos i una distribució correcta de la renda i de la riquesa, cal fer també un ús adequat i racional de la responsabilitat. La responsabilitat ha de

jugar una funció preventiva i actuar, precisament, sobre els subjectes oportuns. Però no ha d'ésser pas una espasa de Damocles que estigui permanentment sobre el cap dels empresaris. Només en la mesura que el risc per responsabilitat sigui computable com un cost a afegir al valor final del producte es pot parlar d'aquesta funció preventiva. Però si l'actuació de la responsabilitat és difícilment previsible, augmentant els costos d'informació, assegurança i prevenció de tal manera que absorbeixin totalment el marge de rendabilitat, l'efecte que s'obté no tan sols és contraproduent per a l'empresari si no també per a la col·lectivitat, en la mesura que la renda es distribueix de forma defectuosa o, simplement, no es distribueix.

2. FORMES I TIPUS D'ORGANITZACIÓ DE L'ACTIVITAT EMPRESARIAL

La destinació del patrimoni col·lectiu a l'exercici d'una activitat empresarial fa que en primera línia calgui preguntar-se per un fet diferencial. Si el patrimoni col·lectiu equival al patrimoni de l'empresa, equival també l'organització d'aquest patrimoni a l'organització empresarial? O, fins i tot, si enfoquem la qüestió des d'un altre punt de vista, existeix una inicial vinculació entre la forma d'organització del patrimoni i la finalitat a assolir, de manera que l'organització empresarial sigui un instrument que els connecta en relació de causa a efecte? Per això cal examinar, per bé que superficialment —atès que no pot ser d'altra manera, en funció de l'espai i del temps de què disposem— els diferents tipus societaris recollits generalment en un catàleg legal i analitzar els seus trets diferencials.

2.1. El catàleg legal

La funció d'aquest catàleg és el subministrament als particulars de formes d'organització adequades per a l'assoliment de fins econòmics. En principi, aquestes formes d'organització, pensades tan sols per a resoldre problemes de titularitat i d'exercici de facultats d'administració han de servir també per a l'organització d'una unitat econòmica i, atesa la gran diversitat de models d'organització possibles de les unitats productives, el catàleg podria ser molt llarg. Però si ens aturem una mica a analitzar aquest catàleg, veurem com en la pràctica, totes aquestes formes es poden reduir a dos models d'organització diferents entre els quals és possible d'admetre una certa gradació o combinació d'elements. Cal tenir ben present, però, que les figures societàries del catàleg legal són tan sols esquemes de regulació de les relacions patrimonials dels inversors de capital (sistemes de finançament) i que, aquests esquemes no han de coincidir necessàriament amb el model d'organització de l'empresa.

La clau conceptual està en la distinció proposada per la doctrina angloamericana entre societat com a tècnica de finançament i empresa com a mètode d'organització dels factors productius (Posner). Si ens aturem a analitzar les dife-

rents tècniques amb les quals és possible l'aplicació d'aquest mètode podem observar també una gradació en els sistemes d'organització que fan possible l'establiment d'un cert paral·lelisme entre ambdues tècniques, per bé que no cal que forçosament hagin de coincidir, més aviat es pot dir que no coincideixen.

En un extrem d'aquesta relació hi tindriem l'empresa d'estructura personalista o de base empresarial familiar (*personbezogenes Unternehmen, Familienunternehmen*) amb administració centralitzada i relacions de treball fortament jerarquizades; al centre, la corporació empresarial (*Unternehmenscorporation*) amb administració centralitzada o de divisió per objectius (*divisionalització*), però on en tot cas les relacions d'organització i treball assoleixen una certa laxitud i flexibilitat, els centres de producció esdevenen més o menys funcionalment autònoms i la separació entre l'organització del capital i l'organització de la producció és absoluta; finalment, en el darrer extrem hi trobem el grup d'empreses o empresa policorporativa (*polykorporatives Unternehmen*), les possibilitats d'organització del qual depassen qualsevol esforç de síntesi i la seva complexa problemàtica és del tot impossible d'esquitzar en tant poc d'espai.

Entre el centre i els dos extrems són també possibles combinacions d'elements organitzatius que apropen uns models als altres i que permeten d'aplicar sistemes d'organització més o menys centralitzada allà on calgui segons les circumstàncies.

El paral·lelisme esmentat entre ambdues tècniques —de finançament i d'organització dels factors productius— amb la també paral·lela gradació de la intensitat de l'organització fa que es pugui pensar en una inicial coincidència entre tipus d'organització de l'activitat empresarial i tipus d'organització de les relacions patrimonials (Bälz). Els models "visualitzats" pel legislador coincidirien amb una determinada funció econòmica que motivaria una inicial adscripció dels uns als altres. Així, a l'empresa de base o estructura personalista pertocaria adoptar la forma jurídica d'una societat de persones, a la corporació empresarial la d'una societat anònima, i a l'empresa policorporativa, la forma evolucionada del grup d'empreses que, fins ara no ha trobat (més que parcialment) un motlle jurídic adequat. Per tal de completar el panorama, la possibilitat d'adoptar elements organitzatius d'un o altre model donaria entrada a la utilització de tipus intermitjos que permetrien una certa desviació dels models originaris, però sempre dins dels límits d'un marc general d'actuació previament dissenyat pel legislador del qual no se'n podria sortir sense una ruptura de les disposicions de dret necessari que caldria evitar a tot preu.

No cal dir que aquesta concepció, excessivament esteticista no respon a la realitat i que els intents de voler assubjectar determinades formes d'organització de l'empresa a determinades tècniques d'organització de les relacions patrimonials (llevat d'alguns casos excepcionals justificats per dictats de la política econòmica) no menen a cap resultat practicable. Ans tot el contrari, sovint aquests esforços topen amb principis d'ordre constitucional econòmic, com són el de llibertat d'associació per a fins econòmics, llibertat d'elecció del model organitza-

tiu, llibertat d'iniciativa econòmica, i lliure accés dels subjectes al mercat (Ritter). Principis que no han estat formulats arbitràriament pel legislador sino que són la base i el fonament d'un sistema d'economia de mercat. La negociació —o l'obstaculització— d'aquests principis menaria a greus distorsions del funcionament del sistema econòmic. La vinculació entre formes empresarials i figures societàries, duta als seus darrers extrems, tindria com a conseqüència una excessiva rigidesa del sistema i, a la llarga, menaria a la seva paralització o, a tot estimar, a la seva substitució per una burocràcia intervencionista.

2.2. Relació dels tipus societaris al fil de la personificació (en el sentit de gradació de la limitació de responsabilitat)

Si tenim present que la codificació opera una gradació en la subjectivització de les organitzacions amb titularitat col·lectiva, podem fàcilment prendre com a punt de partença aquesta gradació per a poder explicar el règim aplicable en funció del grau d'organització i d'autonomia patrimonial.

Paradoxalment, a ambdós extrems de la cadena (vegeu quadre adjunt) hi trobem figures on la nota del caràcter fiduciari del negoci es presenta amb trets més acusats. Ambdues responen a tècniques similars de finançament, pero es diferencien en el fet que el patrimoni fiduciari d'afectació, en un cas (societat per accions) té una titularitat col·lectiva, i en l'altre —regularment— és la titularitat individual (compte en participació) que es considera suficient per a assumir tot el risc de l'explotació col·lectiva. Aquesta posició simètrica d'ambdues figures fa palesa la importància que per a la interpretació del règim de regulació de les relacions entre els socis i d'aquests respecte de l'administració té l'obligació de fidelitat i de confiança (*Treupflicht*). L'administrador —en sentit ampli— reb l'encàrrec del seu mandat (en sentit no tècnic) de fer rendible la inversió a nivells òptims, quan no màxims. En l'incompliment d'aquest encàrrec cal vaure-hi una violació de l'obligació esmentada i aquesta dibuixa també els trets del marc en el qual s'ha de moure l'actuació del gestor.

Si baixem un graó de cada extrem de la cadena, ens trobem ja amb formes d'organització d'un patrimoni col·lectiu, els titulars del qual participen plenament —en el cas de la societat civil— o en certa mesura —en el cas de la societat de responsabilitat limitada— de la responsabilitat social. Amb tot, però, les diferències d'organització de les relacions patrimonials en una i altra figura són tan grans que poc es poden fer temptatives d'aproximació. Si volem treure algun profit de l'exposició comparativa, cal que recorrem de menor a major les formes d'organització de la titularitat. A ambdós extrems hi trobem, com hem dit, un patrimoni fiduciari. Però si prescindim del compte en participació, atesa la seva titularitat individual, en el graó més baix d'organització hi trobarem un patrimoni en mancomú que cobreix les formes d'organització de la societat civil, la societat col·lectiva i la societat comanditària simple. A partir d'ací retrobem de nou el patrimoni fiduciari en la societat comanditària per accions, la societat de

QUADRE N° 2

COMPTE EN PARTICIPACIÓ	SOCIETAT CIVIL	SOCIETAT COL·LECTIVA	SOCIETAT COMANDITÀRIA SIMPLE	SOC COMANDITÀRIA PER ACCIONS
Grau de personificació O Titularitat individual	Grau de personif. 1 Titularitat col·lec. Patrimoni en mà comuna	Grau de subjectiv. 2 Titularitat col·lec. Patrimoni en mà comuna	Grau de subjectiv. 2 idèntic	Grau de subj. 2 + idèntic
Patrimoni fiduciari			Socis col·lectius	Socis col·lectius
Finançament parent del préstec però amb facultats de control per part de l'inversor	Il·limitació de responsabilitat dels socis	Il·limitació de resp. Dret d'excussió dels socis	idèntic	idèntic
Irresponsabilitat del comptaparticip i resp. del titular del negoci	Absència d'un dret d'excussió Responsabilitat: — directa — personal — immediata — solidària/parciària — intransmissibilitat de la participació	Separació absoluta deutes socis Responsabilitat: — directa — subsidiària — il·limitada — solidària	idèntic	idèntic
			Socis comanditaris no participen en gestió Responsabilitat: — personal — indirecta — immediata — limitada — solidària	Comand.- accionistes quota representada per un títol transmissible No participen gestió Irresponsabilitat absoluta envers 3rs.

SOCIETAT
COOPERATIVA

Grau de subj. 3—
Organització
corpòrativa
Participació personal
(*Mitunternehmerschaft*)
Responsabilitat:
— limitada/il·limitada
— personal
— solidària/mancom.
— intransmis. part.

SOCIETAT DE
RESPONSABILITAT
LIMITADA

Grau de subj. 3—
Organització
corpòrativa

Transmissibilitat
restringida de la
participació
Alguna mesura de
responsabilitat
personal

SOCIETAT
ANÒNIMA

Grau de subj. 3
Organització
corpòrativa
Patrimoni d'afectació

Lliure transmissibili-
tat de la participació
Irresponsabilitat
envers els tercers

responsabilitat limitada (no pas sempre, però), i la societat anònima per accions.
Una posició especial l'ocupa la cooperativa, la diversitat de règims a la qual està sotmesa i la seva procedència aliena al sector que analitzem i, el funcionament sota el principi de reciprocitat o mutualitat (*Gegenseitigkeit*), fa que sigui difícil el seu enquadrament sistemàtic.

Aquestes dues tècniques d'organització —comunitat i corporació— són paral·leles a les tècniques de finançament emprades —finançament amb recursos propis i finançament amb recursos aliens—. En el primer cas, es tot el crèdit personal el que es compromet i, per tant, la norma de responsabilitat és, en principi, la de la il·limitació, tot i que es pot conformar de diferents formes. En el segon, només es compromet el crèdit derivat de l'afectació de recursos i, per tant, la responsabilitat dels inversos es limita a la quota invertida.

La posició central de l'esquema relacionat l'ocupa el patrimoni comanditari, el qual en la seva versió pura esdevé una simple modalitat del patrimoni fiduciari. Des del punt de vista de l'administració patrimonial, la identificació esdevé absoluta. Els socis comanditaris fan una aportació de capital (inversió) per tal que una tercera persona, (física, jurídica, o en uns associatiu no personificat) n'assumeixi l'administració del patrimoni creat amb les aportacions comanditàries. Des del punt de vista de l'organització de la titularitat patrimonial la cosa esdevé més complexa perquè l'administrador és regularment soci i el titular patrimonial no és aquest administrador fiduciari, sino el conjunt de socis comanditaris i administradors. És a dir, hi ha un compromís de crèdit personal amb una afectació especial de recursos. En la figura es combinen ambdós procediments de finançament, per bé que en la pràctica el compromís personal del soci administrador jugui un paper secundari. Com a conseqüència d'aquesta dissecció hi ha socis que responen personalment, directament, il·limitadament i subsidiàriament, i d'altres que no responen més que limitadament (en la societat comanditària simple, el soci comanditari) o que no responen en absolut davant dels creditors socials (en la societat comanditària per accions, el comanditari-accionista).

La societat comanditària, malgrat semblar a primera vista un tipus destinat a desaparèixer, pot jugar i en realitat juga (vegeu la informació apareguda al setmanari *Der Spiegel* n° 23/1982, pàgines 66 a 69) un gran paper en determinades formes d'inversió i de captació de recursos. Pensem, per exemple, en els supòsits d'inversions amb un gran percentatge de risc, que calgui disposar d'un líquid immediat i d'un capital important, com és el cas de les explotacions petrolieres o minaires, i alhora calgui assegurar a l'inversor rendabilitat i liquiditat de la inversió. Si tenim present que la posició del soci administrador la pot ocupar una persona jurídica o, fins i tot, qualsevol altra forma associativa que no sigui persona jurídica en sentit estricte, podem veure fàcilment les múltiples possibilitats d'utilització que té la figura, sobretot si a això hi afegim els avantatges fiscals que la majoria de legislacions atorguen a aquests tipus societaris, en la mesura que es permet descomptar les pèrdues socials com a pèrdues personals dels socis en la declaració de l'impost general sobre la renda.

Aquest és, doncs, un lamentable buit que la legislació andorrana deixa obert i que caldria resoldre mitjançant una intervenció legislativa. La simple ignorància no resol la qüestió i no impedeix que s'utilitzi la figura, sovint amb pactes socials que poden ser perillosos si no es preveu la regulació de la devolució d'aportacions, la necessitat de presentar i censurar els comptes anuals, la valoració d'aquestes aportacions quan no són en metàl·lic, la forma d'exercici de l'acció

de responsabilitat pels creditors socials contra el comandatari, etc.

2.3. *Funció dels tipus societaris*

En un altre pla ben diferent cal situar el problema de les relacions entre els socis/inversors de capital i l'administració de la societat i, la posició d'aquells en el si de l'organització col·lectiva.

Si tenim present la distinció proposada entre tècnica d'organització de les relacions personals (societat-contracte) col·lectives i tècnica d'organització de les relacions patrimonials (comunitat/persona jurídica) ens adonarem fàcilment que la funció dels diferents tipus societaris és tan sols la de furnir quadres de solucions per tal de resoldre problemes sorgits com a conseqüència de la creació d'un ens col·lectiu entre les diferents persones que el componen. Només indirectament, en la mesura que la societat és la font de creació de la comunitat/persona jurídica (patrimoni col·lectiu), regula el contracte relacions patrimonials. Però la posició dels socis en el si de l'organització col·lectiva no depèn directament del grau de desvinculació patrimonial assolit o de subjectivització de l'ens col·lectiu. O si es vol formular d'una altra manera la qüestió: el grau de limitació de responsabilitat dels socis pels deutes i l'activitat socials no determina el grau de participació d'aquests en les tasques d'administració i gestió del patrimoni col·lectiu, sino que n'és totalment independent.

Inicialment, a les dues grans categories bàsiques d'organització de les relacions patrimonials pertoquen sistemes paral·lels i propis d'administració del patrimoni col·lectiu, la qual cosa suposa una presa en consideració diversa en cada cas de la posició del soci-inversor-cotitular. Però aci la codificació ha operat un altre efecte important en la mesura que extén els efectes de la doctrina del contracte a l'àmbit de les persones jurídiques. L'autonomia de la voluntat fa irrupció així en aquest camp i hom pot parlar ja tranquilament de la "privatització" de les persones jurídiques. Atès, doncs, que en ambdós tipus bàsics de models d'organització, les relacions personals —pel què ara ens interessa, posició dels socis al si de l'ens col·lectiu i participació directa en la seva gestió— depenen d'una configuració autònoma prevista en el contracte social, resulta que, pel que fa a aquest tipus de relacions, aquestes es podran configurar com hom s'ho estimi millor. D'ací que hom hagi pogut parlar d'una "ruptura" del tipus contractual, en el sentit que l'autonomia de la voluntat permet de regular les relacions personals dels socis amb independència absoluta de la forma de concebre la titularitat i organització de les relacions patrimonials.

2.3.1. *La crisi de la distinció entre tipus socials personalistes i tipus capitalistes*

Tradicionalment hom atribueix a la distinció entre ambdós grups de tipus societaris importants conseqüències no tan sols d'ordre dogmàtic, sino també d'ordre pràctic i de regulació. Així, mentre a les anomenades societats de persones

el soci té un dret originari a la gestió vinculat a la il·limitació de la seva responsabilitat davant de tercers, a les societats de capitals, atesa la despersonalització de la posició del soci i la renúncia al dret a gestionar directament el patrimoni, limita la seva responsabilitat a la quantitat que representa la quota aportada o que s'ha compromès a aportar.

Aquesta distinció pot ser útil a efectes didàctics —sobretot si hom intenta de reconduir-la als dos tipus bàsics d'organització de les figures societàries— però és absolutament supèrflua —i fins i tot, inconvenient i allunyada de la realitat— si ens atenim a la proposta de solució que representa l'admissió d'una gradació en l'escala de subjectivització amb absoluta independència de la qüestió de la gerència d'un patrimoni empresarial.

En realitat, els anomenats tipus socials personalistes són, ultra un sistema —rudimentari— de finançament de l'activitat econòmico-empresarial organitzada, un sistema d'organització de la pròpia activitat. Es més, representa l'únic cas de coincidència absoluta —en el model legal— entre organització de la societat i organització de l'empresa. En aquests supòsits, el tret característic que identifica la figura no és tant l'aportació que fa o pugui fer el soci/inversor, com la posició compartida de la qualitat d'empresari amb els altres socis (*Mitunternehmenshaft*). Per això, al soci-empresari li interessa conservar en les seves mans el dret a la gestió del patrimoni col·lectiu. Perquè en la mesura que l'administra, administra també l'empresa de la qual n'és (co)titular. Ell n'és el propietari, gaudeix del poder originari de gestió empresarial, és el titular de l'organització i de l'activitat i per això cal —en principi— imputar-li els efectes d'aquesta activitat. És sobre la base d'aquest compromís personal que s'organitza el patrimoni que ha de finançar l'activitat econòmica. Per això, aquest patrimoni gaudeix d'una escassa autonomia funcional, perquè en la mesura que el soci segueix essent cotitular del patrimoni empresarial i compromet personalment aquesta qualitat, cal que s'atingui a les conseqüències. I aquestes conseqüències en l'ordre patrimonial són l'obligació a seguir contribuint en les pèrdues i a la seva cobertura sense que calgui cap tipus de decisió —negociació— amb els altres cotitulars. Vist des de l'altra banda, el soci té dret —en certes circumstàncies i sota l'acompliment de determinats pressupòsits— a exigir la devolució de les seves aportacions. I això és així perquè sencillament el soci no ha deixat d'ésser propietari de la seva aportació —per bé que el dret de propietat hagi sofert una lleugera modificació— amb la qual contribueix a mantenir una feble estructura patrimonial autònoma.

En canvi, en les societats anomenades de capitals, la separació entre l'esfera d'organització de l'activitat empresarial i la titularitat i organització de les relacions patrimonials entre els inversors de capitals és absoluta. Únicament en la cimera d'ambdós esquemes organitzatius hi ha una flexió de contacte, en el sentit que l'administració dels recursos i dels cabdals invertits "controla" també l'administració de l'empresa. Però al soci-inversor no li interessa —en principi— gens ni mica participar en l'administració de l'empresa, sino que la seva única preocupació s'orienta en el sentit de poder assolir uns òptims resultats de la inversió realitzada. Per això es limita —a través dels seus representants— a poder elegir

aquell equip directiu que sigui més competent, que millor serveixi als seus interessos de rendabilitzar la inversió i compatibilitzar beneficis. És per aquest motiu, que hem parlat abans del fet que en el fons de l'organització corporativa de les relacions patrimonials jau una relació de confiança, un negoci fiduciari que és el que caracteritza la inversió. I és precisament en el marc de la obligació de confiança i en la distinció entre organització de l'activitat econòmico-empresarial i organització de la titularitat de la inversió col·lectiva on cal veure els trets essencials que han de caracteritzar-ne l'esquema de regulació (el règim) d'aquests instituts jurídics.

Ara bé, en la mesura que la codificació provoca una extensió de la doctrina de la personalitat jurídica en el camp de l'organització comunitària, i l'autonomia de la voluntat passa a ésser el pilar de l'esquema organitzatiu de les relacions personals en els ens associatius, la inicial vinculació entre ambdós esquemes de regulació desapareix del tot i ens trobem amb supòsits, en els quals la tècnica d'organització del finançament esdevé alhora tècnica d'organització de l'activitat econòmica. D'ací, que tal i com hem dit abans, hom pugui parlar de "ruptura" del tipus contractual i que sigui possible de trobar estructures d'organització corporativa allà on fins ara l'organització de les relacions personals estava presidida pel principi d'auto-organicisme; i, a l'inrevés, d'incrustar en l'estructura corporativa elements de regulació que responen a la participació directa del soci-empresari. La conseqüència d'aquest plantejament, pel que fa a la possibilitat d'establir el marc de regulació de les estructures societàries, és que la classificació de les societats en capitalistes i personalistes, en funció de la posició del soci en l'estructura organitzativa, és del tot inútil i insatisfactòria. Així s'expliquen les dificultats que pateix la doctrina tradicional a l'hora de qualificar la societat de responsabilitat limitada, o els esforços d'aquesta mateixa doctrina per tal de mantenir els tipus legals lluny de qualsevol mena de contaminació.

La nostra proposta s'orienta en el sentit de mantenir la gradació en l'escala de subjectivització tal i com hem explicat suara. Criem que la dada característica que permet d'aïllar i d'individualitzar cadascuna de les figures societàries és la del grau de limitació de la responsabilitat en funció de l'estructura patrimonial adoptada.

Aquesta dada és l'única que condiciona el règim d'organització i que, llevat d'això, la resta —tret de zones de vigència de normes imperatives determinades precisament per l'elecció d'una concreta estructura patrimonial— romanen en l'àmbit de l'autonomia de la voluntat. D'ací que ja n'hi hagi prou amb les figures fornides per la codificació i que no calgui ampliar-ne el catàleg. Perquè la combinació d'elements d'unes i altres figures cobreix a bastament les possibilitats d'utilització per part dels particulars i en satisfà plenament les seves necessitats. En el fons, es tracta de possibilitar als subjectes privats l'elecció entre dues formes d'arribar a l'exercici col·lectiu de l'activitat econòmica: vol el subjecte romandre o esdevenir empresari (en sentit econòmic), aleshores pot conformar l'estructura d'organització d'aquesta activitat mitjançant els esquemes legals que ho fan possible i que parteixen del compromís personal del seu crèdit empresa-

rial. Vol, en canvi, romandre en la posició del soci-inversor, tot restant allunyat de la gestió empresarial, caldrà aleshores que esculli una forma d'organització que s'adapti al negoci de la inversió. Però això no vol pas dir, d'entrada, que calgui excloure una o altra forma, en funció de la posició que el subjecte vol adoptar. Serà el mercat qui condicionarà la decisió de quina de les dues formes és la més adequada i perquè en cada cas caldrà entendre una o altra figura — pura, mixta o parcialment nova— com l'oportuna per tal d'assolir determinades finalitats de política econòmica.

2.3.2. *La voluntat electora del tipus societari i la individualització del seguit de figures organitzatives*

En principi, tal i com acabem d'exposar, l'accés al mercat i la necessitat d'obtenir recursos de finançament per a l'exercici de l'activitat econòmica són les dades que permeten de condicionar l'elecció d'una determinada estructura organitzativa. Si es vol afavorir la transparència del finançament i facilitar l'accés als recursos, caldrà que d'alguna manera el marc de regulació dels negocis d'inversió "incentivi" aquest capteniment. Si, en canvi, hom s'estima més deixar de banda el mercat de capitals com a marc de referència i selecció de les inversions, caldrà aleshores posar traves a la constitució d'organitzacions empresarials associatives que tinguin per finalitat la captació de cabdals procedents de l'estalvi privat i reconduir tot el sistema de finançament a través del patrimoni particular i del crèdit mediatitzat per les institucions tradicionals de crèdit i estalvi que serveixen a tal fi. No cal dir que aquest sistema té uns costos globals més elevats i que, a més, està mancat de la transparència en l'anàlisi de la procedència dels recursos que és inherent al primer. D'altra banda, aquest segon sistema mena a una concentració cada cop més gran de la renda i de la riquesa, a la dependència econòmica i a l'afebliment progressiu, per centralització, dels intercanvis.

De tota manera, cal no incórrer en l'error d'establir marcs de regulació excessivament tancats, que impedeixin o dificultin la presa de decisions en l'elecció d'una determinada figura associativa. La voluntat electora del tipus societari apareix condicionada, en primer lloc, per la voluntat de recórrer o no al mercat públic de capitals com a procediment de finançament. Però no és pas exclouent. En segon lloc, juguen factors d'ordre tributari i d'organització patrimonial que condicionen tanmateix la voluntat electora. Però finalment, com que en l'elecció del model legal d'organització de les relacions personals regeix el principi de l'autonomia de la voluntat, és indiferent que el legislador hagi previst un determinat model com a sistema de finançament i un altre com a organització dels factors productius, perquè en un com en l'altre cas, podran els particulars adaptar el model escollit a les finalitats que més els convinguin i així configurar, per exemple una societat per accions com a model d'organització d'una explotació familiar, o una societat civil o col·lectiva amb participació del públic com a sistema de finançament.

Per tal d' aclarir una mica aquesta exposició podem prendre com a exemple la individualització de la societat de responsabilitat limitada respecte de la socie-

tat per accions. Ambdues responen al principi de limitació —total o gairebé total— de responsabilitat dels socis pels deutes i l'activitat socials. Però la necessitat d'una regulació diversa —la qual cosa justifica la diversitat dels tipus— troba la seva causa de justificació en l'adopció d'una estructura organitzativa (personal i patrimonial) diversa. La societat de responsabilitat limitada està destinada a fer romandre els socis en la qualitat d'empresaris. No és un sistema de finançament, sino de trasllat de les conseqüències d'un d'aquests sistemes —la limitació de responsabilitat— a una forma d'organització dels factors productius. Si la societat de responsabilitat limitada té alguna justificació, és perquè permet un sistema d'organització diferent de la societat anònima per accions. Aquest sistema se centra en la vinculació de la direcció de la societat a les instruccions dels socis copropietaris i la identificació entre administració del patrimoni col·lectiu i direcció de l'empresa. Per aquest motiu la separació dels àmbits d'afectació entre patrimoni social i patrimoni particular de cadascun dels socis no és absoluta i fins i tot n'és la causa que s'hagi adoptat una estructura patrimonial concordant amb aquest principi: juntament amb el capital d'explotació, el compte particular de cada soci contribueix a configurar l'afectació de responsabilitat. Per això, en cas de descapitalització, els saldos creditors dels comptes particulars dels socis passen a integrar el capital de responsabilitat i no poden ser entesos com a préstecs o crèdits atorgats pels socis a la societat (§ 32a i § 32b GmbHG i § 129a HGB), o bé, en cas de manca de cobertura patrimonial d'una aportació, caldrà arrossegar i distribuir el dèficit entre els altres consocis (§ 24 GmbHG).

En canvi, el marc de regulació de la societat per accions té com a punt de partença el ser un sistema de finançament dirigit al públic inversor. En la mesura que el negoci d'inversió presideix l'arrencada d'aquesta figura societària, tot deixant allunyat l'inversor de les tasques de gestió i administració del patrimoni col·lectiu, cal, per tal de ser conseqüents amb el plantejament, que aquesta tingui el màxim de lliures les mans en l'administració dels negocis col·lectius. L'estructura patrimonial adoptada —patrimoni fiduciari d'afectació a un fi— així ho exigeix i, per tant, aquesta és la causa que l'organització personal de l'ens col·lectiu sigui inicialment diversa dels altres models. Per això, la direcció de la societat concentra gairebé tot el poder en els models legals més evolucionats, restant pràcticament desvinculada de l'assemblea general d'accionistes quasi-proprietaris (vegeu § 76 AktG) davant la qual, la direcció no en respon més que mediatament i amb uns efectes molt limitats, dins d'unes determinades esferes.

Pel què fa a l'estructura patrimonial d'aquesta figura, l'absoluta desvinculació entre el patrimoni col·lectiu autònom i el patrimoni privat individual de cadascun dels accionistes-inversors determina que no es pugui comprometre gens ni mica el crèdit d'aquests darrers i que calgui instrumentar mesures de comptabilitat més rigoroses, que tendeixin a mantenir la integritat patrimonial del capital en la seva doble funció, de capital d'explotació i de capital de responsabilitat. Per això, el soci inversor no pot liquidar la seva participació més que en el mercat, mitjançant la seva venda, perquè sinó altrament la integritat patrimonial es veuria fortament compromesa. És precisament l'acte de desapoderament inicial realitzat amb la inversió el que motiva aquesta desvinculació al·ludida i el que

justifica, d'altra banda, que l'inversor no tingui cap mena d'obligació a seguir contribuint en les pèrdues, com s'escau en les formes d'organització que parteixen del compromís personal del crèdit del participip, ni tan sols en els supòsits de descapitalització.

Si no es tenen presents aquestes consideracions es tendirà a confondre —com ho fa la reglamentació andorrana— ambdós tipus societaris i, a la llarga, a la mort per inanició d'un dels dos. Així, per exemple, deixa de tenir sentit un sistema en el qual tant la societat de responsabilitat limitada com la societat anònima per accions responen al principi de sobirania decissional de l'òrgan de reunió dels socis, amb la qual cosa s'oblida que la causa que justifica una regulació diversa és un punt de partença també divers en la presa en consideració de la posició del soci en l'organització personal i patrimonial. D'altra banda, l'equiparació en el tractament patrimonial i tributari de la societat de responsabilitat limitada amb la societat anònima per accions duu a la conseqüència pràctica de la inutilitat de la figura, en la mesura que se l'assubjecta a un sistema de mesures de control i de publicitat que només es justifiquen inicialment per la participació del públic inversor en un procediment de finançament i, que no té cap mena de sentit en una figura que malda per reservar amplis poders al soci-empresari.

Si volem treure profit d'aquest plantejament, per tal d'adoptar una postura en front de la tasca de reforma legislativa, la conseqüència necessària ha d'ésser que cal tendir a reservar la figura social per accions per a aquells tipus d'organitzacions patrimonials que s'estructuren sobre la base de la recol·lecció de capitals procedents de l'estalvi privat o públic i, alhora, accentuar els trets de participació del soci en els models basats en un compromís personal del partícep-empresari. Per això, em sembla correcta la fixació de capitals mínims en la constitució d'unitats d'explotació de determinades activitats sectorials, en la mesura que això contribueix a la necessitat d'extreure recursos dels cabdals privats, a la constitució d'un accionariat dispers i a la progressiva ampliació i funcionament del mercat de capitals.

Això no vol dir, però, tal com hem anat advertint al fil de l'exposició, que calgui mantenir ordenaments completament separats i intangibles, segons quin sigui el punt de partença inicial o la posició d'aquell que aporta cabdals o que compromet el seu crèdit, sino que cal permetre l'elecció d'un o altre tipus d'organització, combinar-ne elements d'un o altre tipus, i possibilitar el pas d'una a altra fórmula mitjançant la utilització de figures mixtes. En aquest punt, la utilització de capitals comanditaris com a fórmula de finançament d'explotacions familiars —amb aportacions o per accions— pot jugar un gran paper i per això considero un greu error el buit legislatiu que la reglamentació andorrana fa de la figura social comanditària.

2.4. *Qüestions de règim (fragmentarietat i reconstrucció)*

Per tal d'establir un marc de regulació adequat i apropiat per a cada una de les figures societàries, cal prendre com a punt de referència dues coordinades,

a les quals hem fet referència a mesura que ens anavem endinsant en l'exposició de la problemàtica. D'una banda, l'obligació de confiança (*Treuepflicht*) inherent al negoci fiduciari, tal i com hem qualificat el negoci d'inversió, forneix una de les dades o elements d'aquest marc de referència. D'altra, la distinció entre organització dels factors de producció i organització patrimonial del capital inversor, representa l'altre dels extrems del pla on cal situar la problemàtica. Només d'aquesta manera és possible posar una mica d'ordre a la gran quantitat de fragments de regulació a que ha menat la codificació.

L'obligació de fidelitat i confiança opera de forma diversa segons quina sigui l'estructura patrimonial escollida. I al seu torn, té un abast diferent si el negoci d'inversió és el resultat de la subscripció de recursos en el mercat o d'una negociació (parcialment) individual. En cada cas, aquesta obligació assolirà un grau d'intensitat diferent segons quina sigui la posició de l'inversor envers els altres socis i/o l'administració del patrimoni col·lectiu. També aci hom pot seguir una certa gradació en funció de l'organització de l'estructura patrimonial adoptada, cosa que veurem tot seguit.

2.4.1. *Joc de l'obligació de fidelitat i confiança en les organitzacions que parteixen del compromís personal del crèdit del particip*

Pel que fa a les estructures organitzatives que parteixen de l'estricta compromís empresarial dels particips, l'obligació de fidelitat i confiança juga un paper secundari, en la mesura que cada un dels particips serveix importants facultats d'administració derivades de la (co)titularitat del patrimoni col·lectiu. Algunes escadusseres regles tradicionalment emprades en la regulació de conflictes entre els socis responen a aquest principi, i val a dir que representen supòsits francament excepcionals. Amb tot, però, hi ha dues esferes on hi pot tenir certa influència: en el capteniment deslleial dels socis o administradors, i en la gestió antieconòmica dels encarregats de fer-ho. Així, per exemple, cal interpretar el seguit de normes que tenen per base tal capteniment i que menen a la revocació de l'administració i/o a l'exclusió de la societat (vegeu, per exemple, § 112 i 113 HGB; § 140, en relació amb el § 133 HGB; § 712.1, § 737 en relació amb el § 723, I BGB; arts. 132, 134 a 139, en relació amb l'art. 218, i art. 224 Cco.; arts. 1.705 a 1.707 del Cciv.; i art. 2.162 LEC).

En ambdós supòsits el fonament o *ratio* de la norma és el mateix i els textos legals no ho podien expressar de forma més explícita: evitar el possible perjudici que es causaria al patrimoni col·lectiu, és a dir, a la seva integritat o a la seva rendibilitat (compareu, si voleu, el text dels arts. 132 Cco., referit al *mismanagement*, i 1.706 del Cciv., a un supòsit de capteniment deslleial). Es tracta, en definitiva, de retornar a les normes de la comunitat: cadascun dels socis-coparticips pot disposar del patrimoni col·lectiu de tal manera que no perjudiqui l'interès col·lectiu (és a dir, es mantengui la integritat patrimonial) i permeti als altres de disposar-ne també amb el seu títol (és a dir, es mantengui la rendibilitat de les respectives quotes). (Compareu, si us plau, els arts. 1.695, II Cciv. i 394 del ma-

teix codi). Atès que el soci-coparticip és contitular d'un patrimoni col·lectiu, en la mesura que l'estructura del seu dret de propietat només ha sofert una petita (primera) modificació i serveix en les seves mans facultats inherents al contingut del dret de propietat, cal doncs, que en l'exercici d'aquestes facultats no es faci minvar el patrimoni col·lectiu en la seva constitució i integritat. És doncs, el propi dret de propietat el qui assenyalava els límits del seu exercici. La sanció n'és l'exclusió del soci deslleial o del gestor desqualificat (art. 1.706 del Cciv.; art. 218 Cco.; § 140 HGB) perquè aquest capteniment resta esforçat a l'acte que suposa precisament la seva reunió per tal de fer front a un fenomen de diseconomia en escala.

Des d'un altre punt de vista, l'acte de deslleialtat suposa la irrupció d'un nou subjecte econòmic en el mercat (tràfic) i, per tant, una modificació de la seva estructura (de mercat). Atès que l'accés al mercat en un ordre de lliure competència ha d'ésser igual per a tothom i que cal no obstaculitzar-lo, la llei resol el possible conflicte entre el soci deslleial i la societat, facilitant-ne la sortida i arbitrànt un seguit de mesures que fan possible el manteniment de la integritat patrimonial de l'antic subjecte en supòsits, que normalment abocarien a la dissolució i liquidació del patrimoni col·lectiu (vegeu art. 219 Cco. i § 738 del BGB). És a dir, cal evitar la dispersió d'esforços que menaria a resultats poc o gens rendibles, mitjançant el pagament d'uns costos mínims. Aquesta minimalització de costos és la funció a la que serveix la norma que sanciona el capteniment deslleial del soci. En principi, aquest conjunt de normes representen una prima a l'antic subjecte econòmic, en el sentit que intenten el manteniment de la seva presència en funció d'una solvència acreditada. Però en el moment que les operacions dutes a terme pel soci deslleial produeixen més riquesa de la que produïa l'activitat conjunta, caldrà entendre la sanció prevista en aquest bloc normatiu com el preu a pagar (cost d'oportunitat) per l'accés al tràfic d'un subjecte que està en condicions de generar més riquesa, tot compensant a l'antic subjecte del possible perjudici.

2.4.2. *Abast de l'obligació de fidelitat i confiança en els negocis d'inversió*

Pel que fa a les organitzacions que adopten una regulació corporativa o quasi-corporativa, l'obligació de confiança que neix del negoci d'inversió presideix totes les relacions entre inversors i fiduciaris i hi juga amb una intensitat especial.

En la mesura que l'organització corporativa es regeix per un règim de majoria i que és la majoria qui anomena la direcció de la que depèn el *management*, l'obligació de confiança i fidelitat traça igualment el marc en el qual cal resoldre els problemes de conflictes entre majoria i minoria (Posner), interpretació de l'interès social i bases de funcionament de la direcció del negoci.

En aquest context, el risc de *mismanagement* per a l'inversor és sensiblement inferior a l'anterior supòsit, perquè els managers en no ser propietaris i no arriscar el seu propi crèdit, depenen més estretament dels qui ho són (en un sentit molt ampli) i perquè una gestió desqualificada o simplement desafortunada minva

considerablement les futures expectatives de treball del personal directiu en aquest mercat (Manne, Alchian i Demsetz).

El perill, però, de conductes deslleials que menin a una descapitalització o minva de la rendabilitat de la inversió per part dels *managers*, cal enfocar-lo d'una altra manera de com ho hem fet amb les organitzacions basades sobre el compromís personal del crèdit del particip, perquè en aquests casos el soci-proprietari compromet tot el seu crèdit i, en canvi, en una estructura corporativa el soci arrisca tan sols l'import de la seva inversió. La solució, doncs, ha de ser diversa i es tradueix en una minva dels drets o facultats de control del soci inversor. L'inversor de capital no és propietari —en el sentit de cotitular patrimonial— del patrimoni empresarial. Per tant, no gaudeix de les facultats inherents al contingut del dret de propietat i els possibles conflictes entre l'inversor i l'administració cal que siguin resolts en el marc de l'obligació de fidelitat i confiança inherent al negoci d'inversió. Aquesta obligació esdevé importantíssima i passa a ocupar un primer pla, en la mesura que les possibilitats de "controlar" l'administració no depenen ja de l'exercici d'unes facultats de contingut patrimonial, sino simplement obligacional i, per tant, el contingut d'aquest "dret de control" ha d'ésser sensiblement inferior en intensitat del que gaudeix aquell qui participa en estructures organitzatives que en comprometen el seu crèdit personal. És a dir, la intensitat d'aquest dret augmenta a mesura que el seu titular compromet el seu crèdit personal i, inversament, l'obligació de confiança substitueix el contingut estrictament patrimonial de les facultats derivades de la cotitularitat. Un cop més, la vinculació entre l'estructura patrimonial de l'organització col·lectiva i el grau de limitació de la responsabilitat del partícep determina que poguem parlar també ací d'una gradació de la intensitat del dret de control, segons l'esquema que s'adjunta en la figura nº 3.

En sentit estricte, l'abast de l'obligació de fidelitat i confiança dels administradors envers els inversors es limita a l'aplicació dels cabdals rebuts en inversió, de forma que el titular de la inversió obtingui el màxim rendiment possible. Però per tal que això sigui possible, cal que l'administració assegurui la integritat patrimonial de la societat mitjançant una política empresarial adient. És en aquest context dialèctic on cal situar i interpretar l'anomenat "interès social", articular les relacions entre inversors i administradors i inserir-ne els mecanismes de control adients. Seguint aquestes pautes, hom s'adonarà fàcilment que la intensitat del control estarà en relació directa amb el grau de vinculació entre els administradors i els inversors. Com més fort sigui el lligam, més intens serà el control. Si l'assemblea de socis, és a dir, d'inversors, conserva àmplies facultats, de tal manera que l'administració s'hi hagi d'entendre vinculada, caldrà que les competències entre ambdós òrgans es distribueixin d'acord amb un procediment que en faci de la posició de l'inversor la peça clau del sistema. Per això, caldrà arbitrar una sèrie de mecanismes que permetin l'exercici de la funció del control pels inversors sobre els administraors. Caldrà mantenir la concepció de l'assemblea com a òrgan sobirà i instància decissòria, possibilitar l'exercici d'instruccions sobre l'administració, facilitar-ne la revocació, instituir sistemes de protecció de la minoria —atès que és la majoria qui anomena l'administració— permetre'n la seva

Figura 3

SOCIETAT CIVIL	SOCIETAT COL·LECTIVA	COMPTE EN PARTICIPACIÓ	SOCIETAT DE RESP. LIMITADA	SOCIETAT PER ACCIONS	GRUP DE SOCIETATS
Dret nat a la gestió	Soci exclòs de la gestió	Soci comanditari -compteparticip-	Gmb §§ 46, VI i 51a i 51b en relació amb el § 46.	AktG §§ 131 i 132 LSA art. 65	O
Cco. art. 129 HGB § 114 Cniv. art. 1.695.1 BGB § 709	Cco. art. 133 HGB § 118 BGB § 716	Cco. art. 150 HGB §§ 166, 338			

representació en les instàncies executives (*Proxy-System*) i, sobretot, caldrà que l'inversor pugui decidir sobre la distribució dels resultats i la seva aplicació. No cal dir que aquesta concepció va lligada a la idea —per bé que atebhida— de participació empresarial de l'inversor, amb les conseqüències que això té en l'ordre patrimonial.

En canvi, si hom opta per partir d'un model en el qual la desvinculació entre inversors i fiduciaris sigui pràcticament absoluta, caldrà enfortir la posició dels administradors, buidar de competències l'assemblea, i instituir mecanismes de control per uns altres conductes.

Especialment, aquest model que parteix de la base d'un accionariat abundós i dispers —conseqüent amb la idea de servir de sistema de finançament— tendeix a evitar l'exercici de les facultats de direcció contra els interessos dels inversors per una via totalment diferent, tot deixant a l'arbitri del mercat la decisió sobre el capteniment deslleial del *management*.

La ruptura de l'obligació de fidelitat i confiança en el sentit que hem acabat d'exposar, ha de permetre posar en funcionament mecanismes interiors que tendeixin a possibilitar la substitució del *management* mitjançant les delegacions de vot o el funcionament d'un sistema de vot proporcional. Però, a més a més, l'inversor descontent sempre té l'opció de liquidar la seva participació mitjançant la venda del seu títol en el mercat borsari. Una venda massiva de títols per manca de rendibilitat provocarà una devallada de les cotitzacions i, a l'ensem, permetrà de posar en funcionament un nou sistema de transmissió del control sobre la societat. La desvalorització dels títols permetrà la seva adquisició a costos realment baixos per part de qui estigui interessat en recomposar la majoria i substituir el *management*, mitjançant els mecanismes de les "preses de control" o dels oferiments públics d'adquisició que, a la llarga, aboquen a les fusions o a la integració en un grup, en el cas que el nou inversor sigui una gran societat.

2.4.3. Vers una proposta de solució

Aquesta exposició ve substancialment a tomb perquè connecta amb un altre dels grans problemes del dret de societats actual: la separació entre propietat i control (en sentit ampli) al si de l'empresa (Berle & Means) i la necessitat o no de recomposar l'equilibri mitjançant l'establiment d'un sistema de democràcia representativa i participativa.

La doctrina angloamericana més moderna (Posner, Landers, Manne) creu que la separació entre propietat i control és un problema mal plantejat, que no té present la distinció entre empresa com a organització dels factors productius i societat com a fórmula de finançament, per bé que en parlar del subjecte econòmic calgui parlar d'ambdós a l'ensem (Posner). Per a aquesta doctrina la separació entre propietat i control pot ser un bon punt de partença per l'organització dels factors productius si hom tria un sistema pur de finançament amb recursos procedents de l'estalvi mitjançant l'accés al mercat de capitals. Aleshores el marc de regulació de la corporació hauria de tendir a deixar intocada la posició de l'administració i fer-la només vulnerable en el moment que es lesionés l'encàrrec de fer rendible la inversió per desviació dels seus resultats cap a un subjecte diferent del seu titular. La sanció s'explicaria tan sols per la destrucció de rique-

sa que suposaria el capteniment deslleial de l'administració. Aquest sistema s'hauria de caracteritzar per la manca de subjecció de l'administració envers els inversors, l'amplitud del marge de la seva actuació i la dificultat en l'exercici de sistemes de protecció o tutela de les minories que, només en casos extrems, estaria justificat el seu funcionament, perquè altrament caldria negociar constantment per petiteses, el cost transaccional de les quals seria massa elevat. La protecció dels inversors s'hauria de canalitzar per uns altres camins, sobretot amb l'enfortiment de mesures de publicitat que contribuïssin a fer més transparents les transaccions i a reduir, en general, els costos d'informació.

L'elecció entre un model proteccionista que estableix tot un seguit de canals participatius i atorgui molts drets a la minoria o al simple inversor i un model menys respectuós amb la minoria i més tendent a afavorir la posició de la direcció del negoci és una decisió de política jurídica que pertoca al legislador. Però cal no caure en l'error de veure ambdós models com a dues formes diverses d'organització d'un mateix sistema (de finançament). És preferible, en tot cas, preveure ambdós models com a fórmules alternatives, no excloents, que permeten a l'empresari (en sentit no tècnic) escollir entre un finançament amb recursos procedents del mercat o un finançament mitjançant, un compromís associatiu d'altre forces empresarials.

Però el que cal ressaltar és que no convé barrar d'entrada el pas a l'elecció d'una fórmula encara que, en principi, no es vulgui utilitzar el model amb la finalitat d'obtenir recursos o d'organitzar forces empresarials, en el seu cas. Per bé que la corporació pugui menar a la concentració de la titularitat de les inversions en un limitat nombre de mans —altres corporacions o titulars d'altres inversions— cal no posar pals a les rodes per tal d'evitar que això no passi. Un bon sistema de finançament pot ser també un bon sistema d'organització dels factors productius si els titulars de la inversió són subjectes econòmics que contribueixen al funcionament direccional de l'empresa. I, a l'inrevés, cal no limitar d'entrada l'accés al mercat de formes d'organització empresarial —tal i com ho fa el sistema espanyol (art. 4 LSA) de forma totalment desencertada— mitjançant entrebancs inútils que impedeixen el desenvolupament d'aquestes figures societàries a l'hora —com a resultat de la fuga dels subjectes econòmics cap a les formes corporatives— de prendre mesures en altres àmbits que només estan justificades per la participació del públic inversor en un sistema de finançament.

Pel que fa al primer ordre de problemes, l'adopció de mesures excessivament proteccionistes mena, a la pràctica, a una inutilitat de la seva utilització quan realment cal, és a dir, com a sistema de protecció de l'inversor, perquè la seva participació sol ser tan escadussera que no pot maldar gens ni mica per fer-la eficaç. I quan els partícips són pocs amb participacions equiparades, aleshores el conjunt de mesures es pot mostrar inconvenient, atesa la rigidesa a la que pot menar. Si tenim present que aquests supòsits de participacions compartides o, si més no, de posicions relativament dominants o majoritàries venen representades per titulars— inversors que són al seu torn una altra corporació o subjecte econòmic, caldrà que el marc de solucions el situem fora de l'organització

interna del sistema de finançament i que el cerquem en l'òrbita del dret de grups.

2.5. El dret de grups com a fórmula de finançament i d'organització dels factors productius

Precisament aquest darrer sector és un altre buit de l'ordenament andorrà, que caldria subratllar. En els darrers anys el dret de grups ha experimentat una forta evolució i desenvolupament, fins el punt que problemes tradicionals, com poden ser la societat d'un sol soci i el de les formes mixtes (GmbH & Co, KG) troben al seu si el seu tractament i marc de solucions. No es tracta ara d'endinsar-nos en la complexa problemàtica que presenta el dret de grups, però sí que caldria advertir alguns dels seus trets essencials per tal de fer un toc d'atenció sobre determinats problemes que en un país com Andorra, amb un sector financer important i una economia orientada als intercanvis, no es poden deixar passar per alt. Per tal de citar només un parell d'exemples significatius hom podria parlar ara de les societats *holding*, l'*Anstalt*, o les societats fiduciàries d'inversions (*Treuhandgesellschaften*), els quals representen supòsits típics d'aquesta situació. Amb tot, però, cal advertir que el dret de grups només ha trobat excepcionalment una regulació (parcialment) completa i sistemàtica i que són molt pocs els ordenaments que tracten d'alguns problemes típics o connectats amb la problemàtica dels grups.

L'organització de grup representa ara com ara el darrer graó de l'evolució de la tècnica capitalista més avançada cara a conseguir instruments de finançament cada cop més barats i més eficaços. Sigui quina sigui la tècnica emprada —vinculacions contractuals i/o "presa de control" per participació— resulta indiscutible que els costos de l'operació són sensiblement més baixos que els costos de les solucions tradicionals (fusions) i permeten de fer-se amb el control d'una empresa pagant tan sols un cost d'oportunitat. D'altra banda, el grup suposa un avantatge suplementari molt important en relació amb la forma tradicional d'organització de l'empresa, en la mesura que el manteniment d'unitats operacionals formalment autònomes permet de diversificar millor el risc i augmentar, en conseqüència, les perspectives de maximització global. D'ací que hom hagi pogut parlar també del grup com a tècnica d'organització dels factors productius, perquè l'estructura policorporativa (Bälz) del sistema de finançament permet d'adoptar una fórmula coincident d'organització mitjançant el funcionament d'una pluralitat d'unitats autònomes coordinades per un òrgan central comú, el qual pot exercir més o menys intensament el seu poder de direcció i control.

La característica essencial de l'organització de grup és l'absència d'un patrimoni comú o col·lectiu en relació al grup, i el manteniment, ben al contrari, dels patrimonis individuals de les unitats que l'integren, com a centres autònoms d'imputació de l'activitat econòmica. Atès que cadascun conserva la seva pròpia identitat funcional, l'organització de grup només es pot assolir mitjançant una superestructura incrustada per damunt de les organitzacions individuals que es mantenen als simples efectes d'imputació del risc. Això permet de flexibilitzar al màxim la macroestructura organitzativa, prescindir, si arriba el cas, de les unitats

poc o gens productives, racionalitzar l'absorció de recursos i, en general, desenvolupar una política empresarial àgil i agressiva, de la qual han d'aprofitar-se'n, en principi, tots els inversors de les unitats integrades en el grup. Però, d'altra banda, tot i que l'erecció d'un grup —o la integració d'una entitat en l'ens col·lectiu— no representa l'adquisició d'un símil de personalitat jurídica, atesa la manca d'una estructura patrimonial unitària, la usual centralització organitzativa en una empresa dominant i una o unes altres de dependents mena a pregones modificacions de l'estructura organitzativa de les societats integrades —sobretot si són societats per accions— i a un desequilibri del sistema de poders en favor d'aquella.

Aquest desequilibri afecta fonamentalment dues esferes d'interessos estrictament privats: la dels creditors de les entitats integrades, en la mesura que el patrimoni que ha de servir per a garantir els seus crèdits es veu afectat per la política de grup; i el dels inversors de les societats dominades, també en la mateixa mesura, en relació amb la rendabilitat de les seves inversions. A aquestes dues esferes cal afegir una tercera de caràcter públic i que afecta al sistema econòmic, en la mesura que el mercat ha d'estar en condicions de conèixer la situació patrimonial i financera de les entitats agrupades, així com la del grup en la seva globalitat, per tal que les transaccions puguin ser transparents i minvar, així, els costos d'informació.

2.5.1. Els interessos dels inversors en l'estructura de grup

Pel que fa a l'esfera dels interessos dels inversors de les societats controlades, la seva posició es pot veure amenaçada si l'administració de la societat practica una política de grup que desvia sistemàticament els resultats econòmics de la unitat productiva cap a d'altres entitats o cap a l'organ central. L'administració de la societat dominada, en mans d'una minoria de control, representada en darrera instància per l'organ central, permet de situar a aquesta en una posició de permanent i constant violació del seure de fidelitat i confiança en vers els inversors (vegeu en aquest sentit, el cas ITT, BGH, BB 1975, 1540). Aleshores, segons com sigui l'estructura de l'accionariat és molt probable que els accionistes o partícips purament inversors vulguin posar en funcionament els mecanismes de tutela de la minoria, el quals entorpeixen —o poden entorpir— el normal funcionament de l'organització inversora.

Per tal de poder sortir d'aquest cul-de-sac caldrà transgir, i la transacció abocarà necessàriament a una modificació de l'estructura de la titularitat patrimonial del subjecte inversor. O bé, es tractarà de convertir la seva posició en la d'un obligacionista que veu reconegut i garantit una determinada fixa rendabilitat, tot arrabassant-li el dret a oposar-se a les decisions de l'administració, o bé es tractarà d'intentar excloure'l de l'organització inversora mitjançant la "compra" o el bescanvi de les seves participacions per participacions de l'entitat dominant, solució que s'escau amb prou sovintesa en la praxi dels negocis en societats amb un nombre reduït de partíceps.

A l'hora de formular una proposta de solució legislativa cal tenir present la diferent estructura dels grups, per tal que aquesta pugui ser practicable. En els grups amb una estructura "tancada" és possible d'establir una regla que atorgui als inversors el dret a romandre en la societat mitjançant l'assegurament d'una determinada rendabilitat o, a ésser indemnitzats si se'n van de la societat (en metàlic o per bescanvi de participacions), perquè en aquest cas el cost de l'operació és tan sols un cost d'oportunitat no pas gaire gros: atès que no hi ha mercat, el preu de l'operació representa tan sols el preu de l'exercici dels drets de tutela de la minoria.

En canvi, en els grups amb una estructura "oberta", amb forta participació del públic inversor, la solució pot tenir uns costos prou elevats com per a fer fracassar l'operació de concentració. Alehores caldrà cercar una altra sortida. Una sortida que possibiliti la transacció en els casos que sigui possible, o que deixi a l'àrbitri del mercat la desió. Cal tenir present que l'inversor descontent sempre té al seu abast la possibilitat de liquidar la seva participació tot acudint al mercat i oferint-ne la seva venda, la qual cosa pot ésser aprofitada per l'administració per tal de recollir-les i enfortir així la seva posició, si el preu obtingut per la davallada de les cotitzacions pot arribar a ésser interessant. Fins i tot hi ha legislacions que preveuen un dret a l'adquisició forçosa a partir de determinades xifres de participació en favor de la majoria.

2.5.2. *La posició dels creditors*

La segona esfera d'interessos en conflicte, la dels creditors de les entitats dominades, és força més complexa. Tradicionalment s'ha enfocat el problema des de l'òptica de l'abús de la personalitat jurídica —sobretot en el supòsit de societats d'un sol soci— o del frau de creditors. Avui sabem que aquesta manera de tractar el tema és incorrecta perquè les doctrines de l'abús o del frau estan cridades a operar tan sols en supòsits límit, quan ja no hi ha altre remei possible, i amb uns resultats francament poc o gens satisfactoris.

D'altra banda, els creditors de les entitats dominades poden patir seriosos perjudicis sense que altrament l'administració hagi incorregut en abús o frau —deixant de banda, a més, els problemes de prova en cas que es donessin aquests supòsits— i, per tant, no es veuen protegits per aquests remeis.

Cal tenir present que la integració en un grup altera les bases sobre les quals el creditor realitza el seu càlcul del risc, en la mesura que l'estructura patrimonial i financera de la societat es pot veure afectada per l'afiliació o pertinença al grup.

La modificació d'aquest càlcul només és possible si el creditor disposa de l'oportuna informació. Però la informació té uns costos sovint massa elevats i fins i tot inabastables per a què el creditor pugui servir-se'n amb profit.

La modificació de les bases del càlcul costos/beneficis genera, doncs, un risc que cal atribuir a aquell que en millors condicions estigui de poder-lo suportar. A reserva d'un estudi empíric que demostrï altra cosa, sembla que l'empresa dominant (en cas de grups amb estructura piramidal) pot estar d'entrada en millors condicions de preveure l'èxit o el fracàs de la seva gestió econòmica a través de les societats dependents, que no pas els creditors, des del moment que la presa de participació ha estat una operació previament calculada. També des d'una altra perspectiva assembla que els costos d'informació al si del grup han d'ésser sensiblement inferiors al cost afegit dels incidents (costos d'informació exteriors + costos dels incidents).

Seguint les pautes que hem establert sembla que cal concloure en el sentit de preveure un mecanisme que asseguri la integritat patrimonial de les entitats dominades. Dues vies són possibles en principi: l'establiment de mesures indirectes —reserves especials, limitació dels dividendes absorbibles, etc.—, o l'establiment d'un principi de responsabilitat de l'entitat dominant. Aquesta segona solució, congruent amb la idea de suport del risc que hem acabat d'exposar, jugaria un paper preventiu —a tall de prevenció general— que menaria o hauria de menar a un manteniment de la integritat patrimonial de les entitats dominades.

Això, però, no vol pas dir que calgui mantenir sempre i en tot cas la unitarietat de solucions. El funcionament del principi hauria de jugar com a regla general en aquells supòsits en els quals l'estructura de grup hagi menat a un funcionament unitari, sotmès a unes directrius o pautes integrades dins d'una política global i sempre que aquesta situació alteri de forma objectiva les bases del càlcul del risc del creditor. Els supòsits que no reunissin els elements característics de la hipòtesi de treball haurien (podrien) ser exclosos, mitjançant, per exemple, la formulació d'una llista taxada.

BIBLIOGRAFIA

- ALCHIAN, Armen A./DEMSETZ, Harold: Production, Information Costs and Economic Organization, AER 1971, 777.
- BÄLZ, Ulrich: Einheit und Vielheit im Konzern, FS RAISER, Tübingen 1974.
- CASTRO BRAVO, Federico de: La persona jurídica. Madrid 1980.
- COING, Helmut: Die Vertretungsordnung juristischer Personen und deren Haftung gemäß § 31 BGB, FS FISCHER, 65.
- DEMSETZ, Harold: Toward a theory of property rights, AER 57 (1967), 347.
- FAMA, E.F.: Agency Problems and the Theory of the Firm, JPE 88 (1980), 288.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis: La atipicidad en el derecho de sociedades. Saragossa 1979.
- FLUME, Werner: Die werdende juristische Person, FS GESSLER, Múnic 1971, 3.

- id: Unternehmen und juristische Person, FS BEITZKE (1979), 43.
- id: Um ein neues Unternehmensrecht. Berlin 1980.
- id: Die Gesamthand als Besitzer, FS HENGELER (1972), 76.
- id: Die GmbH-Einmanngründung, ZHR 146 (1982), 205.
- id: Die Gründung der Einmann-GmbH nach der Novelle zum GmbH-Gesetz, DB 1980, 1781.
- FONT RIBAS, Antoni: Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses, RJC 3 (1982).
- GALGANO, Francesco: Le istituzioni dell'economia capitalista. Bolonya 1974. Traducció castellana, a cura de Manuel Broseta i Carme Alborch. València 1980.
- id: Storia del diritto commerciale. Bolonya 1976. Traducció castellana, a cura de Joaquim Bisbal. Barcelona 1981.
- GARCIA VILLAVERDE, Rafael: La exclusión de socios. Causas legales. Madrid 1977.
- GIRON TENA, José: Derecho de Sociedades. Madrid 1976.
- KÜBLER, Friedrich: Gesellschaftsrecht. Heidelberg/Karlsruhe 1981.
- LANDERS, Jonathan M.: A Unifited Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate. Questions in Bankruptcy, UChLR 42 (1975), 589.
- MANNE, Henry G.: "Altruismo" della *corporation*, RivSoc 1980, 731.
- MANNE, Henry G.: Mergers and the market for corporate control, JPE 110 (1965), 73.
- POSNER, Richard: Economic Analysis of Law. Londres/Toronto 1978.
- REICH, Norbert: Die Entwicklung des deutschen Aktienrechts im 19. Jahrhundert, Ius Commune 2 (1969), 239.
- id: Markt und Recht. Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der BRD. Neuwied 1977. Traducció castellana a cura d'Antoni Font. Barcelona 1985 (en preparació).
- RITTNER, Fritz: Die werdende juristische Person. Tübingen 1969.
- id: Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht, a Marburger Gespräch über Eigentum-Gesellschaftsrecht-Mitbestimmung. Marburg 1967, 50.
- id: Konzessionssystem für Genossenschaften?, FS WESTERMANN, 497.
- id: Öffentlichrechtliche Elemente der Unternehmensverfassung, a Planung V. Baden-Baden 1971, 59.
- id: Unternehmensverfassung und Eigentum, FS SCHILLING, 363.
- SERICK, Rolf: Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. Barcelona 1967. Traducció a cura de Puig Brutau. Pròleg d'Antonio Polo.
- ULMER, Perter: Die Einmanngründung der GmbH -ein Danaergeschenk?, BB 1980, 1001.
- WIEACKER, Franz: Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, FS HUBER (1973), 339.
- WIEDEMANN, Herbert: Die Zukunft des Gesellschaftsrechts, FS FISCHER (1979), 883.
- id: Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975, quadern especial, 8.
- id: Gesellschaftsrecht I. Múnic 1980.