

# TENDENCIAS ACTUALES EN LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

Por

JOSÉ-ANTONIO VEGA VEGA

*Catedrático E.U. de Derecho Mercantil*

*Universidad de Extremadura*

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.- 2. *STATUS* DE EMPRESARIO.- 3. EL EMPRESARIO INDIVIDUAL. 3.1. Ventajas. 3.2. Inconvenientes.- 4. FORMAS INTERMEDIAS DE GESTIÓN SOCIAL. 4.1. Cuentas en participación. 4.2. Sociedad oculta. 4.3. Sociedad irregular.- 5. EL EMPRESARIO SOCIAL. 5.1. Planteamiento. 5.2. Sociedades personalistas. 5.3. Sociedades capitalistas. 5.4. La economía social y la Empresa.- 6. NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. 6.1. Esfera mercantil.- 6.2. Ámbito tributario. 6.3. En relación con la Seguridad Social.- 7.- CONCLUSIÓN.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En los últimos tiempos la noción de empresario viene sufriendo una ampliación conceptual, motivada por la necesidad de extender sus obligaciones profesionales de cara a regular su actuación en el mercado y a incrementar la protección dispensada a los sujetos débiles intervinientes en el tráfico económico, como son los usuarios y consumidores, lo que ha producido un nuevo diseño de su *status* jurídico que, obviamente, afecta a su responsabilidad. De ahí que, con carácter previo a analizar estas nuevas tendencias, se imponga la necesidad de abordar algunas cuestiones.

En primer lugar, hay que partir de la idea de que la actividad mercantil, a cuyo frente está el empresario, debe entenderse en sentido amplio, incluyendo las actividades industriales y de servicios, ya que la concepción decimonónica del actual Código de Comercio alusiva a “comerciante” está hoy superada, por lo que es más acertado hablar de “empresario”, tal como se viene recogiendo en la moderna legislación. Incluso podíamos adelantar más: el rótulo empresario, entendido dentro del marco que acabamos de dibujar, viene a resultar en la actualidad un tanto restrictivo, ya que cada vez se afianza con mayor fuerza la idea de incluir también en su acepción la idea del profesional que interviene en el mercado ofreciendo sus servicios como agente u operador económico. Por otra parte, el estudio de la responsabilidad del empresario ha de cohonestarse con los otros sujetos participantes en el mercado, como son los consumidores y usuarios, sujetos débiles en las relaciones negociales, que provoca que el Estado se vea obligado a intervenir dictando normas tuitivas que inundan el propio Derecho Mercantil, esencialmente privado, de normas de naturaleza pública.

En efecto, la reflexión sobre la evolución histórica del sujeto de la actividad económica objeto del Derecho Mercantil deja claro, al igual que ocurre con nuestra disciplina, su intrínseca adaptabilidad a las variables políticas, sociales y económicas en las que se desarrolla, lo que pone de relieve la relatividad inmanente de su concepto. La evolución histórica del concepto y significado del término «empresario» es evidente. Partiendo de un ámbito de actuación en el mero comercio, cuya actividad se refería a la exclusiva intermediación de bienes, o mejor dicho mercaderías, se identifica en el ámbito social a dicho sujeto bajo el rótulo de «mercader». Avanzando los tiempos, su ámbito de actuación se ensancha, dando lugar al término comerciante, que se recepciona en el periodo codificador, y así, por ejemplo, se recoge en nuestro Código de Comercio de 1829

y sobrevive en el actual de 1885. El incremento de su actividad y ámbito de actuación, y acorde con una moderna nomenclatura, lleva a identificarle como «empresario», al incluir no solo actuaciones comerciales, sino de servicios e industriales, para ir progresivamente incluyendo en su actividad y, por consiguiente, en su regulación, a otros profesionales a los que se les aplica las normas del Derecho Mercantil.

Por eso, si en un principio la actividad del comerciante gravitaba, en lo que concierne a la regulación de su actividad, sobre normas de derecho privado, en la actualidad los condicionamientos sociales y económicos han modificado este ámbito regulador. Por eso debemos tener en cuenta la pareja evolución del Derecho Mercantil y la noción de empresario.

El Derecho Mercantil nació delimitado en base a criterios subjetivos, esto es, como ordenamiento jurídico de los comerciantes. Se codificó posteriormente con un criterio objetivo, o lo que es lo mismo, como Derecho de los actos de comercio. Más tarde se reelaboró nuevamente como derecho profesional, es decir, como Derecho de la empresa; para posteriormente ir hacia un Derecho del mercado, o lo que es más exacto, a nuestro juicio, de la regulación de la actividad empresarial o del empresario en cuanto productora y distribuidora (negociadora) de bienes o servicios en el mercado, apuntándose una tendencia a su inclusión en el derecho privado del tráfico económico<sup>1</sup>, en cuanto que la contemplación de los intereses económicos de los consumidores exige un replanteamiento material del Derecho Mercantil, que ya no puede ser el Derecho de los empresarios, es decir, de una sola de las partes actuantes en las relaciones económicas, sino que han de ser tenidos en cuenta todos los sujetos intervinientes en el tráfico.

En el devenir de esta noción no podemos olvidar que las nuevas bases sobre las que se articula el Estado social transforman nuestra disciplina en la medida en que ha de adaptarse a las nuevas exigencias institucionales e imperativos sociales

---

<sup>1</sup> Sobre la consideración del Derecho Mercantil como derecho privado del tráfico económico, pueden verse las siguientes publicaciones del profesor A. BERCOVITZ: "Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, T. I, pp. 1 a 44; "En torno a la unificación del Derecho privado", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, T. I, pp. 151 a 168; «El nuevo Derecho mercantil», en *20 años de Ordenamiento Constitucional (Homenaje a Estanislao de Aranzadi)*, Pamplona, 1999, pp. 119 ss.

propuestos por los nuevos hechos económicos y los nuevos fenómenos sociales<sup>2</sup>. A tal respecto no debemos olvidar que la sociedad en que vivimos es una sociedad de masas, y el progreso y el bienestar la han hecho una sociedad de consumo<sup>3</sup>, y que la autonomía de la voluntad entendida como autonomía comercial ha devenido una pura ficción para el consumidor<sup>4</sup>. De esta forma, el Derecho Mercantil -al igual que el Derecho privado- se instrumentaliza superando su concepción individualista, al dar entrada a otros intereses cuya influencia se deja sentir sobre los institutos y normas mercantiles. El intervencionismo estatal en lo económico supone un incremento de la normativa pública en la ordenación de la actividad económica, que tiene su reflejo en el ámbito mercantil. El Derecho Mercantil moderno vive y se desarrolla en una estructura político-social y económica, lo que nos lleva a reconocer que el Derecho Mercantil es preferentemente, pero no exclusivamente, Derecho privado. Tampoco debe olvidarse el proceso de extensión y generalización del Derecho privado que está abocado a proporcionar un cambio en el concepto esencial del empresario, dado que la función principal del concepto de la materia que nos ocupa reside en «instaurar la correspondencia de fases entre la realidad y sus exigencias jurídicas, moviendo de esta manera al jurista y al legislador para que desde sus respectivas competencias las atiendan»<sup>5</sup>.

Así, el Derecho Mercantil de hoy no puede limitarse a contemplar los intereses profesionales del tráfico, con carácter exclusivo, sino que, adaptándose a la realidad socioeconómica contemporánea, ha de tener presentes otros grupos de intereses, tanto institucional como normativamente. En definitiva, el nuevo Derecho Mercantil ha de regular la vida del tráfico económico, aunando los intereses de los distintos participantes en la misma, oferentes y demandantes. Ello significa que el empresario ya no es único protagonista de las relaciones de

---

<sup>2</sup> Como ha señalado GIRÓN, «Aunque la intervención de los poderes públicos en el tráfico económico no es algo reciente, sólo modernamente se ha tomado conciencia expresa de esta cuestión haciéndola objeto de estudio y de enseñanza» (GIRÓN TENA, «El concepto de Derecho Mercantil», *ADC*, 1954, p. 1016).

<sup>3</sup> Sobre el fenómeno del consumo, puede verse L. E. Benito, *Estudios sobre el consumo*, Madrid, 1985, pp. 11 ss.; M. REBOLLO PUIG, «La defensa de los consumidores», en S. MUÑOZ MACHADO/J. L. GARCÍA DELGADO/L. GONZÁLEZ SEARA (Dir.), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reformas y nuevos horizontes*, Madrid, 2002, pp. 392 a 462.

<sup>4</sup> F. DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 1068 ss.

<sup>5</sup> GIRÓN TENA, «El concepto de derecho mercantil», separata del *ADC*, Madrid, 1954, p. 134.

mercado, sino que participa con otros sujetos económicos.

De esta forma toma más relieve la afirmación de que el proceso evolutivo del Derecho Mercantil deviene paralelo a la concepción de empresario y de su actividad. En el estudio de nuestra disciplina la atención del intérprete se ha venido centrado en tres elementos siempre presentes en su ámbito. Nos referimos, en primer lugar, al sujeto que interviene en el tráfico económico; en segundo lugar, al propio resultado de la intervención en el tráfico, esto es, a la actividad económica, y finalmente a su proyección exterior relativa a la intermediación de los bienes y servicios en el mercado, incorporando el punto de vista de la tutela de los consumidores, deducida de la idea de economía social de mercado.

En estos elementos existe un denominador común que es el que nos puede servir de pauta para indagar la situación o responsabilidad del empresario, profesional o agente económico, cual es la presencia de un tráfico económico al que se adscribe el sujeto, y en el que se sitúa la propia actividad desplegada en el mercado, por lo que sólo concebidos todos como una unidad de actuación en la que no puede primar ninguno, sino que se complementan, nos puede llevar a colegir esa situación que en el tráfico jurídico-económico ostenta el empresario.

La regulación del aspecto externo de la actividad empresarial se ha venido incardinando, fundamentalmente, en el conjunto normativo privado. Ello se fundamenta en la naturaleza de los sujetos participantes en las relaciones económicas reguladas por el Derecho Mercantil; y en este sentido, cabe afirmar su naturaleza privada, pues el objeto de su regulación es la actividad privada realizada en el mercado, como desarrollo del principio de libre empresa, acogido en el artículo 38 de la Constitución Española, que confía a la iniciativa privada la producción y distribución de bienes y servicios en el mercado.

Al hablar de su naturaleza privada es conveniente aclarar el sentido de ese privatismo. Y ello porque es Derecho privado dentro del Estado social. Este Derecho privado no debe ser políticamente neutral respecto a los valores y fines constitucionales, sino que deviene instrumento al servicio de la realización de los objetivos y fines del Estado social, lo que se traduce en una alteración técnica del viejo Derecho privado codificado, de impronta individualista. Estas alteraciones han permitido afirmar que el Derecho privado se «instrumentaliza» o se «desprivatiza»<sup>6</sup>. O dicho de otra forma, el Derecho privado asume una función

---

<sup>6</sup> Cfr. A. MENÉNDEZ, *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982; IDEM, «El Derecho Mercantil en el siglo XXI», en *La Ley*, pp. 1 ss.

político-social al servicio de la solidaridad de intereses. Así pues, el Derecho Mercantil se adscribe a este Derecho privado, en cierto sentido, «socializado».

La actuación estatal en la economía se manifiesta en una copiosa legislación de naturaleza pública que pretende corregir los excesos del sistema con la finalidad de alcanzar un orden económico eficiente, lo cual viene a matizar su carácter exclusivamente privado, tal como hemos apuntado más arriba, porque la realidad del tráfico actual denota la confluencia de normas jurídico-públicas junto a las normas típicamente privado-mercantiles.

El hecho de que el empresario haya perdido la exclusividad en el protagonismo económico, no significa que no requiera la atención de la ley mercantil, significa que este Derecho no puede ser sólo y exclusivamente el Derecho de los empresarios, sin que por ello deje de reconocerse el principal papel que desempeñan en el tráfico que es principalmente de empresas, pero que se desarrolla en un ámbito de actuación en la que confluyen otros intereses dignos de tutela.

El Derecho Mercantil desde este significado del papel del empresario en el nuevo marco normativo, ha de atender a su regulación, no como un Derecho regulador exclusivo de la actividad empresarial, sino como un Derecho regulador de la actividad de los operadores económicos, a quienes constitucionalmente se les confía la iniciativa económica en un sistema de economía de mercado. Por lo tanto, la normativa reguladora de la actividad empresarial ha de enfocarse desde esta perspectiva de coparticipación en el mercado, con un carácter totalizador de los intereses que puedan verse afectados por dicha actuación. Esta nueva proyección de la norma mercantil se refleja tanto en las exigencias requeridas para el desarrollo de determinadas actividades, de especial trascendencia social, como en la regulación de las relaciones contractuales establecidas con los demandantes de bienes y servicios ofrecidos por los operadores económicos.

En cualquier caso, hay que convenir que, en la actualidad, la regulación del Derecho Mercantil gira principalmente<sup>7</sup> en torno a la actividad del empresario -o de la actividad empresarial, si se quiere-, incluyéndose la institucionalización de la empresa, del establecimiento y de la actividad empresarial en sus cuatros

---

<sup>7</sup> Decimos principalmente porque, tal como diremos después, el Derecho Mercantil de hoy no puede limitarse a contemplar los intereses profesionales del tráfico, con carácter exclusivo, sino que, adaptándose a la realidad socioeconómica contemporánea, ha de tener presentes otros grupos de intereses, tanto institucional como normativamente. Ello significa que el empresario ya no es el único protagonista de las relaciones de mercado, sino que coparticipa con otros sujetos económicos.

aspectos: organización, colaboración, intermediación en el mercado y competencia.

Por ende, la delimitación de la figura del empresario plantea dificultades añadidas, dado que la definición tradicional de empresario, desde una óptica mercantil, excluye una serie de profesionales que, por distintas razones históricas, quedan fuera de la mercantilidad. Inconveniente que la doctrina ha tratado de paliar distinguiendo entre empresarios mercantiles y civiles o entre empresarios sometidos o no a la normativa mercantil<sup>8</sup>. Esta diferenciación, que excluye de la aplicación de ciertas normas a determinados operadores económicos (registro, contabilidad, contratos de empresa), se va diluyendo en la actual realidad jurídica. De un lado, se evidencia como a determinadas sociedades se les aplica «ex lege» un carácter mercantil, con independencia de la naturaleza de la actividad realizada. De otro, se constata que ciertas normas son aplicables a cualquier operador económico, como sucede con el Derecho de la competencia, en su acepción amplia, la propiedad comercial o la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. Pero, además, determinadas disposiciones aplicables solo a los empresarios en sentido tradicional, se encuentran hoy en revisión, vía unificación legislativa, como es el supuesto del Derecho concursal.

Este panorama descrito abre una vía a una revisión del concepto tradicional del empresario, para adaptarlo a la realidad actualmente regulada por el Derecho Mercantil. Se está produciendo materialmente una ampliación del contenido de la noción de empresario en el marco del sistema competitivo, que evidencia la necesidad de extender una parte importante de las normas, nacidas para el empresario tradicional, a cualquier sujeto que realice una prestación de bienes o servicios para el mercado, con carácter profesional, pues en ambos supuestos se

---

<sup>8</sup> Sobre el particular puede verse: ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, (Introducción y traducción de Verdura), Barcelona, 1964, pp. 313 ss.; M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Madrid, 1994, p. 63; IDEM, *La empresa, la unificación de las obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1965, pp. 253 ss.; F. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, 3ª ed., Barcelona, 1991, p. 33; F. SÁNCHEZ CALLERO, "Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil al finalizar el siglo XX", en *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 29-30; GIRÓN TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986, pp. 104 ss.; FERNÁNDEZ NOVOA, "Reflexiones y preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", en *Revista de Derecho Mercantil*, 95 (1995), pp. 8 ss.; G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Aproximación al tema del concepto de Derecho Mercantil", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 337 ss.

plantea una problemática semejante, y que llegan incluso a aplicarse a los operadores ocasionales (art. 3.1 LCD). Este panorama normativo, reflejo del proceso de generalización de la materia mercantil, no impide, sin embargo, respetar las diferencias que puedan existir por razón de la concreta actividad desarrollada. También los empresarios públicos han de quedar sometidos a las normas de Derecho Mercantil, ya que quizá no sea necesario ni oportuno realizar matizaciones, puesto que lo único que se trata es de decidir si estamos o no ante un empresario, y si la respuesta es afirmativa, tendrá que someterse a la disciplina del Derecho Mercantil, criterio que es una pauta incluso perseguida por las empresas públicas.

Por otra parte, la incorporación de España a la Unión Europea ha supuesto un auténtico revulsivo en nuestra disciplina, pues ha obligado a incorporar a nuestro ordenamiento mercantil todo el acervo jurídico comunitario, lo que ha supuesto una verdadera renovación de la materia mercantil a la luz de las exigencias y los planteamientos comunitarios. La integración en un ámbito supranacional ha supuesto y supone una profunda reforma del Derecho interno de los Estados miembros, pero, a la par, por sus propios objetivos incide en la esfera del poder de los Estados en la medida que deben ceder parte de su autonomía legislativa y judicial a favor de las instituciones comunitarias. Ello ha producido que, desde la vertiente comunitaria se hayan dictados normas tuteladoras de los otros sujetos intervinientes en el mercado que han debido producir adaptaciones en el Derecho interno, todo lo cual condiciona el ámbito de responsabilidad del empresario.

En otro orden de cosas, en una más cercana realidad, la idea de un estado social y democrático de Derecho también ha sufrido modificaciones. En efecto, en estos momentos -como señala SÁNCHEZ CALERO- nos hallamos ante una nueva rectificación de las ideas que dominan la política económica, bajo el imperio de corrientes neoliberales, que han tenido y siguen teniendo incidencia en la línea evolutiva del Derecho Mercantil. A este proceso no es ajena la nueva política comunitaria tendente a restringir la participación del Estado en la iniciativa económica, y fruto de ello son las nuevas «reprivatizaciones», así como las actividades denominadas por los economistas de «desregulación», tendentes a la supresión de corsés en la actividades económicas. Por todo ello, parece afianzarse la opinión de que es preciso que el mismo Estado facilite que las propias fuerzas sociales asuman un protagonismo mayor, y que sea el propio ordenamiento jurídico el que, mediante su normación o regulación, evite los excesos de esas fuerzas, ya que el liberalismo absoluto ha demostrado que puede llevar a

situaciones injustas y a abusos de la posición dominante en el mercado<sup>9</sup>. Con este estado de cosas, se va vislumbrando recientemente el emerger de grupos sociales que alzan su voz, exigiendo que esta regulación no lo sea solo con fundamento en la normativa privada, ya que, cada vez más, distintos sectores sociales propugnan una mayor intervención del Estado con normas de orden público o de protección social<sup>10</sup>.

Subrayemos, finalmente, que la aparición de nuevos soportes y medios tecnológicos han supuesto una revolución en la explotación y comercialización de distintos bienes materiales e inmateriales bajo la óptica del Derecho Mercantil. No sólo la propiedad intelectual o industrial se han visto afectadas, sino que el Derecho de la competencia y la contratación en general (de mercancías o valores) han sufrido una modificación sustancial. El nuevo mercado virtual plantea nuevos problemas que requiere nuevas soluciones, sobre todo de cara a los elementos esenciales de la contratación, su prueba y sus efectos, y en especial en lo atinente a la protección de los destinatarios: pequeños empresarios, consumidores, inversionistas, etc.

Este nuevo panorama hace que, paulatinamente, se vaya perfilando una especial responsabilidad del empresario que dista mucho de la tradicional concepción que ha venido impregnando nuestro sistema jurídico.

## 2. STATUS DE EMPRESARIO

El ejercicio económico del empresario está regulado legalmente, confiriéndole un *status* especial que, a la postre, conforma su responsabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que con su ejercicio pone intereses en juego que afectan a su persona, a terceros y al mercado en general, sin olvidar los de índole pública.

---

<sup>9</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, «Reflexión geneal sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho Mercantil, al finalizar el siglo XX», en *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1995, p. 28.

<sup>10</sup> Sobre el ámbito de protección nacional y comunitaria de los consumidores, puede verse: A. BERCOVITZ: «Ámbito de aplicación y derecho de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Revista Estudios sobre el Consumo*, núm. 3 (1984), pp. 11 a 40; «Ámbito de aplicación y derecho de los consumidores» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. R. Berdovitz y J. Salas, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 17 a 43; «La protección de los consumidores en la Unión Europea», en *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la Protección de los Consumidores* (Dir. A. Bercovitz), Madrid, 2002.

Para clarificar la responsabilidad del empresario, es necesario precisar ciertos conceptos. Así se impone la obligación de diferenciar, en primer lugar, entre la organización de la empresa o el conjunto de elementos organizados y el titular de la misma. Del mismo modo, al carecer la empresa de personalidad jurídica, es oportuno resaltar que al frente de la misma esté un titular -bien sea empresario individual, bien empresario social-, que es el que tiene personalidad jurídica y actúa en su nombre en el ámbito de las relaciones jurídico-económicas. Finalmente, no debemos olvidar que la empresa es una complejidad organizativa en la que existen distintos elementos<sup>11</sup>.

A la hora de elegir la forma de titular de la empresa es preciso tener en cuenta que el empresario mercantil tiene un régimen jurídico especial que conforma su «*status*». Esta situación supone que desde el punto de vista legal va a tener más obligaciones y sus responsabilidades van a ser mayores respecto del ciudadano normal que no ejerce el comercio o no desarrolla ninguna actividad empresarial. Por esta razón debe pensarse con cautela cuál va a ser la forma de titularidad para que, analizado cada caso concreto, resulte más operativo y más práctico de caras a su situación jurídico-económica.

Desde del punto de vista de las obligaciones, hemos de significar que el empresario tendrá un régimen obligacional más severo y un régimen jurídico más estricto que cualquier otro ciudadano que realice una actividad económica sin carácter profesional. A guisa de ejemplo, podríamos enumerar las siguientes:

A) Obligación de una publicidad formal o legal, esto es, el deber de inscribirse en registros públicos, como el Registro Mercantil (arts. 16 y ss. del CCO) u otros registros especiales (arts. 16 y ss. CCO), no aplicable en caso de simples ciudadanos. Con estos requisitos se trata de proteger a los intervinientes en el tráfico a fin de conocer qué persona actúa y en virtud de qué, así como conocer o ampararse, en su caso, en los asientos registrales;

B) Obligación de llevar una contabilidad (que no se exige a los ciudadanos no empresarios, arts. 25 y ss. del CCO). De esta forma se facilita la rapidez y

---

<sup>11</sup> Además de los elementos personales, en los que diferenciaríamos al titular, como organizador y director de la relación jurídico-económica, que es el empresario, y los trabajadores, aparte de otros auxiliares de la empresa, no debemos olvidar otros elementos importantes como son los bienes materiales, inmateriales o la relaciones de hecho (*Goodwil o avviamento*): Clientela y expectativas de beneficios, que conforman esa compleja organización jurídica, y que determinan su mayor o menor valor en función de las expectativas que tenga de mantener o incrementar su cuota de mercado y, por ende, de beneficios.

seguridad en el tráfico económico, además de proteger intereses de terceros o de la Hacienda Pública;

C) El sometimiento a procedimientos concursales de quiebra y suspensión de pagos en vez del concurso de acreedores y quita y espera, si bien esta situación está en curso de cambiar, estando en ciernes una reforma concursal, que potencia la unificación jurídica del tráfico económico privado;

D) Respeto a los principios de libertad de competencia y competencia leal (cfr. Ley de Libertad de Competencia, de Publicidad, de Competencia Desleal, etc., a fin de garantizar la pureza de la economía de mercado<sup>12</sup>;

E) Sometimiento al régimen del Derecho Mercantil en la contratación: muchos contratos por el hecho de intervenir empresarios se califican como mercantiles (por ej.: compraventa, art. 325; comisión, art., 244; depósito, art. 303; préstamo, art. 311, etc., todos recogidos en el Código de Comercio, así como el contrato de agencia, regulado por Ley de 27 de mayo de 1992. Esta tipificación va a suponer que los empresarios deben cumplir obligaciones más estrictas o bien los plazos de ejercicio de derechos van a ser más reducidos (por ejemplo: arts. 336 y ss. del CCO *versus* arts. 1.484 y ss. del CC).

En lo atinente a las responsabilidades, también debemos manifestar que las causas o motivos por los que el empresario debe responder son más estrictas a fin de garantizar la contratación con terceros y proteger los intereses de los sujetos más débiles que participan en el mercado. Esta responsabilidad puede concretarse en los siguientes aspectos:

1) **Responsabilidad personal** con todo su patrimonio presente y futuro (art. 1.911 CC) en el supuesto de que se trate de empresario individual, que puede extenderse a su cónyuge (arts. 6 y ss. CCO), lo que significa que su patrimonio familiar está afecto a las resultas de su explotación empresarial;

2) **Responsabilidad contractual:** dimanante de su actividad negociadora (arts. 1.100 y ss. del CC, y la regulada en la normación concreta de cada contrato o acto jurídico).

3) **Responsabilidad extracontractual:**

a) Por actos propios (art. 1902 CC).

---

<sup>12</sup>Sobre la incidencia de la competencia en la empresa, puede verse: A. BERCOVITZ: «La defensa de la competencia y su regulación», en *II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989, pp. 325-349; E. GALÁN CORONA, «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia», *ADI*, 1975, pp. 291 ss.; *IDEM*, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977.

- b) Por actos de terceros, por *culpa in vigilando*, relativa a dependientes y empleados (art. 1903 CC).

4) **Responsabilidad objetiva:** A virtud de la teoría del riesgo que crea con su actividad. El empresario debe responder, aun sin culpa, por criterios de responsabilidad objetiva, cuando su actividad produzca algún daño (por ej.: en accidentes laborales, navegación aérea, etc.), lo que ha llevado al legislador a incrementar el radio de acción de los seguros obligatorios;

5) **Responsabilidad *ex lege*:** Existe, además, una responsabilidad de nuevo cuño, que coexiste con el general y que hace que el empresario deba ir respondiendo en virtud de normas que protegen a los consumidores y usuarios, y que afecta a los fabricantes, importadores o distribuidores de productos o servicios que causen daños y perjuicios aun cuando no exista una relación contractual entre ellos y el consumidor. Este régimen se recoge principalmente en:

- a) Ley 26/1984, del protección general de los consumidores y usuarios, arts. 25 a 29, régimen en el que, en algunos casos, aflora la responsabilidad por culpa, aunque exista la inversión de la carga de la prueba (arts. 26 y 27), en tanto que en otros existe una responsabilidad objetiva (art. 28).
- b) El régimen contenido en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985). La responsabilidad es objetiva, aunque puede exonerarse el empresario en determinados casos (art. 5).
- c) Ley 34/2002, de 11 de julio, arts. 12 y ss., sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información, que remite a las normas reguladoras de la responsabilidad civil, penal y administrativa del ordenamiento jurídico español, con matizaciones contempladas en la propia Ley.

Para los supuestos de responsabilidad se ha acudido a la implantación de seguros obligatorios. En los supuestos de la Ley 26/1984 y 22/1994, todavía no se ha implantado aunque esté previsto (art. 30 de 26/1984, modificado por la Ley 22/1994).

6) **Responsabilidad penal:** Tampoco cabe ningún género de dudas respecto a ese *plus* de responsabilidad en el orden punitivo. De esta forma, el empresario puede incurrir más fácilmente en delitos típicos de su condición (v.gr.: los

relativos a la propiedad industrial, arts. 273 y ss. CP; los referentes al mercado, arts. 278 y ss. CP; los delitos societarios, arts. 290 y ss. CP), o incurrir en mayores penas por la comisión de determinados delitos (p. ej.: en insolvencias punibles, arts. 257 y ss. CP; receptación, art. 298.2 CP; o en los supuestos de delitos contra la Hacienda Pública, en cuanto que pueden afectar a una pluralidad de obligados tributarios, art. 305, etc.).

La clasificación de los empresarios, individual y social, y dentro de estos, la responsabilidad limitada (SA, SRL, cooperativas limitadas, entre otras) o ilimitada (empresario individual, socios colectivos, sociedades cooperativas limitadas, etc.), hace que nos tengamos que detener y analizar en los siguientes epígrafes el concreto alcance de su responsabilidad para valorar la situación de la opción de titularidad de la empresa que interviene en el tráfico económico.

### 3. EL EMPRESARIO INDIVIDUAL

Por empresario individual entendemos la persona física que teniendo capacidad legal para ejercer la actividad empresarial se dedica a ella de modo habitual y en nombre propio.

Para conocer los aspectos positivos y negativos que tiene esta forma de gestión, es obligado realizar una valoración crítica de la actuación del empresario individual en el ámbito de la titularidad de las empresas, a fin de que cada empresario pueda ponderar los riesgos o inconvenientes y las ventajas en orden a elegir una forma u otra de gestión.

#### 3.1. VENTAJAS

a) El empresario individual tendrá la libre iniciativa y libre acción en todos los actos relativos al giro y tráfico de la empresa: adoptará personalmente todas las decisiones y no estará sometido a ningún control. Es soberano en su ámbito de actuación y no debe rendir cuentas a nadie.

b) Tendrá un rigor menor en las obligaciones legales: publicidad y contabilidad, dado que por regla general no le será obligatoria la inscripción en el RM (art. 19.1 CCO), y en cuanto a la contabilidad tendrá menos obligaciones, ya que no tendrá que llevar libros propios de las sociedades (art. 26 CCO). La contabilidad tributaria también es menos rigorista.

c) Si actúa personalmente y cuenta con patrimonio propio, tendrá más fácil

el acceso al crédito, en la medida que las entidades financieras prefieren avales de personas físicas o de patrimonios concretos, siempre que sean solventes.

d) La percepción de beneficios será más directa y de forma inmediata. No tendrá que repartir con nadie sus ganancias.

e) Gozará de una gran satisfacción psicológica, en cuanto que la buena marcha de su empresa le colmará en mayor grado como obra personal y exclusiva.

f) Al no tener que contar con terceros, la coordinación de los distintos elementos que intervienen en la empresa será mejor y más fácil y directa.

### 3.2. INCONVENIENTES

Las ventajas anunciadas se ven en muchos casos eclipsadas por una serie de inconvenientes, que hacen que las grandes empresas, e incluso las pequeñas y medianas en muchos casos, soslayan esta forma de titularidad. Entre ellos podemos traer a colación:

a) Riesgo personal y directo con todo su patrimonio por las resultas de su actuación empresarial, incluso extensible al cónyuge en el supuesto de empresario casado (arts. 6 y ss. CCO).

b) La responsabilidad penal en la que pueda incurrir por sus actividades empresariales será más difícil de eludir, habida cuenta que será el motor y autor principal de todas las decisiones (aunque referida responsabilidad puede ser la misma para los directivos, gestores o administradores de las sociedades, artículo 31 del Código Penal, es frecuente en la práctica diluir más esta responsabilidad en las actuaciones societarias, dado que siempre resultan más opacos los órganos colegiados).

c) Al contar con un patrimonio limitado, sin poder acudir a soluciones previstas para las sociedades (v.gr.: ampliación de capital, emisión de obligaciones), tendrá más limitadas las inversiones de la empresa y, por ende, el crecimiento y la expansión siempre serán menores.

d) Mayor dificultad de control y separación de beneficios en cuanto a su patrimonio personal y empresarial, porque en la práctica estarán confundidos.

e) Existencia de prohibiciones de ejercer determinadas actividades para ciertas personas, como altos cargos, profesionales, etc. (cfr. arts. 13 y 14 del CCO y leyes de incompatibilidades).

f) Desde el punto de vista fiscal, puede tener una mayor carga tributaria, cuando los ingresos sean altos (no para el pequeño empresario con pequeños

ingresos). Hay que tener en cuenta que los beneficios en las sociedades se gravan con un 30 por 100 sobre la cuota (existen tipos más bajos para las limitadas); las Cooperativas con un 20 por 100, con bonificación del 50 por 100 sobre la cuota en el caso de ser cooperativas fiscalmente protegibles.

#### 4. FORMAS INTERMEDIAS DE GESTIÓN SOCIAL

Entre la forma de titularidad individual y la empresa social o detentada por persona jurídica encontramos ciertos institutos que sirven de puente y que, en la práctica, pueden calificarse como formas intermedias de gestión social. Entre estas tenemos: las cuentas en participación, la sociedad oculta y la sociedad irregular, cuya valoración crítica hacemos a continuación.

##### 4.1. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Las cuentas en participación es un contrato en virtud del cual un empresario interviene en las operaciones de otro aportando capital y participando en los resultados. Podemos decir que es una situación intermedia a la explotación social de la empresa, ya que, aunque carecen de personalidad jurídica, sin embargo es evidente un matiz de «asociacionismo económico» en cuanto a los resultados.

Su origen se vincula a la Edad Media cuando para el clero y los nobles tenía una consideración degradante ejercer el comercio.

Hoy se regula como contrato mercantil en el Código de Comercio (arts. 239-243). Como acotación podemos señalar que en este tipo de operaciones no existe razón social que indique su existencia, habida cuenta que no tiene trascendencia al exterior (art. 241 CCO). La gerencia la lleva el dueño del negocio de forma exclusiva, sin que el cuentapartícipe pueda injerirse en la misma, aunque puede pactarse un derecho de información. El partícipe responderá en la operación hasta el capital aportado para el negocio, debiendo, al final, rendir cuentas el dueño del negocio (art. 243 CCO). La parquedad normativa de su regulación hace que deba ser regulado casuísticamente mediante contrato escrito para prever todos los conflictos de intereses que puedan plantearse entre las partes.

Este contrato resulta válido para participar en negocios ajenos con aportaciones singulares no estables. Formas modernas de cuentas en participación se observan en los fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios.

## 4.2. SOCIEDAD OCULTA

La sociedad oculta es una asociación ínter partes, que no trasciende al exterior porque los socios no lo desean. En la misma existe un fondo común entre los socios o partícipes. La gestión y representación corresponde a la persona que actúa en su propio nombre y contrata con terceros. No tiene apariencia exterior, ya que se oculta de forma deliberada, por lo que carece de personalidad jurídica. El Tribunal Supremo considera responsable y legitimado pasivamente a cualquiera de los socios, en virtud del contrato de mandato o representación jurídica.

Desde el punto de vista de su valoración puede resultar interesante cuando alguna persona no desee aparezca su nombre en el ámbito del tráfico jurídico económico y quiera participar con igualdad de derechos con sus asociados. Sin embargo desde el punto de vista de la limitación de la responsabilidad no es positivo en cuanto que cualquiera de los socios puede responder de la actividad, tal como hemos significado más arriba.

## 4.3. SOCIEDAD IRREGULAR

Es una apariencia de sociedad, ya que, por carecer de algún requisito, no ha adquirido la personalidad jurídica. Puede estar constituida en documento privado o público. Y en ningún caso figurará inscrita en el Registro Mercantil, dado que la inscripción registral es constitutiva. Al Exterior aparece como una auténtica sociedad mercantil, aunque de forma ficticia habida cuenta su «inexistencia» legal. Del resultado de su actividad responden solidariamente los gestores (art. 120 CCO; para las sociedades anónimas se aplican las reglas de los arts. 15 y 16 LSA, al igual que a las sociedades de responsabilidad limitada, art. 11 LSRL). Se regirá como una comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC).

No es positivo su planteamiento, dado que tendrá más inconvenientes que ventajas. Su existencia denota una negligencia de los gestores o una imposibilidad de constituir regularmente la misma.

## 5. EL EMPRESARIO SOCIAL

### 5.1. PLANTEAMIENTO

Hay que resaltar el fenómeno asociativo como característica de nuestro

tiempo y eje motor del desarrollo económico del mundo occidental. Este fenómeno se manifiesta la gran proliferación y constitución de sociedades, cooperativas y mutuas. De todas ellas, la sociedad mercantil ha sido la gran impulsora del desarrollo económico en el mundo capitalista, hasta el punto que las empresas más relevantes adoptan la forma de sociedad. Podemos distinguir entre sociedades personalistas (colectiva, comanditaria), capitalistas (anónima y de responsabilidad limitada, y sociedades de base social (cooperativa, mutuas y sociedades laborales -anónima o de responsabilidad limitada-).

## 5.2. SOCIEDADES PERSONALISTAS

Entre las sociedades personalistas está la colectiva (arts. 125 a 144 del CCO). En este tipo social los socios tienen una responsabilidad personal y subsidiaria respecto de las obligaciones sociales, siendo esta responsabilidad solidaria de todos los socios, una vez se hay hecho excusión de los bienes sociales. Es un tipo social obsoleto, dado que los socios responden con su patrimonio de las deudas sociales. En la actualidad es rarísimo que se constituya este tipo social. Las mayorías de sociedades colectivas que existían se han transformado en sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

Por su parte la sociedad comanditaria mantiene dos tipos de socios: colectivos: responden con todos sus bienes del resultado de la gestión social, y comanditarios, que responden solamente con los fondos que pusieron o se obligaron a poner en la sociedad. Se regula en los arts. 145 a 169 del Código de Comercio, admitiendo, a su vez, dos modalidades, simple y por acciones. Este modelo de sociedad también está en desuso, ya que no aporta prácticamente ninguna ventaja frente a otros tipos sociales, además de que los socios colectivos tienen responsabilidad personal. Al igual que la colectiva, muchas de las que existían se han transformado en otras que ofrecen la ventada de la responsabilidad limitada de sus socios.

## 5.3. SOCIEDADES CAPITALISTAS

La sociedades capitalistas revisten fundamentalmente dos formas: la anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. La sociedad anónima representa el fenómeno asociativo más importante del mundo occidental. Entre los atractivos que podemos enumerar de la misma tenemos: riesgo limitado para los accionistas, dado que no responden de las resultas del negocio social; capital variable a

partir del mínimo legal; mínima concurrencia de socios, permitiéndose en la actualidad la constitución de sociedades anónimas unipersonales, con lo que se ha flexibilizado esta exigencia; fácil transmisibilidad de la cualidad de socio, en cuanto que las acciones son valores negociables, y precisamente la condición de socio la otorga la titularidad de la acción; desentendimiento de la gestión por el accionista (organicista de terceros), y posibilidad de participar con pequeño capital. De ahí que puedan acudir muchos pequeños inversores que, en conjunto, pueden representar un gran capital. Se regula por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA).

Como sociedad más importante del mundo capitalista, es una de las más formas sociales más atractivas para los partícipes. Para empresas de pequeñas dimensiones puede no resultar operativa, de ahí que se descarte en este caso esta forma social.

Por su parte la sociedad de responsabilidad limitada, que tiene el capital dividido en participaciones indivisibles y acumulables, que no tendrán el carácter de valores, se rige por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que adapta este modelo social a las exigencias de la Unión Europea. Permite actuación con un capital menor que las anónimas. Es una sociedad híbrida entre la anónima y las personalistas. Es ideal para pequeñas e incluso medianas empresas. Se configura como una sociedad más cerrada que la anónima dado que la transmisión de participaciones está más condicionada que la de las acciones en la anónima. Las ventajas frente a la anónima las encontramos: 1º) En el hecho de que se precisa menos capital para su constitución; 2º) las normas permiten una mayor flexibilidad de actuación, y 3º) El socio tiene más incidencia en la vida social. En definitiva es una sociedad capitalista con tintes personalistas que puede resultar más conveniente para pequeñas empresas que deseen mantener una responsabilidad limitada.

#### 5.4. LA ECONOMÍA SOCIAL Y LA EMPRESA

Las tendencias sociales, consecuencia de una revisión del sistema capitalista puro, han propiciado dos sistemas de participación del trabajo en la gestión de la empresa: la cogestión y la autogestión. La cogestión impulsado entre otras por la propia Iglesia católica<sup>13</sup>, tiene como objetivos la participación de los trabajadores en la dirección de la Empresa. Se arguye que el trabajo es un elemento más

de la empresa y como tal debe valorarse. Se trata de que los trabajadores participen en la organización del sistema productivo, en cuanto las decisiones empresariales también les van a afectar.

En nuestro Ordenamiento jurídico tienen un precedente en la Ley de participación del personal de la empresa en la administración, de 21 de julio de 1962, y Reglamento aprobado por Decreto de 15 de julio de 1965. La Ley preveía las empresas que estaban sometidas al régimen de cogestión por la enumeración de una serie de requisitos<sup>14</sup>. Este sistema de participación fracasó debido a que las empresas a las que afectaban eran minoritarias; el sistema de elección de los representantes era indirecto (a través de ternas que proponían los jurados de empresas y elegían el órgano de administración de la empresa), los propios trabajadores no consideraron una forma idónea para su representación ya que lo vieron ineficaz por la escasa representación que tenían y porque los principales sindicatos clandestinos (UGT, CCOO, CNT) no aceptaron nunca esta forma de representación franquista, boicoteando su participación.

En la actualidad la cogestión está reconocida en el artículo 129.2 de nuestra Constitución, que establece el derecho de participación de los trabajadores en la actividad de la empresa. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 4º apartado g), establece el derecho de los trabajadores a participar en la empresa. Este precepto se completa con el art. 61 del mismo Texto legal que establece el derecho de los trabajadores a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título.

Está claro que tanto la Constitución como el Estatuto de los Trabajadores hablan de participar en la empresa como un *desideratum* socio-económico en el ámbito de la empresa. Esta participación puede revestir tres formas: a) Participar en órganos de representación; b) Participar en la empresa, no se dice cómo, pero al ser participación distinta a la representación llamada sindical, puede referirse a la intervención de los trabajadores como miembros de los órganos de dirección, y c) Participar en la propiedad de los medios de producción.

---

<sup>13</sup> Desde Pio XI en la *Quadragesimo Anno*, pasando por la *Rerum Novarum* de León XIII, hasta Juan XXIII en la *Mater et Magistra*, los pontífices han venido insistiendo en la necesidad de que los trabajadores tomen una parte activa en la vida de la empresa en que trabajan. Esta presencia activa debe traducirse en tres vertientes: participación en los beneficios, en la gestión social y en la propiedad de la empresa.

<sup>14</sup> A saber: a) estar administradas por consejos u órganos semejantes; b) estar obligadas a organizar en su seno jurados de empresas; c) tener más de quinientos trabajadores fijos, y d) llevar en funcionamiento tres años.

En cuanto a la participación en los órganos de representación tiene su proyección en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y puede afirmarse que es un objetivo alcanzado satisfactoriamente para los trabajadores.

La participación en la dirección y en la propiedad de los medios de producción no se ha regulado todavía de forma general, y consideramos que planteará graves problemas en la práctica.

En cualquier caso, podemos señalar que la participación en la dirección de la empresa se gestiona a través de convenios colectivos. Por otra parte, las empresas públicas permiten un sistema de participación parecida a la franquista de 1962.

Asimismo, existen otros tipos de empresas que facilitan esta participación, como por ejemplo las Cajas de Ahorros (Ley de 1985).

En cuanto a la participación en los medios de producción, responde a una carga ideológica de la transición que no ha tenido resultado operativo. Hoy día se utiliza por las empresas el reparto de acciones a los trabajadores en el capital social (sociedades anónimas), con cargo normalmente a beneficios para promover su conciencia de empresa.

Por su parte, la autogestión, en su filosofía, se entronca con las ideas socialistas. Se fundamenta en el hecho de que los trabajadores o interesados sean los propios titulares de la empresa y, por ende, sean los encargados de gestionar los intereses sociales, dado que sus decisiones y resultados les afectan de forma directa. Exponentes de este tipo de empresas tenemos, entre otras, la cooperativa, las sociedades laborales y las mutuas.

Las cooperativas son sociedades que, sometiéndose a los principios y disposiciones de la Ley General de Cooperativas, realizan, en régimen de empresa en común, cualquier actividad económica-social para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad. Se rigen por la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y por las leyes autonómicas, las que tengan este ámbito de actuación. Están tuteladas por los organismos correspondientes del Ministerio de Trabajo o autonómicos. La sociedad cooperativa es una de las formas típicas de organización empresarial de la economía social. Sus ventajas radica, aparte de la gestión directa, en las subvenciones y ayudas públicas que tiene. A este respecto el régimen de subvenciones es casi análogo al de la sociedad laboral que veremos a continuación. Los inconvenientes que puede presentar esta tipo social es que no sirve para pequeñas empresas y que, a veces, el sistema de representación y toma de decisiones puede desvirtuar el espíritu empresarial, cayendo en el asambleísmo.

En la década de los sesenta, con la entonces Ley de Cooperativas, de 2 de enero de 1942, excesivamente rígida y con un fuerte control administrativo, se hacía necesario arbitrar nuevas fórmulas que permitiesen a los trabajadores gestionar la empresa desde la óptica de la titularidad. De este modo se constituye en Valencia la primera sociedad laboral en el ámbito de los transportes urbanos<sup>15</sup>, ejemplo que fue seguido por otras sociedades en distintas ciudades de España, reguladas en un principio desde el aspecto laboral para poder optar a las ayudas hasta entonces reservadas a las cooperativas de trabajo asociado<sup>16</sup>. La expresión «laboral» se inicia con la O. de 24 de enero de 1970. La Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, concede carta de naturaleza, desde el punto de vista mercantil, a esta institución, regulándola como una figura especial y autónoma de compañía mercantil, aunque la conforma como una especie de sociedad anónima, cuya normativa se aplica con carácter subsidiario<sup>17</sup>. Tras varias reformas, y ante la necesidad de que las sociedades laborales pudieran tener otras formas, se promulga la Ley 4/1997, de 24 de marzo de Sociedades Laborales. Esta nueva Ley lo que pretende es que las sociedades laborales puedan también adoptar la forma de sociedades de responsabilidad limitada que es más ágil en su funcionamiento y menos formalista que la anónima.

En lo que respecta a la responsabilidad pueden parangonarse con las anónimas y las limitadas.

Entre las sociedades mutuas podemos incluir las mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca. La sociedad mutua de seguros es una forma jurídica de ordenación típica para ser titular de la empresa de seguros, sin que estas entidades hagan de la operación del seguro objeto de industria o lucro. Se regulan en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Se distingue entre mutuas a prima fija y a prima variable, siendo la responsabilidad de los mismos mancomunada, proporcional al importe

---

<sup>15</sup> «Sociedad Anónima Laboral de Transportes Urbanos de Valencia» (S.A.L.T.U.V.), Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991, p. 388.

<sup>16</sup> Véase la Exposición de Motivos de la LSAL, de 25 de abril de 1986.

<sup>17</sup> «En lo no previsto en esta Ley, las Sociedades Anónimas Laborales se regirán por las normas aplicables a las Sociedades Anónimas y tendrán este carácter cualquiera que sea la cifra de su capital social» (art. 2 LSAL). Hay que entender que el último inciso de este precepto quedó completado por el art. 4 de la LSA, que exige un capital mínimo de diez millones de pesetas para todas las sociedades anónimas.

de los respectivos capitales asegurados en la propia entidad y limitada a dicho importe.

La sociedad de garantía recíproca es un tipo social que tiene por objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares. Se regulan por Ley 1/1994, de 11 de marzo. Los socios tienen responsabilidad limitada.

## 6. NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Esta sistematización de la responsabilidad que hemos expuesto, en la que se refleja cómo el empresario individual ha ido huyendo de una responsabilidad personal, y al amparo del ordenamiento jurídico ha conformado formas sociales con las que pretende aislarse de la responsabilidad en las resultas del negocio. Sin embargo, este régimen de responsabilidad ha provocado ciertos abusos que han tenido que ser corregidos por el legislador, ante la propia presión de usuarios, consumidores, accionistas o terceros perjudicados. De esta forma, el régimen de responsabilidad se ha ido modificando, y así podemos establecer, como complemento de lo anterior, unas nuevas esferas de responsabilidad, que afectan al ámbito mercantil, tributario y de la seguridad social.

### 6.1. ESFERA MERCANTIL: TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Como hemos puesto de relieve con anterioridad, la creación de una sociedad capitalista -donde la responsabilidad de los socios se limita a la aportación que se hayan obligado a efectuar-, puede dar lugar a la utilización abusiva del derecho; esto es, a utilizar la persona jurídica creada para entablar relaciones económicas y jurídicas fraudulentas, amparándose en la responsabilidad limitada de los socios<sup>18</sup>, persiguiendo un fin contrario al interés social, y obteniendo así un enriquecimiento injusto las personas que de esta forma utilizan a la sociedad de responsabilidad limitada en general.

---

<sup>18</sup> El abuso de la persona jurídica y el desarrollo en el mundo económico moderno, puede verse en la obra de C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento de Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 32 ss.

Estaríamos entonces ante el supuesto de fraude de ley, esto es, la realización de una acción al amparo de una norma jurídica, que sirve de cobertura, para conseguir otro efecto distinto del perseguido por dicha norma y no permitido por el ordenamiento jurídico. La doctrina científica, primero, y después la jurisprudencia que la ha seguido, ha reaccionado contra estas conductas. En estos supuestos podrá exigirse responsabilidad directa frente a terceros de aquellos que hayan actuado en el tráfico en nombre de la sociedad. Será el supuesto denominado por la doctrina de «desvelo o penetración de la personalidad jurídica»<sup>19</sup>.

Según esta doctrina, se puede prescindir de la radical separación que existe entre la sociedad y los accionistas, derivando hacia éstos las deudas sociales, cuando la sociedad se está utilizando de manera abusiva, para perseguir un fin prohibido por la ley.

La teoría del levantamiento del velo procede de la jurisprudencia norteamericana, en concreto de la doctrina del *disregard of the legal entity* o *lifting the veil*, en virtud de la cual los jueces pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas que se amparan bajo su cobertura. El fundamento de su aplicación parte de los principios y procedimientos de la equidad, el fraude y la doctrina de la *agency*. La equidad constituye un régimen de carácter supletorio, de integración del *common law*, que supone la intervención de un Tribunal cuando exista un daño irreparable aplicando los principios del derecho común<sup>20</sup>. Su integración jurídica, salvando las distancias, guarda cierta relación con la doctrina del enriquecimiento injusto contemplado en nuestro Derecho. En la teoría del fraude, de alcance diferente al que impera en Derecho español, comprendería institutos tales como el fraude, la simulación y el dolo. Finalmente, la doctrina de la *agency* tiene también su importancia en la formulación del *disregard*. El concepto de *agency* es más amplio que en su institución homóloga española, habida cuenta que abarca a todo acto de gestión, mandato o servicio, así como las que se derivan de relaciones con testafierros, permitiendo actuar contra la persona que permanece oculta en una relación negocial<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> M.A. ALCALÁ DÍAZ, «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores», *Derecho de Sociedades*, núm. 1, Ed. Aranzadi, Madrid, 1993, pp. 166-175.

<sup>20</sup> Puede consultarse C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, cit., pp. 89 ss.

<sup>21</sup> Sobre antecedentes históricos, puede verse J.M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (En el Derecho privado)*, 2º ed., Buenos Aires, 1991, pp. 121 ss.

En España la doctrina del levantamiento del velo tiene su primer exponente en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800)<sup>22</sup>. Hay que tener en cuenta que nuestro Tribunal Supremo, en un principio, no sostuvo la doctrina del levantamiento de velo, sino lo que se denominó «doctrina de terceros»<sup>23</sup>, que tiene sus iniciales fundamentos en el designio de impedir todo fraude de ley por actuación de persona jurídica interpuesta adoptando la forma de sociedad. Esta concepción nada tenía que ver con la *Missachtung der Rechtsform des juristische Person*, del Derecho alemán, o la *disregard of the legal entity* o *lifting the veil*, del Derecho anglosajón, pero se equiparaba en los resultados. La teoría del «tercero» se basaba en conceder tal categoría a la sociedad y al socio, revelándose la identidad de intereses entre los socios y la sociedad, con lo que se intenta impedir toda actuación en fraude de ley<sup>24</sup>.

La doctrina del levantamiento del velo ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia en numerosos casos, habiendo dado lugar a una doctrina consolidada.

---

<sup>22</sup> «... la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3.) se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal ... se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como fraude de ley». En el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de mayo de 1997: « ... por derivación de la moderna doctrina del levantamiento del velo, en la que se trata de evitar que un reducido grupo de personas, por la creación de un entramado de personas jurídicas, puedan conseguir el eludir su responsabilidad personal, al hacer imposible desentrañar los pormenores de las personas intervinientes, o sencillamente hacer imposible cualquier reclamación por la mutabilidad de su personalidad, o la complejidad de intervinientes, ... haciendo derivar el fracaso de sus negocios a terceras personas que han tenido la desgracia de contratar con estas entidades»; y Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991: «cabe aplicar ... la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, acogida por esta Sala en abundantes Sentencias (SS. de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 29 de abril y 13 de mayo de 1988, entre otras), que proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos.»

<sup>23</sup> Sobre el particular puede consultarse R. DE ANGEL YAGÜEZ, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid, 1995, pp. 90 ss.

<sup>24</sup> Se viene considerando como precedente de la teoría del levantamiento del velo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1952, R.Az. 473, siendo ponente don Juan de Hinojosa Ferrer. En esta sentencia se declara subsistente un contrato de arrendamiento de local entre los primitivos arrendadores y el arrendatario, después de que los arrendadores constituyeran una sociedad colectiva, cambiando la personalidad de la arrendadora.

Baste recordar algunos supuestos, como el levantamiento de velo en sociedad unipersonal, al no admitir la unipersonalidad tanto en sociedad privada (STS de 27 de noviembre de 1985, R.Az. 5904), como pública (STS de 31 de diciembre de 1993, R.Az. 9926); o en situaciones de sociedades no unipersonales (SS. TS. de 11 noviembre de 1995, R.Az. 8118, 21 julio de 1995, R.Az. 5729, etc.).

Más hemos de tener en cuenta que el Tribunal Supremo, a lo largo de reiteradas sentencias, ha venido aplicando una serie de instituciones y principios jurídicos que sirven de fundamento para la aplicación de esta técnica. Estos principios, entre los que encontramos el conflicto en seguridad jurídica y justicia, la equidad, la buena fe, el fraude de ley y el abuso del derecho, se aplican en bloque sin especificar las consideraciones propias de cada caso, habida cuenta que no todos los principios e instituciones aplicados producen los mismos efectos, ni son aplicables a los mismos supuestos<sup>25</sup>. Por todo ello, y para evitar esta utilización fraudulenta del derecho de sociedades, se hace necesaria, como ya hemos apuntado, la regulación legal del instituto de la responsabilidad, que se hará efectiva en los patrimonios personales de los administradores de la sociedad anónima<sup>26</sup>.

## 6.2. ÁMBITO TRIBUTARIO

El artículo 40 de la Ley General Tributaria, según redacción dada al mismo por la Ley 10/85, de 26 de abril, establece que serán responsables subsidiariamente, en todo caso, de las obligaciones pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, los administradores de las mismas.

La D.T. 6<sup>a</sup>, apartado 3<sup>o</sup>, del RD 2631/85, regula el régimen aplicable a la responsabilidad subsidiaria de las infracciones cometidas con posterioridad al 27 de abril de 1985.

---

<sup>25</sup> Puede verse C. BOLDÓ RODA, *op. cit.*, p. 493.

<sup>26</sup> Hay que tener en cuenta que, aunque la doctrina del levantamiento del velo es un instituto apto para evitar abusos, sin embargo, desde el punto de vista de su concepción doctrinal puede plantear algunos problemas. De ahí que la doctrina se halle dividida entre los que mantienen la necesidad de reformular el concepto de persona jurídica y los que son partidarios de mantener la doctrina del levantamiento del velo, aunque sea como medida excepcional. Sobre este particular puede verse la síntesis elaborada por C. BOLDÓ RODA, en *op. cit.*, pp. 290-312.

También se refiere a la responsabilidad subsidiaria el administrador el artículo 14.1.b) del Reglamento General de Recaudación, 1684/90, de 20 de diciembre (R.Az. 6 y 284, de 1991).

### 6.3. EN RELACIÓN CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Tratamiento análogo con las obligaciones de la Seguridad Social contienen el TR de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994 (RAz. 1825), arts. 104 y 127.1, así como Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, R.D. 1637/1995, de 6 de octubre, en los supuestos de insolvencia y en virtud de actos administrativos de determinación de responsabilidad.

## 7. CONCLUSIÓN

La iniciativa privada ha venido condicionada siempre a la responsabilidad por las resultas del ejercicio de la actividad empresarial. Fruto de ello es la consagración de la responsabilidad patrimonial del artículo 1911 del Código Civil. En un principio esta idea se extiende a la actividad asociativa, como ocurre con las sociedades personalistas. Mas con el correr de los tiempos y ligados a ciertos privilegios, se permite limitar la responsabilidad de las empresas a la exclusiva aportación de los socios. Es el momento cumbre de las sociedades capitalistas. Pronto se ven los excesos de esta limitación. Y los perjuicios irrogados a otros socios, a la Hacienda pública o a terceros ha

ce que quiebre ese sistema de responsabilidad. En la actualidad, consecuencia de unos planteamientos más acordes con la «teoría de la culpa» en la responsabilidad, incluso patrimonial, ha hecho que, desde el ámbito de la jurisprudencia, primero, y después desde la propia normativa legal, en casi todos los ámbitos de actuación del empresariado, se concierte una responsabilidad ilimitada para aquellos agentes que hayan actuado de una forma negligente en la gestión empresarial. De ahí que la teoría del levantamiento del velo, o las más recientes normativas sobre responsabilidad tributaria o frente a la Seguridad Social, hayan perfilado un sistema de responsabilidad que incide en que los gestores o responsables de la gestión social no queden indemnes a los perjuicios económicos que puedan causar a terceros, en general.