

LA CRISIS DE CIERTOS PARADIGMAS SOCIETARIOS

Lorena R. Schneider

1. Notas introductorias

El Derecho de sociedades es un derecho en continuo avance, en continuo proceso de modernización. En dicho proceso influyen: i) la necesidad de adaptarse a los nuevos hechos, como son las exigencias de un mercado globalizado, nuevas tecnologías y, el contexto de la crisis económica, con la necesidad de reaccionar frente a la caída de la actividad económica de las micro, pequeñas y medianas empresas y, ii) el desarrollo del derecho de sociedades en Latinoamérica y Unión Europea, que concede papel central a las Pymes para posibilitar la salida de la crisis, dada su importancia socio-económica. En este sentido, la evolución del mercado requiere de una constante readaptación de las estructuras empresariales.

En estos momentos, debe adherirse a la necesidad de redescubrir lo privado, que sea desarrollado no contra o fuera del Derecho, sino en el Derecho. Debe ser éste el que proporcione –o incluso invente–, los instrumentos técnicos más dúctiles y oportunos, con el fin de que lo privado se realice en las formas jurídicas, lo cual no significa otra cosa que en la estabilidad de las instituciones. Lo mencionado pone en resalto la necesidad de revisar nociones conocidas, a efectos de adecuar las normas societarias con el fin de *mejorar el funcionamiento orgánico* del ente social.

Por consiguiente, cobra particular importancia la noción del *contrato*, el *interés social* y, más aún, los *conflictos de intereses*. Sobre estos últimos, por cuanto la L.G.S. no ha detenido la mirada. Las señaladas nociones, además, presentan singular relevancia en el ámbito de las sociedades de un solo socio, a punto de haberse negado en ellas, la existencia misma del interés social y, asimismo, cuestionado su posibilidad de conformación, dado que ello repercutiría sobre la noción misma del contrato plurilateral de organización, aquella enseñanza clásica de Ascarelli.

La ley 19.550 de 1972 recogió la tesis contractualista al disponer la necesidad de concurrencia de, al menos, dos personas la constitución una sociedad

de cualquier (art. 1°). Por aquellos momentos, si bien no existía posición unánime de la doctrina, puede sostenerse que existía suficiente consenso en aceptar sin más la señalada postura. Sin embargo, las necesidades actuales del tráfico mercantil ponen el foco sobre la *crisis de ciertos paradigmas societarios* que parecían —ello se percibe con mayor intensidad en la sociedad unipersonal—, definitivos. Entre esos paradigmas pueden mencionarse algunos: i) la tesis que exhibe a la sociedad como un *contrato* pero que ahora colisiona de lleno con la sociedad que se conforme con la intervención de un único socio y, ii) el *interés social*, aquel que se pretende no admitirlo, llegando a negar su existencia.

2. La sociedad unipersonal como centro de colisión de una pluralidad de intereses:

Si todos los contratos son incompletos, el contrato de sociedad es el contrato incompleto por excelencia¹. Es por eso que el contrato de sociedad es considerado en la dogmática como un *Organisationsvertrag*: como los costes de establecer desde el comienzo una regulación completa son inasumibles, las partes se limitan a fijar la forma en que dicha regulación será establecida, es decir, por quién y conforme a qué procedimiento se tomarán las decisiones, lo que explica por qué el contenido típico de unos estatutos sociales no se refiere, en absoluto, a las actividades futuras de la sociedad, sino simplemente a la configuración de la persona jurídica y de sus órganos.

Ese medio o instrumento jurídico, organizado como persona jurídica tiene origen en un contrato plurilateral que por organizarla se llama de organización y que contiene en forma mediata, *ex-lege*, y en forma inmediata, un conjunto de normas que van a regir parcialmente la conducta de ciertos individuos que crean por ellas su propio sistema de emitir la voluntad común y obligarse comúnmente en y a través de la sociedad. Este contrato plurilateral le organización, llamado sociedad, debe ser distinguido del llamado negocio pluripersonal, en la que hay un negocio jurídico pluripersonal, pero y, aquí está el *quid* de la cuestión, unilateral; hay un conjunto de declaraciones de voluntad de varias personas que forman una sola parte, que obran todas en una única dirección en protección de un interés único o centro de interés. Así concebido el contrato de sociedad aparece como la respuesta a la necesidad de un mecanismo flexible de regulación que permita la adaptación de la relación contractual entre los socios a un entorno

¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, “*Los problemas contractuales en las sociedades cerradas*”, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2005, disponible en www.indret.com, Barcelona, 2005, p. 2.

cambiante adoptando las decisiones conforme se vayan haciendo necesarias, a través de los acuerdos sociales correspondientes y de la actuación de los órganos, bien puede calificarse al contrato de sociedad como un mecanismo de recontractación entre las partes ².

Pues bien, todo lo mencionado presenta singulares matices en la sociedad de tipo unipersonal. Es allí, precisamente, donde surge la necesidad de revisar formulas tradicionales societarias hasta ahora prácticamente tenidas como definitivas. Ello por cuanto, en la sociedad de un solo socio, la naturaleza contractual de la sociedad no se verifica –en principio–; allí, estaremos ante un acto o negocio unilateral, a través del cual se pretende dar vida a un nuevo ente social.

En tal sentido, Mantilla Molina ³ observa que es el acto constitutivo de la sociedad mercantil un *acto de voluntad unilateral* o *acto colectivo* en el cual se encuentran voluntades múltiples o una sola como en el caso de las sociedades unimembres donde les es fácil a una sola persona conseguir a otras personas como socios únicamente para cumplir con el requisito legal pero a fin de cuentas los fundadores concurren a declarar una voluntad o voluntades “, emanadas en el ejercicio de poderes o derechos distintos, unidas para la satisfacción de intereses paralelos.

En consecuencia, será *contrato* aquella sociedad conformada por dos o más personas, a menos que se reduzca a uno sus socios y, será, esta última –la unipersonal–, considerada como un *acto unilateral de voluntad*, por haber sido constituida por un solo socio, en tanto no se incorporen a ella nuevos socios. Después de todo ¿qué tan trascendente podrá ser la manera de entender su naturaleza (contrato, acto unilateral de voluntad)? En ambos casos, estaremos frente a subespecies de los actos jurídicos, es decir, de actos susceptibles de adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas (arts. 259, 957, ss. y concs, del CCyCN) y, más aún, si se acepta que estamos frente a un acto unilateral de voluntad, rápidamente podrá advertirse que le son aplicables de modo subsidiario las normas establecidas para los contratos.

Sin embargo, quitar relevancia a la tesis contractualista –es menester remarcarlo–, tiene verdadera trascendencia, por cuanto resulta indiferente si la constitución del ente social fue por acto unilateral o contrato. Las sociedades exceden, en su creación, al paradigma del contrato, mucho más aun, dada la im-

² ALFARO ÁGUILA-REAL, J, “*Los problemas contractuales...*”, cit., p. 5.

³ MANTILLA MOLINA, R, L., “*Derecho Mercantil*”, Edit. Porrúa, S. A., México, 1997, p. 229.

portancia que se ha dado en los últimos tiempos a la autonomía de la voluntad⁴. Dichas consideraciones no implican desnaturalizar la noción de sociedad entendida como contrato; suponen sí, la necesidad revisar –para así adecuar–, aquellos viejos paradigmas o formulas enraizadas sobre las que se asienta el Derecho de sociedades, entre ellos su noción y elementos.

3. Los conflictos de intereses

No ha sido desarrollada en nuestro Derecho de sociedades una verdadera “teoría del conflicto”, en tanto no se encuentra institucionalizado ni existen reglas de carácter general que lo regulen. Sobre ello, Suárez Anzorena⁵, aseveraba que la ley de sociedades (como también lo hacía el Código de Comercio), utiliza la expresión “*interés en contrario*” al trasuntar la contraposición de intereses entre un director o un accionista frente a la sociedad que llega a la instancia judicial. Sin desconocer esta afirmación, debe considerarse al territorio del conflicto mucho más amplio.

Es indudable que el socio busca en la sociedad la satisfacción de un interés propio e individual que no tiene por qué subordinarse en todo caso al interés de la sociedad, pero en modo alguno puede buscarse contra la sociedad, sino justamente a través del interés social dado que, sin convergencia de los intereses individuales de los socios en un interés único y común, no se podría hablar de sociedad⁶.

Ahora bien ¿qué ocurre con el caso de las sociedades de un único socio? ¿puede desestimarse sin más, la posibilidad de concurrencia o colisión de intereses diversos? ¿puede limitarse la ocurrencia de dichos conflictos únicamente al que nace entre socio y administradores o, entre aquél y órgano de fiscalización, aquí exigido? Pues bien, cabe sostener que el conflicto de intereses en este tipo societario no puede resultar disminuido a una categoría casi inexistente. Del mismo modo, no cabe descalificar y entender diferenciado al concepto de interés

⁴ Corresponde destacar, además, las sociedades incluidas en la Sección IV, de la LGS, en que prevalece la más absoluta libertad de formas.

⁵ SUAREZ ANZORENA C., “*La noción de conflicto societario*”, Ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, llevado a cabo en la ciudad de Huerta Grande, Córdoba, 1992, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/3795/CDS05020279.pdf?sequence=1>.

⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A., “*Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 59.

social, por cuanto las sociedades conformadas por un solo socio presentan –al igual que las sociedades en las que intervengan dos o más personas–, conflictos de intereses diversos y es, precisamente allí, donde aparece con nitidez la noción del *interés social*.

Es aquí, precisamente, donde cobra singular importancia la noción –aun huidiza–, del *interés social*, por cuanto los elementos de la sociedad de tipo unipersonal descalificarían prácticamente su existencia. En virtud de ello, cabe indagar ¿puede firmemente sostenerse que en la sociedad de único socio no tenga cabida el interés social, a menos que ella deje de ser tal por haberse incorporado un nuevo socio? ¿este aun huidizo concepto de interés social puede quedar sometido, exclusivamente, a aquellas estructuras societarias que supongan pluralidad de socios?

3.1. Conflictos “ad intra”. Socio único, administradores y éstos con la sociedad

Una teoría del conflicto de intereses no puede concebirse más que bajo el aspecto de la dependencia de la representación a la relación de gestión. De tal modo, el interés en conflicto constituye, un impedimento para el normal desarrollo de la relación representativa y un peligro de daño para el representado⁷.

Se entiende que existe conflicto de intereses cuando el administrador tenga un interés directo o indirecto en la sociedad de manera que ello pueda afectar el modo en que desempeña su cargo, en la defensa del interés social. De esta forma, se puede llegar a la conclusión que el conflicto de intereses se caracteriza por dos elementos fundamentales que estructuran su noción: a) la confrontación de los intereses particulares del administrador y los sociales que debe defender de forma leal y diligente y, b) el riesgo de lesión de éstos últimos, de manera que dicho conflicto sólo será significativo jurídicamente cuando a la hora de intervenir en una determinada operación o, adoptar un acuerdo, concurren los intereses no alineados y enfrentados del administrador y de la sociedad que administra, generándose así un eventual riesgo para la sociedad, cuando el gestor antepone sus intereses al social⁸.

⁷ BRUNETTI, A, “*Tratado del derecho de sociedades*”, t. I, ed. Uthea, Buenos Aires, 1960, p. 338.

⁸ BOLDO RODA, C, “*Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: arts. 229 y 231*”, en “*Régimen de los deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*”, (Cebria, Luis, H, -Coord.), ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 245.

La representación se vacía de su contenido cuando la expresión de la voluntad colegial queda decidida por la participación de quien estaba obligado a abstenerse. Si la relación continuase subsistiendo, la oposición produciría una disfunción caracterizada por el hecho que actuación del representante tiende a realizar su propio interés más que el del representado. No existirá incompetencia o, sea, manifestación de un poder que no existe, sino abuso de poder, esto es, la realización de algo que no responde exactamente a aquello a que está autorizado, sino que difiere de ello cualitativamente. Se considera que existe una desviación de funciones vitales para el representado en cuanto poderes del representante habrían sido desviados al servicio de un interés propio, en lugar de atender al propio interés del representado. El abuso, en presencia de un conflicto (de intereses), no sería más que desviación de poder⁹.

Esta manifestación, no sólo se desprende los arts. 59 y 272, de la L.G.S., sino del art. 159, del CCyCN, que expresamente menciona: que los administradores no pueden intervenir ni perseguir o favorecer *intereses contrarios* a los de la persona jurídica. Pero, asimismo y, más importante aún, la indicada norma introduce la figura del *conflicto de intereses* (no regulada por nuestra ley societaria), al ordenar a los administradores implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan su aparición. Pese a ello, no puede dejar de decirse que no obstante el avance que significa haber incorporado la noción del conflicto de intereses dentro del capítulo destinado a las personas jurídicas, es menester señalar –al menos inicialmente–, que el legislador perdió la oportunidad de sistematizar los diversos conflictos que en el seno societario pueden presentarse.

4. Conflicto de intereses “ad extra”

4.1. El socio y los acreedores

En el ámbito de las sociedades en situaciones de crisis, el conflicto de interés entre acreedores y accionistas plantea una encrucijada para el administrador cuya actuación debe ser inspirada por la fidelidad al interés social y el cumplimiento de la ley. El conflicto surge cuando ambos intereses (interés social y legal), colisionan. Cuando el mandato legal es claro, nadie podrá pedir explicaciones al administrador pues éste es su primer deber, el cumplimiento de la ley.

Defender la postura de la inclusión de otros grupos de interés en el concepto de interés social como fin de la actividad gestora, significa defender que el interés de los socios no se corresponde con el interés social, sino que hay que

⁹ BRUNETTI, A, “*Tratado...*”, cit., p. 340.

tener en cuenta otros grupos de interés (*stakeholders*), lo que supondría abrir las puertas del Derecho de sociedades a otras cuestiones, más allá de la mera organización de los socios.

Ello podría conducir a la argumentación de la existencia de un hipotético deber del administrador de tener en cuenta, en alguna medida, el interés de los acreedores en la toma de decisiones difíciles. Bajo esta posición institucionalista (frente a la contractualista), late la idea de sociedad como institución que trasciende más allá del contrato social, como elemento esencial de la estructura económica del sistema financiero, del mercado de trabajo, etc. Un caso de manifestación legislativa que se ha venido utilizando como ejemplo de apertura a otros intereses es el sistema de cogestión *AktienGesellhafts* alemana, donde se regula en el sistema de representación colectiva de los trabajadores en el seno de los órganos sociales, dando lugar a una difusa separación entre el derecho laboral y el sindical ¹⁰.

Este debate no se centra sólo en una cuestión de definición conceptual (de si el interés social ha de comprender otros intereses), sino, además, de si en el seno de la *lex societatis* desde donde debe partir la definición de los diferentes intereses dignos de protección en el seno de la empresa. Dicha cuestión se pone de manifiesto por la razón de que quienes apuestan por una apertura pluralista del interés social lo hacen desde la fundamentación del interés social como interés empresarial (*enterprise approach*) y, no de un interés estrictamente societario. Dicha posición presenta dificultad por el hecho de que la sociedad es el único centro de imputación de responsabilidad y, el interés empresarial no deja de ser una cuestión extrasocietaria, donde el deber de lealtad del administrador irá vinculando a la causa del contrato de sociedad y, por tanto, al interés social.

Los acreedores prestando recursos a la sociedad contribuyen a financiar el desarrollo del proyecto empresarial que en ella subyace. Por lo tanto, *ceden la disponibilidad de un conjunto de recursos a la sociedad a cambio de disponer de una expectativa de recuperación futura de los mismos y de un determinado interés*. La diferencia temporal que subyace en esta relación genera un determinado nivel de incertidumbre y, por lo tanto, de riesgo. Este riesgo consiste en la probabilidad que en el contexto de la relación entre acreedores y socios, los segundos frustren las expectativas de satisfacción del crédito que ostentan los primeros y es resultado, entre otras causas, de la existencia de divergencias y

¹⁰ VIZCAINO GARRIDO, P, “*El interés social como fin de la actividad gestora de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios*”, Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, núm., 44, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 167/8.

conflictos de intereses entre ambas categorías de sujetos tanto en la fase previa como en la fase posterior a la concesión del crédito.

4.2. *Administradores y acreedores*

Ha expresado Vivante “los acreedores sociales pueden contar en primer lugar con el patrimonio social, que constituye la garantía exclusiva e inmediata de los mismos, prometida solemnemente en el contrato social y, después, en vía subsidiaria, con el de todos los socios”¹¹.

Al ordenamiento jurídico compete asegurarse que promueve unas relaciones, obligacionales sanas presididas por la diligencia y la buena fe de los contratantes. Las relaciones mercantiles, son sólo una modalidad de las obligaciones sinalagmáticas. En ellas, las partes contratistas que son sociedades de capital tienen que actuar por decisión y representación de sus administradores.

Por lo tanto, a ellos se les debe exigir un comportamiento diligente y leal. La L.G.S. contempla en diversas normas, la posición de acreedores frente a situaciones frente a los socios, como son los arts. 51, 57, 75, 83, 88, 153, 204 y 219. Allí se detallan minuciosamente las situaciones que involucran a ambas partes y, los modos de remediarlas.

Para una parte importante de la doctrina española¹², la tutela a los intereses de los acreedores debe darse desde el derecho concursal y no desde el Derecho

¹¹ VIVANTE, C., “*Tratado de Derecho Mercantil*”, versión española de la 1º edición, (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), vol. I, ed. Reus S.A., Madrid, 1932, p. 130.

¹² Cabe mencionar que la doctrina española establece esta protección al acreedor, únicamente para los casos de “*empresas en crisis*” (en estado de insolvencia). En opinión de predominante doctrina a mayor responsabilidad de los administradores se conseguirá una mejor diligencia en sus comportamientos que permitirá gozar de empresas más rentables o, bien, poner fin voluntariamente a su existencia antes de que lleguen a situaciones que le impidan hacer frente al pago de la mayoría de sus créditos -incluso contra la masa como es el caso de los concursos sin masa-, así como una anticipación de sus actuaciones tendientes a tomar medidas que eviten generar o agravar la insolvencia de la sociedad, para intentar minorar el número de afectados y la gravedad de los perjuicios ocasionados. De modo que, si los administradores no actúan con la diligencia exigible legalmente tendrán que responder con su patrimonio personal. En uno y en otro caso, redundará en beneficio de los acreedores y de la economía en general que evitará, en la medida de lo posible, las conductas indebidas de los administradores. Sin embargo, ello debe necesariamente lograrse de manera coordinada entre el derecho de sociedades y el concursal. Desde 1989, las sucesivas modificaciones legislativas que han afectado a la responsabilidad de administradores no han hecho más que agravar su responsabilidad hasta que la reforma concursal de ley 38/2011 y otras posteriores como las operadas por

de sociedades. Sin embargo, éstos se pueden ver perjudicados antes de que se entre en el ámbito de aplicación de la normativa concursal. Ante ello debe considerarse adecuado que ambas ramas –de manera coordinada–, sean garantes de los intereses de los acreedores¹³.

Lo que se plantea es una reflexión acerca de la idoneidad del Derecho de sociedades en la tutela de los acreedores¹⁴, pues si bien es cierto que el Derecho de sociedades tradicionalmente ha planteado soluciones preventivas desde el punto de vista del mantenimiento o integración del capital, la doctrina científica cada vez es más consiente de la ineficacia de dichos mecanismos como auténticas soluciones frente a la crisis empresarial, por lo que en la búsqueda de mecanismos alternativos, se está dando cierta tendencia a buscar soluciones convencionales más efectivas, típicas del derecho estadounidense (*financial covenants*), lo que

el Real Decreto-Ley 4/2014, el real Decreto- Ley 11/2014, Ley 25/2015, que consolida la reforma operada por el Real Decreto- Ley 1/2015 o la Ley 9/2015 que ha puesto algunos límites al ejercicio de determinadas acciones de responsabilidad frente a los administradores alterando considerablemente el escenario de acciones de responsabilidad que en la práctica pueden ejercitar frente a los administradores de sociedades en situación de insolvencia. A mayor abundamiento ver PARDO PARDO, J. M., “*El nuevo régimen de responsabilidad de empresas en crisis*”, ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 21.

¹³ ALEJOS GARMENDIA, B., “*Los deberes...*”, cit., p. 107/9.

¹⁴ Sobre el punto resulta importante destacar que la Ley de Sociedades de Capital española ha dispuesto un título tendiente a tutelar los intereses de los acreedores, tanto en las sociedades de responsabilidad limitada cuanto en las sociedades anónimas, en los siguientes términos: “*La tutela de los acreedores de sociedades anónimas. Artículo 334. Derecho de oposición de los acreedores de sociedades anónimas. 1. Los acreedores de la sociedad anónima cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital, no hayan vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos tendrán el derecho de oponerse a la reducción. 2. Los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no gozarán de este derecho*”. Sin embargo, la misma ley establece tres salvedades a la señalada tutela: Artículo 335. “*Exclusión del derecho de oposición. Los acreedores no podrán oponerse a la reducción en los casos siguientes: a) Cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas. b) Cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal. c) Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las mismas deberá destinarse a una reserva de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social*”. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-10544-consolidado.pdf>.

en cierto sentido viene a suponer una apuesta por el paradigma contractual de la sociedad frente al paradigma institucional¹⁵.

La L.G.S. contiene normas de singular importancia como son los arts. 94, inc. 4 (causal de disolución la inexistencia de patrimonio para el cumplimiento del objeto social), 94, inc 5 (causal de disolución por pérdida del capital social, es decir, insolvencia), que impone la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios, permitiendo la remoción de la causal a través de tres métodos de capitalización: reintegro, aumento de capital y capitalización de pasivos, sin perjuicio de la aplicación del art. 99. Sin embargo, este sistema enderezado a afrontar la crisis o insolvencia puede resultar insuficiente y generar serios conflictos entre administradores y acreedores. Se evidencia, entonces, la necesidad de regular el tratamiento coordinado entre el Derecho de sociedades y el concursal.

Si posamos la vista nuevamente sobre el derecho comparado, encontramos que el derecho italiano, recepta dicha acción en el art. 2394.1 y 2, del código civil italiano, al establecer que “la acción puede ser promovida por los acreedores cuando el *patrimonio* (ya no habla de capital social), resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”. La conservación de la integridad, del patrimonio social, no es, por tanto, tan sólo una obligación que tienen los administradores frente a la sociedad, sino que asume relevancia también respecto de los acreedores sociales. Ello ocurre, como aclara la norma, no en todo caso, sino tan sólo cuando el patrimonio social no sea suficiente para hacer frente a las obligaciones sociales¹⁶.

¹⁵ VIZCAINO GARRIDO, P., “*El interés social...*”, cit., p. 170.

¹⁶ RESCIO, G., “*Junta general de socios. Pactos parasociales*”, en “Derecho italiano de sociedades”, traducción Nuria Latorre Chiner, (Prólogo José M. Embid Irujo), ed. Tirant lo Blanch, Milán, 2006, p. 303/4. Allí puede verse además que, “los presupuestos de la acción de responsabilidad de los acreedores en el derecho italiano son dos: por un aparte, los administradores deben haber violado algún precepto normativo específico, alguna disposición estatutaria o la obligación general de diligencia causando una reducción del patrimonio social y, por la otra, este último, en virtud de tal reducción, no ha de ser suficiente para hacer frente a las obligaciones de la sociedad y, por tanto, para satisfacer a los acreedores. Una vez más, no se trata de una excepción al principio de la responsabilidad limitada que caracteriza a la sociedad por acciones, ya que los administradores no deben responder de las pérdidas, pero sí quedan obligados a resarcir a los acreedores por no haber desempeñado correctamente sus deberes, causando un daño al patrimonio social e, indirectamente, a los acreedores mismos. Ha de observarse que en la práctica la acción de responsabilidad es raramente ejercitada indirectamente por parte de los acreedores sociales; de forma más frecuente, los órganos de los procedimientos concursales de quiebra, liquidación administrativa forzosa y administración extraordinaria actúan en interés de aquellos (art. 2394 bis). En efecto, para el acreedor social es menos costoso obtener la

5. Algunas valoraciones

Frente a una tendencia contractualista respecto a la configuración y concepción actual del Derecho societario, se ha resucitado en los últimos años el debate acerca de la necesidad de ir abriéndose a una concepción –si se quiere–, más institucionalista que albergue por una mayor amplitud de los límites del derecho societario o, al menos por unos términos más difusos que permitan el juego de otros intereses socialmente relevantes (*stakeholders theory*), que se ha intentado articular a través de ideas como gestión responsable o la responsabilidad social corporativa o empresarial, como ocurre con la ley alemana, francesa e italiana.

En este contexto, el conflicto de intereses en el tipo unipersonal no puede resultar disminuido a una categoría casi inexistente, pues no cabe descalificar o pretender atenuar el sentido del interés social, en tanto las sociedades conformadas por un solo socio presentan –al igual que las sociedades en las que intervengan dos o más personas–, conflictos de intereses diversos y es, precisamente allí, donde aparece con nitidez la noción del *interés social*.

Admitir que el *interés social* –que se expresa de modo notable en los *conflictos de intereses*–, pueda conformarse de *intereses extrasociales* de los socios excluidos de tal interés, supondrá un *necesario desafío* por cuanto lleva consigo el quiebre del hermetismo de ciertos paradigmas societarios tradicionales, todos los cuales, hoy se exhiben *relativizados*. Para algunos admitir la apertura pluralista del interés social y entenderlo –si se quiere–, como un “interés empresarial”, supone dificultad por el hecho de que la sociedad es el único centro de imputación de responsabilidad y, el interés empresarial no deja de ser una cuestión extrasocietaria, donde el deber de lealtad del administrador irá vinculando a la causa del contrato de sociedad y, por tanto, al interés social.

Sin embargo, ello se diluye al quitar importancia a la tesis contractualista y aceptar que resulta indiferente si la constitución del ente social fue por acto unilateral o contrato, precisamente, porque las sociedades exceden, en su creación, al paradigma del contrato y, así, lo que interesa es la gestación de un centro de imputación creador de relaciones y derechos de terceros. Allí, este segundo plano de grupos de interés que entran en contacto con la sociedad –sea por relación contractual o extracontractual–, quedan comprendidos y deben ser igualmente protegidos.

apertura de un procedimiento concursal y compartir con los demás acreedores los gastos y beneficios de los resultados alcanzados por los órganos del procedimiento, que sufragar personalmente los costes y riesgos de un litigio que, incluso, en caso de victoria puede no conducir a la consecución del resultado esperado, quizás a causa de la insuficiencia del patrimonio personal de los administradores”.

Como puede verse, es ineludible la necesidad de cobijar mayor amplitud de los límites del Derecho societario en orden a tutelar derechos de otros grupos de intereses socialmente relevantes. No solo ello, resultará necesario, además, contar con una verdadera teoría del conflicto, imprescindible en este ámbito tan particular. Ello redundará en alcanzar la seguridad jurídica, al otorgar al juzgador mayores y mejores elementos –que refuercen su tarea interpretativa.

A la par de todo ello, no puede dejar de advertirse sobre la necesidad de revisar el Derecho de sociedades en torno a las recientes normas que lo toman como su fuente principal, tal es el caso de la ley que ha instituido la sociedad por acciones simplificada, por contener un tipo unipersonal que contrasta notablemente con la sociedad unipersonal que aquí ha sido analizada, debiendo, por tanto, resultar imprescindiblemente *integrado*.

Bibliografía

- ALEJOS GARMENDIA, BLANCA, “*Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- ALFARO ÁGUILA–REAL, JESÚS, “*Los problemas contractuales en las sociedades cerradas*”, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2005, disponible en www.indret.com, Barcelona, 2005.
- BOLDO RODA, CARMEN, “*Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: arts. 229 y 231*”, en “Régimen de los deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital”, (Cebria, Luis, H, - Coord.), ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- BRUNETTI, ANTONIO, “*Tratado del derecho de sociedades*”, t. I, y II, ed. Uthea, Buenos Aires, 1960.
- EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO, “*Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MANTILLA MOLINA, ROBERTO, L., “*Derecho Mercantil*”, Edit. Porrúa, S. A., México.
- PARDO PARDO, JUANA, M., “*El nuevo régimen de responsabilidad de empresas en crisis*”, ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- SUAREZ ANZORENA, CARLOS, “*La noción de conflicto societario*”, Ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, llevado a cabo en la ciudad de Huerta Grande, Córdoba, 1992, <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/3795/CDS05020279.pdf?sequence=1>

-
- RESCIO, GIUSEPPE, A., “*Junta general de socios. Pactos parasociales*”, en “Derecho italiano de sociedades”, traducción Nuria Latorre Chiner, (Prólogo José M. Embid Irujo), ed. Tirant lo Blanch, Milán, 2006.
- VIVANTE, CESARE, “*Tratado de Derecho Mercantil*”, versión española de la 1° edición, (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), vol. I, II, y III, ed. Reus S.A., Madrid, 1932.
- VIZCAINO GARRIDO, PEDRO, “*El interés social como fin de la actividad gestora de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios*”, Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, núm., 44, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.