

## Recensiones

Cándido PAZ-ARES, *Identidad y diferencia del consejero dominical*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2019, 235 páginas.

Id. *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Madrid, Civitas-Thomson Reuters 2019, 282 páginas.

## Pablo Salvador Coderch

Universitat Pompeu Fabra

En la tradición cultural del derecho privado, las obligaciones naturales se contraponen a las civiles porque aquellas, a diferencia de estas, no son accionables, no generan una pretensión justiciable, sino solo una excepción: si se pagan deudas prescritas, es decir, ya no exigibles, no se puede repetir lo pagado; si se remuneran servicios no exigibles por ley o por contrato, tampoco; más discutiblemente, no se puede pedir la restitución de aquello que se ha pagado por una deuda de juego no exigible por azarosa. Son así obligaciones imperfectas, debilitadas, una categoría que casi fue expulsada de los grandes códigos civiles, pero que sigue estando ahí.

En *Identidad y diferencia*, Cándido Paz-Ares, acaso una de las plumas más cumplidas del derecho privado español y, desde luego, su mejor prosa corporativa, recurre a la idea del mandato natural para analizar la figura y régimen jurídico del consejero dominical, de aquel que ha sido nombrado “para representar los intereses de un accionista o grupo de accionistas” (pág. 16) y, más generalmente, “cualquier administrador que accede al consejo para representar a un grupo particular de *stakeholders*” (pág. 17). El consejero dominical está, escribe, en una relación de “mandato natural”, esto es, debilitado, con el *dominus*, su principal, pues jurídicamente “solo está sujeto al *mandato colectivo* impartido por el conjunto de los accionistas y ... su obligación es *actuar imparcialmente en el mejor interés de la colectividad de los socios*” (págs. 30 y 31). El principal puede trasladar al consejero dominical “indicaciones o recomendaciones”, pero no puede impartirle instrucciones vinculantes; y el consejero puede mantener una “conversación privada” con aquel y “trasladarle informaciones reservadas de la compañía” (págs. 66 y 67). El mandato natural, desjuridificado, es la solución al problema de la doble lealtad del consejero, a su principal y a la sociedad: “[l]as instrucciones imperativas no tienen cabida en la relación” entre mandante y mandatario naturales (pág. 68). Este es un “mandato de favor” sin “relaciones jerárquicas”, sino solo “dialógicas” (pág. 75). El autor se pronuncia así en favor de una tesis intermedia entre la “liberal-pragmática”, según la cual es un hecho de la vida que el consejero está sujeto a las instrucciones de su principal, y la tesis “dogmática tradicional”, en cuya virtud es un consejero sin más, como todos los demás, sujeto a deberes de lealtad uniformes (cap. 3, *passim*), está “a medio camino entre lo prescriptivo y lo declarativo” (pág. 109). Una consecuencia de esta tesis es que los pactos parasociales que traten de orillarla serán nulos por ilicitud causal (art. 1275 CC, págs. 112 y ss.).

La tesis es sensata por institucional: ni siquiera un accionista abrumadoramente mayoritario puede “prescindir de la junta ... y sustituirla por la decisión privada” (pág. 123). De lo contrario, en caso de mayorías claras, no necesitaríamos parlamentos políticos, tribunales de justicia, juntas o asambleas de socios, pues bastaría la decisión informal de la mayoría. No puede ser y el autor lo ha visto bien: hay que respetar a las instituciones, no debemos vaciarlas de sentido. Otra cosa es que las juntas de las sociedades puedan compararse directamente con los parlamentos. Con cautela, en todo caso.

El tratamiento de la parte especial es tan preciso y acerado como el de la parte general, aunque el lector tenga a veces la impresión de que la clausura del derecho de sociedades, su

autosuficiencia esté algo exagerada –por ejemplo, no se acaba de ver por qué la responsabilidad por el hecho de otro ha de ceder ineluctablemente a la aplicación de la doctrina del administrador de hecho (págs. 179 y ss.), pues ello lo “demanda la lógica societaria” (pág. 184). Pero la dependencia, el control del hecho de otro, que está en la base de la responsabilidad vicaria, puede ser puntual, ocasional (cfr. pág. 189).

Una de las cualidades propias del libro de un autor que domina su materia y que se maneja a la perfección con la cultura del *common law* y la del *civil law* latino y germánico es que ha internalizado la aportación teórica del análisis económico del derecho, *Law & Economics*. En España, esta sigue siendo a día de hoy la piedra de toque del alto derecho privado académico a cuya cabeza están juristas como Paz-Ares. Los capítulos 5 a 7 del libro (sobre instrucciones indicativas, extensión al consejero dominical de los conflictos de intereses de su principal y flujo de informaciones confidenciales de aquel a este) son particularmente certeros.

Estamos, pues, ante un libro fundamental en la materia, utilísimo además para la práctica profesional y la aplicación del derecho, pues el juez o la abogada que partan de posiciones centradas pueden razonar su tesis mucho más fácil y serenamente que quienes lo hagan desde las dos posiciones polares a las cuales se enfrenta la doctrina del mandato natural. Bienvenida sea.

En *¿Derecho común o derecho especial de grupos?*, Cándido Paz-Ares aborda la cuestión sobre si “la praxis empresarial aboca a la creación de un derecho especial o privilegiado de sociedades para los grupos” (pág. 18), como propone la denominada doctrina de la organización, según la cual hay que dar “carta de naturaleza al grupo de sociedades como organización jurídicamente institucionalizada de la empresa policorporativa” (Pág. 23). El autor, justificadamente escéptico, se propone rehabilitar la doctrina de la protección (de los accionistas externos), de acuerdo con sus tesis de la prioridad del interés social sobre el interés de grupo, del mandato natural y del *Entire Fairness test* en el análisis de las transacciones intragrupo (págs. 20 y 21). Su punto de partida es paretiano: no hay problema si todos ganan y nadie pierde, algo, desde luego, muy exigente, acaso demasiado. Pero el libro da razón del punto de arranque: básicamente, no se puede reformar el fin último (la causa) del contrato de sociedad con base en fines o intereses –los del grupo– que no han sido contratados (pág. 29). O, visto desde otro ángulo, la legitimidad del interés de grupo es indiscutible solo si hay “simetría de propiedad” (grupos planos, pág. 91), en el límite, cuando hay un solo dueño, pero no cuando hay accionistas externos, asimetría de propiedad (grupos piramidales, pág. 92), la cual “crea un incentivo bárbaro para la expropiación” (pág. 93, nota (16). Innegable.

La protección de los accionistas externos tiene límites, pues estos pueden situarse en una posición de *hold-up*, es decir, pueden adoptar un comportamiento estratégico y negarse a cooperar con los mayoritarios para tratar de hacerse con todos los beneficios derivados de la existencia y funcionamiento del grupo mismo: la regla paretiana de la unanimidad es impracticable y hay que matizarla para dar paso a soluciones compensatorias que permitan

alcanzar la eficiencia a largo plazo, la reducción de los costes contractuales del proceso productivo en beneficio de todos. A ello se dedica la segunda parte de la obra y de nuevo, el autor despliega maestría en el conocimiento y aplicación del derecho común de sociedades, cuya coherencia trata de mantener. Criterios tales como el del juicio hipotético de la decisión o línea de conducta que habría adoptado un administrador independiente (págs. 126 y ss.), la exigencia de respetar la doctrina ya comentada del mandato natural (págs. 153 y ss.), la exigencia del apoyo de la mayoría de la minoría (pág. 182), la modulación de la regla de la propiedad y su transformación en una regla de responsabilidad (pág. 221), de forma que se evite el *hold-up*, que se impida que la sociedad matriz quede bajo los cascos de los caballos (pág. 200), la insistencia en concebir el interés del grupo como instrumental y no causal (págs. 117 y ss., pág. 236) y la garantía de que existan ventajas compensatorias que justifiquen ocasionales perjuicios para la sociedad (págs. 251 y ss.) constituyen demasiados datos independientes como para poder prescindir de la tesis de la protección defendida por Cándido Paz-Ares en este libro. Finalmente, la cita circunstanciada de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440)), sobre un caso de desvío ilegítimo de clientela realizado por el administrador demandado en favor de otra sociedad del grupo, cierra la obra y pone de manifiesto que libros como este eran y siguen siendo necesarios en nuestro derecho privado. El dominio de la materia y la habilidad del analista en saber defender la doctrina de la protección, muy matizada y modulada -sin orillar la realidad de las cosas, el peso de las razones de la doctrina de la organización- están en la clave de bóveda de quienes defienden posiciones centradas y ofrecen docenas de argumentos de texto, de racionalidad económica y de sentido práctico al jurista que trabaja el derecho de sociedades. Es una obra cuya solidez está por encima de cualquier otra consideración, salvo la exhibición de la buena literatura jurídica. El edificio dogmático no se caerá.