

**R. CARO GANDARA: *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, Civitas, 1999, 324 páginas.**

La monografía que se anota tiene por objeto el análisis de las cuestiones de competencia judicial internacional que suscitan las acciones relativas al régimen interno de las sociedades, a la luz de la regulación que de esta materia contienen los convenios de Bruselas y de Lugano sobre competencia judicial y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones. Por sí misma, esta razón justifica una valoración positiva del trabajo, que viene a colmar el vacío que de esta temática ofrecía la literatura española de Derecho internacional privado de sociedades, cuya preocupación se ha centrado tradicionalmente en las cuestiones de ley aplicable así como de reconocimiento de las sociedades extranjeras. Si a este factor se unen el orden en la exposición de los temas, un tratamiento riguroso de las cuestiones que se tratan y la propuesta de soluciones para los problemas concretos, no cabe sino animar a la lectura de este trabajo. La obra queda dividida en cinco capítulos. En los capítulos segundo, tercero y cuarto, se abordan los complejos problemas de calificación y subsunción que suscitan las acciones relativas al régimen interno de las sociedades, siendo examinadas, sucesivamente, el ámbito de aplicación subjetivo del art. 16.2 CB, su ámbito material, así como las cuestiones excluidas que aún pertenecen al régimen interno de las sociedades. Antes, en un capítulo introductorio que trasciende al sector de la competencia judicial internacional, se hace un resumen de los modelos societarios en presencia (modelos institucionales y modelo contractual), poniendo de relieve su incidencia sobre las soluciones de Derecho internacional privado en el sector de las sociedades. En el último capítulo, "revisión del modelo societario del convenio de Bruselas", la autora desliza al lector hacia el terreno de las propuestas, tanto interpretativas como legislativas, decantándose finalmente por las soluciones de más fácil inserción en el sistema. Aunque los diferentes capítulos poseen autonomía propia, todos ellos aparecen informados por una opción de partida en favor del denominado paradigma contractual, que sirve de *leit motiv* del trabajo, y del que se extraen diferentes consecuencias en los capítulos siguientes. La densidad de la argumentación utilizada y de las conclusiones que se alcanzan por el trabajo hace ilusorio su elenco en estas breves páginas. Nos limitaremos a esbozar una selección de ellas.

Los modelos societarios, tanto las teorías institucionalistas como el paradigma contractual, encuentran traducción en Derecho internacional privado del modo siguiente: el modelo imperativo de fondo, o paradigma institucional, en sus diversas modalidades, aparece en todos aquellos sistemas de Derecho internacional privado que utilizan la sede real como criterio de conexión para determinar la ley aplicable a la sociedad y en los que sólo se reconocen las sociedades constituidas conforme al Derecho del Estado donde tenga su sede real; por el contrario, el paradigma contractual concibe a la sociedad como conjunto de contratos que se celebran entre los distintos factores de producción (empresa como nexo de contratos incompletos). En DIPr esta concepción encontraría reflejo en los sistemas de tradición jurídica anglosajona, en los que la ley aplicable a la sociedad viene determinada por el Estado de constitución de la misma, lo que depende de la voluntad de los socios fundadores. La opción por esta tesis es explicada por la autora: "si las partes de un contrato pueden autorregularse y elegir el Derecho aplicable al contrato, no debería ser de otro modo respecto al entramado de relaciones contractuales que constituye el contrato de sociedad. Por eso no se justifica imponer a la sociedad un Derecho que haya de regular sus relaciones internas distinto de aquel que los socios fundadores hayan elegido en el contrato de constitución, mediante la elección de la forma social de un determinado ordenamiento jurídico, si se han cumplido todas las formalidades de constitución que el mismo exige". El resto de los intereses en juego podría quedar protegido a través de normas pertenecientes a otros sectores, como el Derecho laboral, o el fiscal, que pueden ser aplicados imperativamente, con independencia del criterio de determinación de la ley

aplicable a la sociedad.

Partiendo de esta concepción, los capítulos segundo, tercero y cuarto comparten una misma metodología, basada en el sistema de calificación-subsunción, es decir, interpretación y averiguación del sentido del texto del convenio, al objeto de clarificar cuándo son de aplicación sus diferentes disposiciones. La opción es clara, también en los tres capítulos, en favor de una calificación autónoma-comunitaria, única adecuada con el carácter uniforme del texto. Mayores reservas nos sugiere la insinuación de interpretaciones consistentes de los diferentes textos normativos que forman parte del Derecho comunitario. El propio trabajo se percata de esta circunstancia cuando excluye la posibilidad de seguir la línea interpretativa estricta que derivaría del art. 48 TR (58 en la versión anterior al Tratado de Amsterdam), en relación con el elemento del "ánimo de lucro", que muy difícilmente podría ser exigible para los entes a que se refiere el art. 16.2 CB, sin que por ello este precepto dejara de servir a sus objetivos. Aunque el origen comunitario de unos y otros textos ofrece, en primera instancia, un argumento en favor de la interpretación uniforme, no puede perderse de vista que la interpretación de cada uno dependerá, normalmente, de su particular finalidad y objetivo. En este lugar, se echaría quizás en falta alguna indicación sobre la necesidad de hacer recurso a las normas de ley aplicable, al objeto de determinar la existencia de un ente con cierta subjetividad o autonomía, dispuesto para llenar el concepto de sociedad o de persona jurídica en el sentido que prevé el art. 16.2 CB. La delimitación subjetiva de este precepto adopta cierta especialidad en el ámbito de las empresas públicas, por mor de la injerencia de la materia administrativa, expresamente excluida del ámbito de aplicación material del convenio (art. 1.1 CB). Para estas situaciones, el ejercicio de poder público es señalado como elemento determinante de la no aplicación del CB. El capítulo se cierra con un elenco de las sociedades y personas jurídicas españolas, privadas y públicas, subsumibles en el art. 16.2 CB.

El capítulo tercero tiene por objeto la determinación del ámbito de aplicación material del art. 16.2 CB, quedando determinados, como reverso de la moneda, las acciones o litigios que quedan excluidos de este precepto, pero no del convenio, que son analizados en el capítulo cuarto. Los litigios que contempla el art. 16.2 pertenecen al régimen interno de las sociedades, pero no la agotan. Todos ellos tienen en común que son acciones constitutivas, acciones que darán lugar a sentencias de ese carácter, lo que proporciona una buena explicación para la exclusividad del foro. En efecto, en interés de la seguridad del tráfico conviene que sobre la eficacia de una sociedad, o de los acuerdos de sus órganos, se eviten resoluciones contradictorias. Si se considera a la sociedad desde el prisma contractual, y se da relevancia a los intereses de las partes, cualquier otro tipo de justificación para el foro exclusivo, incluida la existencia de un interés del Estado, no resulta atendible. En las páginas siguientes, la autora se detiene en la delimitación y precisión de las diferentes acciones que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación material del art. 16.2 CB (validez y nulidad de sociedades, disolución de sociedades e impugnación de los acuerdos de los órganos de la sociedad), indicando la necesidad de estar al *petitum* de la demanda al efecto de la correspondiente calificación y subsunción. Quizás aquí el discurso podría haberse aligerado reduciendo las ilustraciones referentes al Derecho comunitario y al Derecho español de sociedades sobre la nulidad y validez de las sociedades, exposición que, a nuestro modo de ver, podría perturbar la idea de que será, en todo caso, el *petitum* de la demanda el elemento relevante para la determinación de la competencia judicial internacional. Al contrario, resulta en extremo de interés la delimitación entre las acciones relativas a la disolución de la sociedad, materia objeto de foro exclusivo, y las asociadas a un procedimiento de quiebra, que queda excluida del ámbito de aplicación del CB. Por ejemplo, se expone aquí la problemática especial que suscitan ciertas acciones de disolución de sociedades del Derecho británico (*winding up*), cuya sustanciación puede tener lugar tanto en situaciones de insolvencia como de no insolvencia, con los problemas calificadorios que ello conlleva. En evitación de una proyección

de estos problemas al sector del reconocimiento de decisiones, la autora propone una calificación de la acción por el juez de origen, que resulte vinculante para el del Estado requerido. Sin duda, las mayores dificultades de delimitación entre acciones -y también entre el ámbito de aplicación del CB y del convenio de insolvencia de 1995- se producen respecto a las llamadas "resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste" (art. 25.2 del convenio de insolvencia). En esta cuestión el trabajo propone un acoplamiento perfecto entre el ámbito de aplicación de uno y otro convenio, solución que resulta muy razonable, incluso a pesar de la falta de vigencia actual del convenio de insolvencia.

Resultan también de indudable interés las reflexiones en torno a las acciones relativas a la impugnación de los acuerdos de los órganos de la sociedad. En este terreno, una primera conclusión del trabajo restringe el ámbito del foro exclusivo a las acciones constitutivas relativas a dichos acuerdos, es decir, a aquellas que tienden a hacer desaparecer los acuerdos del tráfico jurídico, asociándose de nuevo la justificación del foro exclusivo a razones de seguridad. Quedan pues excluidas las acciones referidas a la interpretación de los acuerdos, y a las consecuencias de los mismos. Quizás, de nuevo aquí hubiera sido más apropiado un desarrollo de los aspectos de ley aplicable relacionados con la actuación del foro exclusivo (plazos de caducidad o de prescripción de las acciones, legitimación para impugnar los acuerdos, etc), en lugar del desarrollo de Derecho material español que se ofrece.

El capítulo cuarto se ocupa de la materia societaria excluida del ámbito de aplicación del art. 16.2 CB, donde se incluye, fundamentalmente, la cuestión de las llamadas responsabilidades societarias, de los administradores, y las responsabilidades de los socios. A diferencia de las acciones incluidas en el ámbito de aplicación del art. 16.2 CB, ya no se trata de acciones constitutivas sino de acciones de condena, por lo que se desvanecen las razones para mantener la competencia exclusiva. La naturaleza contractual de la sociedad determina que las relaciones que surgen en su seno gocen de esta naturaleza, siendo competentes para conocer de las mismas los tribunales a los que las partes se sometan, expresa o tácitamente, los del domicilio del demandado o los del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa, a elección del demandante. Para calificar esta materia se ha de estar a la *causa petendi*. Respecto a estas acciones, se plantea y resuelve el problema que podría generar la eficacia de las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los estatutos de la sociedad respecto a los socios disidentes y ausentes, tomando en cuenta la jurisprudencia dictada sobre el particular por el TJCE.

Resultan particularmente densas las páginas que se dedican a la problemática de la delimitación entre las acciones de responsabilidad de los administradores y la de impugnación de los acuerdos de los órganos sociales. Al hilo de una clarificadora exposición de la jurisprudencia británica, la autora muestra el alcance del problema, que radica en delimitar, ante un comportamiento incorrecto de los administradores, cuándo debe actuar el foro exclusivo, por tratarse de una acción relativa a la impugnación de un acuerdo social, y cuándo se trata exclusivamente de la exigencia de responsabilidad a los administradores. Entre las claves para resolver esta cuestión se pergeñan la distinción entre falta de autoridad y abuso de autoridad, así como el alcance restrictivo que ha de corresponder al foro exclusivo.

En el último capítulo se aborda el problema nuclear de la regulación de la sede de las sociedades y personas jurídicas en el convenio de Bruselas. La regulación actual, donde dicho concepto no es unívoco en los diversos Estados de la Comunidad, y queda determinado unilateralmente por cada Estado, puede generar resultados insatisfactorios, como conflictos de competencia, tanto positivos como negativos, o la denegación del reconocimiento de resoluciones judiciales dictadas por otros Estados parte, por haber sido dictadas en contravención del foro exclusivo de otro Estado miembro. El sistema podría conducir, llegado el caso, a brindar a un Estado la posibilidad de aplicar sus foros exorbitantes a sociedades con sede real fuera de la Comunidad, que tuvieran su sede social en un país comunitario, problema que sólo de modo

parcial podría ser excluido mediante la técnica del reenvío que la propia autora propone para estas situaciones. Para resolver estas disfunciones el trabajo propone soluciones interpretativas y legislativas. Entre las primeras, los problemas de doble sede podrán resolverse por aplicación de las reglas del convenio que regulan la litispendencia (arts. 21 y 23 CB), debiendo cada Estado aceptar la calificación de sede realizada por el juez del otro. En sede de reconocimiento, la solución pasaría por considerar a dichas competencias exclusivas como alternativas *inter se*. Y respecto a los conflictos negativos de competencia, sería preciso interpretar el concepto de sede de manera flexible, sobre la base de un principio de necesidad, que proteja el derecho de acceso a la jurisdicción del demandante. Entre las propuestas de *lege ferenda*, se apuesta por un concepto de sede determinado de forma autónoma por el convenio, que responda a un principio de proximidad razonable, y que respete los principios de tutela judicial efectiva y de eficiencia en la organización del proceso, concepto que bien podría ser la sede estatutaria de la sociedad.

La aparición, o reformulación, del paradigma contractual en el ámbito del Derecho internacional de sociedades sin duda está contribuyendo a proporcionar nuevas explicaciones a las soluciones en ese sector, apareciendo como un potente factor de crítica y reconstrucción del sistema, no limitado al sector de la competencia judicial internacional. No cabe perder de vista, sin embargo, el trasfondo que dicha visión lleva tras de sí, donde se presupone, al menos, cierta intercambiabilidad entre legislaciones, lo que aparece asociado al proceso de armonización comunitaria realizado en el sector del Derecho de sociedades. Y tampoco cabe desconocer los positivos efectos que la adopción de la teoría de la sede real conlleva sobre la preservación de las fronteras exteriores de la Comunidad, tal y como señalaron los Programas Generales de 1961. Sin perjuicio de que el lector pueda compartir en mayor o menor grado las tesis que la autora mantiene, no cabe cuestionar el rigor científico del tratamiento que se ofrece, siendo destacables los materiales bibliográficos y jurisprudenciales que se aportan. En todo caso, el trabajo de la Dra. Caro Gándara ha de ser considerado como una valiosa contribución al debate sede social-sede real, que se ha visto sacudido por la intrincada sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, dictada en el asunto Centros.

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA