

ción más fuerte de límites de otros frente a los cuales finalmente ceden; o al supuesto de existencia de causa de justificación —art. 8 apartado 11 del Código Penal— en cuya virtud cobra excepción el principio de la exclusión del ejercicio ilícito de un derecho fundamental, cuestión ésta referida a la problemática muy rica, pero todavía no suficientemente explorada entre nosotros, de las relaciones entre derecho penal y constitución.

El terreno es menos firme cuando la colisión de la libertad de expresión con otros derechos se produce sobre materias, en razón del objeto o los intervinientes, sin relieve público. En estos casos la dificultad estriba primeramente en atribuir a determinados asuntos la condición indubitada de privados, situados como estamos en una circunstancia en que la frontera entre la sociedad y el Estado es tan tenue y existen tantas zonas en penumbra. De otro lado debe señalarse que también las figuras públicas han de gozar de una protección de su honor, aunque se admita en su caso una mayor exposición al riesgo de la difamación. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que es distinta la problemática de la colisión de la libertad de expresión con el derecho al honor y el derecho a la intimidad y aun en este caso difiere la protección de una figura pública en lo que se refiere a la divulgación de hechos referentes a su vida íntima o privada o frente a perturbaciones intromisivas de su vida particular.

La solución a la problemática que estos supuestos plantean ha de alcanzarse teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales en una sociedad libre, pues, trascendiendo la comprensión al respecto que a veces ha podido desprenderse de algún pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, todos, y no sólo la libertad de expresión, tienen una dimensión institucional y todos son, por utilizar la de expresión de Häberle, «elementos funcionales de la democracia», reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de derecho. Tan cierto es que no hay democracia sin libertad de expresión como que nos encontraríamos en un sistema totalitario si no hubiese seguridad de reserva y de vida privada, esto es si el ámbito de lo personal no dependiera exclusivamente de la decisión de cada uno.

Vuelvo, finalmente, a reiterar mi convencimiento de que en lo sucesivo quien haya de ocuparse de las cuestiones referentes a la vigencia afectiva de los derechos a la libre comunicación o su regulación adecuada en los diversos sectores de nuestro ordenamiento, ha de recurrir necesariamente a las páginas de este importante libro donde exhaustiva y agudamente se contienen información, crítica y propuestas de enorme utilidad y provecho.

J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA

*(Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad Autónoma de Madrid)*

**TRIES, J. Hermann: «Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht»,  
Verlag Dr. Otto Schmidt, KG, Köln, 1991, 328 págs.**

I. El libro objeto de esta noticia constituyó, debidamente puesta al día la tesis doctoral del autor realizada bajo la dirección del profesor Dr. Peter Ulmer y

está dedicada al examen del régimen jurídico de la distribución encubierta de beneficios en el Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada. El interés del tema para el Derecho español es evidente como se deduce de la mera lectura del art. 27 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada. El autor demuestra una excelente habilidad para la interpretación jurídica, y recoge de modo exhaustivo las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que están expuestas con gran claridad y precisión.

II.1. Por reparto encubierto de beneficios se entiende la atribución directa o a través de persona interpuesta de ventajas patrimoniales a alguno de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada al margen de la distribución regular de beneficios (pág. 23). Estas ventajas pueden adoptar muy diversas formas: contratos irrazonablemente ventajosos para el socio; retribución desproporcionada al socio administrador; aprovechamiento particular de una posibilidad de negocio que razonablemente correspondía a la sociedad, etc. Con ello, no sólo se disminuyen los beneficios sociales sino que se alteran las reglas legales o estatutarias de distribución de beneficios, habitualmente en perjuicio de los socios minoritarios. Fuera de los casos de descapitalización de la sociedad (reparto de beneficios ficticios), en donde entran en juego intereses de acreedores, el reparto encubierto de ganancias es «principalmente un problema de protección efectiva de la minoría» (pág. 4).

2. La doctrina alemana ha ensayado distintos instrumentos para encontrar la regulación de este tipo de negocios o acuerdos: desde la consideración de los mismos como contrarios a las buenas costumbres hasta la aplicación analógica de las normas sobre conservación del capital social (*infra* III). Hoy, sin embargo, son dos las posturas más extendidas: la de aquéllos que consideran estos negocios como actuaciones de los administradores fuera de su poder de representación (*infra* IV y V) y la de quienes entienden que tales actos suponen una infracción del deber de lealtad de los socios y del principio de igualdad de trato. Como puede deducirse, la diferencia entre ambas posturas se basa en que la primera se fija en el que otorga la ventaja patrimonial, mientras que la segunda se fija en el receptor (socio) de la misma.

III.1. El primer conjunto de normas relevante en relación con la atribución de ventajas patrimoniales a los socios es el de las disposiciones de protección del capital social (§§ 30-31 GmbHG). De acuerdo con tales preceptos, quedan prohibidas las atribuciones patrimoniales a los socios que provoquen un «desbalance», es decir, que provoquen que la cifra de patrimonio neto sea inferior a la cifra de capital. En tal caso, procede la restitución en la medida necesaria para eliminar el desbalance y responden todos los socios subsidiariamente frente a los acreedores. El estudio de estas normas en el marco del libro se justifica porque, según hemos señalado, un sector de la doctrina ha propuesto la aplicación analógica de estas normas al supuesto de atribución de ventajas patrimoniales. En este punto, si bien, en cuanto a los principios las regulaciones son idénticas (principio de conservación del capital) existen diferencias notables entre el Derecho de la S.A. y el de la S.R.L. Así, en el ámbito de la S.R.L., el reparto de ganancias no está sometido a *normas procedimentales* específicas. La sociedad puede distribuir ganancias en cualquier momento siempre que se respete el límite que acabamos de exponer. En la S.A., por el contrario, el reparto de ganancias está sometido no sólo a límites cuantitativos sino también, procedimentales: sólo pueden repartirse ganancias en

forma de distribución de dividendos (definitivos o a cuenta) (ver breve y claro, Massaguer, «La distribución de dividendos a cuenta», *Derecho de los negocios*, n.º 1 (1990), 9 y ss.). Por tanto, la regulación de la S.R.L. es, en este punto mucho más flexible y permite una definición omnicomprendiva de la atribución oculta de beneficios en cuanto ésta comprende cualquier desplazamiento patrimonial de la sociedad a los socios cualquiera que sea la forma jurídica de la que se le dote.

2. El problema básico es decidir si esta regulación puede extenderse a cualquier supuesto de atribución indebida de ventajas patrimoniales a los socios por parte de la sociedad. La respuesta es, según el autor, negativa. La finalidad de los preceptos comentados es garantizar la conservación del capital social en beneficio de los acreedores y no proteger a los minoritarios (69). Además, la norma, precisamente por esta finalidad, abarca cualquier atribución patrimonial a los socios y no sólo las atribuciones encubiertas de ventajas patrimoniales. Por último, se contradiría la flexibilidad atribuida a la GmbHG en materia de reparto de beneficios. Tampoco es admisible ampliar analógicamente sólo la consecuencia jurídica, es decir, la obligación de restitución. La razón es, según el autor, la diferente *ratio* de las normas de protección del capital y de los supuestos de atribución indebida de ventajas a los socios: en un caso proteger a los acreedores, en el otro garantizar la igualdad de trato de los socios (71), lo que se prueba si intentásemos aplicar analógicamente cada uno de los párrafos del parágrafo 31 GmbHG (por ejemplo, la corresponsabilidad de los demás socios, el límite de la restitución a lo necesario para eliminar el desbalance...).

IV.1. Una de las tesis más difundidas (el autor la califica como tesis mayoritaria) es la que trata de resolver los problemas planteados por la atribución indebida de ganancias desde el punto de vista de la *falta de competencia de los administradores* para llevar a cabo tales negocios, ya que la competencia para repartir beneficios corresponde a la junta de socios. El autor organiza la crítica a esta posición a partir de los siguientes fundamentos.

2. La atribución de ventajas encubiertas no constituye un acto de distribución de beneficios en sentido formal. Beneficios es un concepto relacionado con el balance, y las atribuciones encubiertas de ventajas a los socios no quedan reflejadas en el balance en la cuenta de pérdidas y ganancias, sino que ha quedado incluida como una disminución en los ingresos o un aumento de los gastos respecto a los que se hubieran obtenido o producido de no haber existido la atribución (91-92).

3. Por tanto, habría que entender «resultados» o beneficios como *ganancia en sentido material* para poder afirmar que la atribución de la ventaja ha constituido una distribución de beneficios. Pero tal solución contradiría la reglas sobre realización del balance, porque la diferencia entre (vgr.) lo pagado por el socio y lo que realmente debería haber pagado no podría «activarse» en cuanto la sociedad no tendría —en la voluntad de las partes— acción para reclamar tal diferencia (93). Ojo, no puede argumentarse por el resultado y afirmar que la sociedad sí que tiene tal acción porque precisamente esa debe ser la consecuencia de la atribución de ventajas a los socios.

Consecuentemente, cuando la atribución de ventajas patrimoniales se realiza mediante un contrato entre la sociedad y el socio, el administrador no lleva a cabo una distribución de beneficios, sino «un mal negocio» para la sociedad. Por tanto, la única forma de justificar la infracción de las reglas competenciales pasa por

afirmar que el administrador ha abusado de su poder de representación al celebrar el negocio y que dicho abuso de poder es oponible al socio, en tanto que no pueda ser considerado un tercero.

4. Quid de los casos en los que se realiza abiertamente la atribución de una ventaja patrimonial a un socio. En tal caso se trataría de una donación, las cuales están permitidas en un cierto marco y en la que es competente el órgano de administración, con lo que no podría hablarse de falta de poder (96-97). Sólo serían inadmisibles en la medida que infringieran el principio de igualdad de trato, o que supusieran —por perjudicar el interés social— un abuso del poder de representación del administrador y dicho abuso fuera oponible al socio.

5. Podría afirmarse, sin embargo, que aunque, en sentido estricto, no esteamos ante una distribución de beneficios, la atribución encubierta de ventajas constituye una vía fraudulenta de evitar la aplicación de las reglas que regulan aquélla, y, por tanto, exigir su aplicación con independencia de la forma jurídica utilizada. El autor niega tal posibilidad argumentando que la finalidad de la norma que atribuye a los socios la decisión sobre la distribución de beneficios se refiere a los *beneficios obtenidos* y que otra interpretación llevaría a la conclusión de que cualquier actuación de los administradores susceptible de afectar a la cuenta de resultados estaría infringiendo las normas sobre competencia de órganos (100). Además, tiene consecuencias no deseables. Fundamentalmente, que conduce a la nulidad total del negocio, lo que resulta excesivo para garantizar la protección de los demás socios. Por otro lado, no se explicaría por qué atribuciones de ventajas patrimoniales aprobadas mayoritariamente por los socios tampoco tienen por qué ser lícitas (101 excelente. Debe recordarse que el art. 27 L.S.R.L. al ordenar el reparto de beneficios de acuerdo con las respectivas participaciones lo hace de modo imperativo).

V.1. Rechazada la tesis de la falta de competencia, pasa revista el autor a una versión modificada de la misma, según la cual, la atribución de ventajas patrimoniales, si bien no constituye realización de actos por parte del administrador cuya competencia corresponde a los socios, sí que supone *infracción de las obligaciones de comportamiento del administrador*. Y aunque en relaciones con terceros, tales infracciones son inoponibles por la sociedad, si podrían serlo cuando el cocontratante de la sociedad es uno de los socios. Por tanto, estaríamos ante un contrato realizado sin poder o con abuso de poder al que serían aplicables las consecuencias del art. 1259 del Código Civil. La infracción de los deberes del administrador es fácil de justificar: el negocio no hubiera sido llevado a cabo por un «ordenado empresario y un representante leal». Además, la igualdad de trato de los socios resulta claramente quebrantada.

2. Lo decisivo es, pues, determinar la oponibilidad o inoponibilidad de tales infracciones a los socios. Parece admitido generalizadamente que la inoponibilidad a terceros de las limitaciones al poder de representación de los administradores, no puede aplicarse sin más a las relaciones con los socios: los socios no son terceros en el sentido del art. 129 L.S.A., pero tampoco están excluidos de la protección del tráfico que tales preceptos brinda. Metodológicamente, la cuestión puede resolverse recurriendo a la excepción de *ejercicio abusivo del derecho* (114) que impediría al socio alegar la protección en los casos en los que conociera —o debiera haber conocido— la infracción de deberes por parte del administrador. En la valoración de intereses necesaria para decidir si la sociedad puede opo-

ner la excepción de ejercicio abusivo del derecho es muy relevante la intensidad del deber de lealtad que pese sobre el socio y que varía en función del carácter abierto o cerrado de la estructura de la sociedad (en Derecho español, al igual que según Trías para el Derecho alemán, por ejemplo, el socio no podría alegar la protección cuando la limitación del poder se dedujese del contrato social, lo que, de acuerdo con el 129.2 sí podría alegar un tercero). El recurso al abuso del poder de representación y a la mala fe del socio no resuelve, sin embargo, todos los casos de atribución de ventajas a los socios (138) por cuanto exige que el representante actúe conociendo la infracción y que para el socio tal infracción del poder de representación sea evidente.

VI.1. Esta argumentación demuestra, a juicio del autor, que la comprensión de este sector de problemas exige cambiar la mirada trasladándola del examen de la conducta del administrador al enjuiciamiento de la conducta del socio (118). Como se ve, la posibilidad o no de oponer por parte de la sociedad la infracción de deberes por parte del administrador, no depende de la conducta de éste (ésta existe siempre) sino de la conducta del socio. Por tanto, el fundamento debe buscarse en *si al realizar el negocio, el socio ha infringido deberes derivados de su condición de socio, en particular, la violación del deber de lealtad por parte del socio y la infracción del mandato de igualdad de trato de los socios.*

2. El autor procede a justificar por qué la atribución de ventajas patrimoniales a alguno de los socios viola el principio de igualdad de trato de los socios. Para ello, justifica la vigencia e imperatividad del principio en el Derecho de la GmbH, lo que es ampliamente reconocido por doctrina y jurisprudencia y concreta éste como una prohibición de discriminación *material*, lo que justifica la inclusión del tema tratado en dicho principio. Califica la atribución de ventajas patrimoniales a alguno de los socios como una infracción de la prohibición que pesa sobre los socios de perseguir «ventajas particulares» (*Sondervorteilverbot*) que constituye una concreción del principio anteriormente expuesto. Esta incardinación le permite, a su juicio, dar una respuesta razonable al problema de las consecuencias: la violación del principio de igualdad de trato no lleva consigo la nulidad del negocio sino, simplemente una reducción del negocio en la medida necesaria para garantizar el equilibrio entre los bienes o derechos desplazados entre el socio y la sociedad (pág. 165).

3. Ahora bien, la prohibición de la persecución de ventajas especiales es, a su vez, una manifestación de la obligación de lealtad del socio de la GmbH frente a la sociedad (*Treuepflicht*), en cuanto supone que el socio satisface intereses personales a costa de la sociedad.

4. Para determinar *cuándo existe una ventaja particular* la doctrina propone la siguiente fórmula: «la obtención por parte de alguno de los socios de una ventaja de carácter económico a costa de la sociedad que no está justificada razonablemente y que no ha sido consentida por todos los consocios» (176), o bien, afirmar la existencia de una ventaja indebida acudiendo a lo que un ordenado empresario y representante leal de una sociedad independiente hubiera hecho. Fórmula que el autor concreta del siguiente modo: en primer lugar, resulta evidente que es necesario efectuar una *comparación valorativa*, es decir, llevar a cabo un juicio hipotético. El problema está en determinar los *criterios para llevar a cabo la valoración*. En este sentido, una primera concreción se obtiene afirmando el carácter abstracto de la medida, es decir, es irrelevante que el administrador concreto hubiera llevado a cabo el con-

trato con un tercero cualquiera en las mismas condiciones, basta con que no lo hubiera hecho así un ordenado administrador. Otra concreción puede deducirse de que el hecho de que el contrato no esté objetivamente equilibrado no significa necesariamente que estemos ante una atribución indebida de ventajas patrimoniales, en cuanto el desequilibrio se justifique por razones empresariales, es decir, porque aunque el socio obtenga una ventaja, la sociedad quede mejor que habiendo llevado a cabo el contrato con un tercero, o cuando las atribuciones se justifiquen por usos de los negocios (regalos de navidad a los socios, etc.). Además, puede no existir atribución indebida cuando el socio obtiene la ventaja como «compensación» de la que otorgó a la sociedad en otro negocio ligado con el anterior.

VII.1. *Grupos de casos.* El autor señala los siguientes: *negocios de intercambio con infravaloración de la prestación de la sociedad.* Un supuesto especial lo constituye el caso de una retribución excesiva al administrador. La comparación debe hacerse con el salario de un empleado de nivel, horario de trabajo y responsabilidad similar; *atribuciones gratuitas a los socios:* se les permite utilizar locales o automóviles, etc., de la sociedad; *prestaciones dinerarias unilaterales a favor de los socios* (asunción de gastos privados del socio por la sociedad; pagos por bienes o derechos que la sociedad tendría derecho a obtener gratuitamente; regalos, asunción de deudas).

2. No hay atribución indebida de ventajas en los llamados negocios neutros, es decir, aquellos que benefician al socio, pero no perjudican a la sociedad. Si que pueden considerarse como tales los supuestos de *corporate opportunities* que el socio aprovecha para sí (ejemplos: continuar para sí relaciones establecidas con la sociedad, inmiscuirse en los tratos previos, etc.).

VIII.1. La última parte del trabajo se ocupa de las *consecuencias jurídicas de la obtención indebida de ventajas particulares* (199 y ss.). Con anterioridad a la transmisión de la prestación por parte de la sociedad, la consecuencia más coherente es, según el autor conceder a la sociedad una excepción frente a la reclamación del cumplimiento del negocio por parte del socio. Esta excepción se basaría en que, al exigir el cumplimiento, el socio *ejercita abusivamente un derecho*, en cuanto que «es contrario a la buena fe... reclamar a otro derechos que derivan de un supuesto de hecho creado mediante la propia infracción de obligaciones»: cuando el socio reclama el cumplimiento del contrato del que obtendrá la ventaja patrimonial a costa de la sociedad, ejercita abusivamente su derecho porque el derecho a exigir dicha ventaja sólo ha podido surgir porque el socio infringió su deber de lealtad hacia la sociedad —en la forma de prohibición de obtener ventajas particulares— al celebrar en dichas condiciones el contrato (202), sin que sea necesaria la concurrencia de culpa o mala fe por parte del socio (203-4). Por tanto, el socio puede eliminar la excepción pagando la diferencia entre el valor acordado y el valor real. En conclusión, como consecuencia de la excepción de ejercicio abusivo de un derecho, la sociedad puede negarse a cumplir. Ahora bien, el negocio es válido, lo que es relevante a efectos de una aprobación del negocio por un acuerdo social. Es necesaria la unanimidad. A continuación se examina si el socio ha de *indemnizar daños y perjuicios a la sociedad*, lo que sólo puede afirmarse en el caso de que hubiera actuado negligentemente al menos al celebrar el negocio desequilibrado con la sociedad.

2. En el caso de que el negocio se haya ejecutado ya, la solución propuesta por el autor es la de conceder a la sociedad una acción para exigir la diferencia

entre el valor acordado y el valor real. Se ha de determinar entonces, *cuál puede ser el fundamento legal de la obligación del socio de restituir la ventaja*. El autor lo encuentra —tras rechazar el enriquecimiento injusto— en el propio contrato social como obligación del socio enriquecido a costa de la sociedad. La solución se confirma desde la perspectiva del principio de igualdad de trato: la infracción de tal principio en estos casos debe hacer nacer una acción de remoción de las consecuencias de la infracción ex §1004 BGB.

IX. Por último, se analizan las posibilidades de actuación que corresponden a los socios perjudicados por la atribución indebida de ventajas a alguno de ellos. El conocimiento de la atribución se asegura mediante el ejercicio del *derecho de información* de los socios. El derecho de la sociedad a reclamar al socio la diferencia entre valor acordado y valor real debe activarse como crédito en el balance, en otro caso, el balance es impugnabile. Los demás socios no tienen derecho a reclamar para sí la misma ventaja obtenida por el socio infractor. Sí que tienen derecho a reclamar daños y perjuicios si, además de la disminución de beneficios de la sociedad, alguno de ellos ha sufrido daños particulares. Cabe la *actio pro socio* siempre que se cumplan sus presupuestos generales.

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL