



Instituto de Dirección y
Organización de Empresa

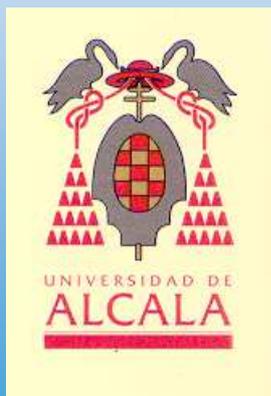
Núm. 413

**EL PODER DIRECTIVO INCONTROLADO Y EL PRINCIPIO DE
PERSONALIDAD**

*"Respecto a un problema sin resolver de Orden Económico
en la Economía Social de Mercado"*

**UNTRAMELLED MANGEMENT POWER ON THE PRINCIPLE OF
PERSONALITY**

"On an unresolved problem of Economic Order in the Social Economy Market"



Prof. Dr. Alfred Schüller
UNIVERSIDAD DE MARBUGO

Junio 2022

**CONFERENCIAS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN DEL INSTITUTO DE
DIRECCIÓN Y ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS /Núm. 413
DIRECTOR: Prof. Dr. SANTIAGO GARCÍA ECHEVARRÍA**

EL PODER DIRECTIVO INCONTROLADO Y EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

*"Respecto a un problema sin resolver de Orden Económico
en la Economía Social de Mercado"*

UNTRAMELLED MANGEMENT POWER ON THE PRINCIPLE OF PERSONALITY
"On an unresolved problem of Economic Order in the Social Economy Market"

Prof. Prof. Alfred Schüller
UNIVERSIDAD DE MARBUGO

Alcalá de Henares, Junio 2022

Autor/Author: *Prof. Dr. Alfred Schüller, Universidad de Marburgo*

Resumen:

"El poder Directivo incontrolado y el Principio de Personalidad"

"Respecto a un problema sin resolver de Orden Económico en la Economía Social de Mercado"

El orden económico constituye la clave para el desarrollo de la persona, de sus Instituciones y de la Sociedad. Y el Orden Económico constituye el eje de los procesos de coordinación entre personas e Instituciones, tanto en cuanto afecta a los procesos socio-económicos empresariales como en lo que incide en las acciones de las economías domésticas. Y en el ámbito de las empresas, como clave en la configuración de los procesos económico-sociales se plantea el problema tanto del poder económico y su conexión con el poder político, la concentración de este poder y su incidencia en la articulación tanto de la Sociedad como de sus Instituciones en la configuración precisamente de los procesos económico-sociales y políticos.

En particular, se plantea en la Sociedad el desarrollo del patrimonio y su distribución como eje de la estabilidad societaria, la eficiencia de los mercados y la articulación del papel de la persona en la economía y en la sociedad. El Profesor Schüller plantea en esta contribución las exigencias que deben plantearse ante el desarrollo de la participación de la población por la vía de las acciones como patrimonio individual para actuar como partícipes en la gestión empresarial frente a la concentración de poder de los directivos en la gestión de las grandes empresas. Lo cual sienta las bases para el funcionamiento de un Orden de una Economía Social de Mercado como orden económico para el desarrollo de las personas y la eficiencia de las instituciones configuradoras de los procesos económico-sociales de una Sociedad libre impulsando el desarrollo de las personas.

Palabras Clave: Economía Social de Mercado, Orden Económico, Competencia, acciones, ley sociedades anónimas, poder directivo, accionistas, fusiones, Konzern, patrimonio, Sociedad de partícipes, economía Social de Mercado, empresas, directivos, control directivo.

Abstract:

"UNTRAMIELLED MANGEMENT POWER ON THE PRINCIPLE OF PERSONALITY"

On an unresolved problem of Economic Order in the Social Economy Market

The Economic Order is the key to individual development, Institutions and Society. The Economic Order is also the axis for coordinating processes between individuals and Institutions insofar as it affects socio-economic business processes, as well as the actions of domestic economies. Within the ambit of business, the Economic Order – as key to the configuration of economic-social processes – presents the problem of how economic power is connected to political power, the concentration of this power and its effect upon how both Society and its institutions are structured - precisely in terms of configuring economic-social and political processes.

In particular, wealth creation and distribution is seen as the basis of societal stability, market efficiency and the structuring of the role of the individual in both the economy and Society. In this contribution Professor Schüller discusses the populace's participation through shares as individual wealth as a means of participating in business management, acting against the concentration of power in managers running big businesses. This lays the foundations for how a Social Market Economy functions as an Economic Order for developing individuals and for efficiency in the institutions that configure the socio-economic processes within a free Society that drives the development of the individual.

Key Words: Social Market Economy, Economic Order, Competition, Actions, Limited Liability Companies Law, Management Power, Shareholders, Mergers, *Konzern*, Wealth, Variable Capital Company, Market Economy, Businesses, Managers, Management Control.

Clasificación / Classification: JEL B25, K22, L44, P12, P51, M10, M19, M20.

Consejo de Redacción:

Santiago García Echevarría (Director)
María Teresa del Val Núñez (Coordinación)
Eugenio Recio Figueiras

Secretaría y Administración:

I.D.O.E.

Instituto de Dirección y Organización de Empresas

© Prof. Dr. Santiago García Echevarría
Dirección del I.D.O.E.: Plaza de la Victoria, s/n
28802 – Alcalá de Henares
MADRID – ESPAÑA
Teléfono: 91.885.42.00

E-mail: ido@uah.es <http://www.idoe-uah.es>

*Respecto a un problema sin resolver de Orden Económico
en la Economía Social de Mercado*

ÍNDICE

Página

1. EN CUANTO AL PROBLEMA	5
2. LAS FUNCIONES DE ORDEN ECONÓMICO EN CONTRADICCIÓN	6
3. INSTITUCIONES, PERSONAS Y EMPRESAS	7
4. POLÍTICA DE LA REPERSONALIZACIÓN-LA CUESTIÓN DE LA NORMA DE ORIENTACIÓN.....	11
5. FORMAS EN LAS QUE SE PRESENTA LA DESPERSONALIZACIÓN.....	13
6. DESDE LA DESPERSONALIZACIÓN A LA REPERSONALIZACIÓN.....	19
7. CONCLUSIONES	22

EL PODER DIRECTIVO INCONTROLADO Y EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

*Respecto a un problema sin resolver de Orden Económico
en la Economía Social de Mercado**

*Los propietarios de los medios de producción
son desempoderados en la economía moderna,
por los directivos (Joseph Höffner)¹*

1. En cuanto al Problema.

Representantes de la Doctrina Social Católica así como también de la Escuela de Freiburg Ordoliberal se ocupan, desde hace décadas, por motivos de política societaria y económica, con la cuestión: ¿cómo se puede configurar de manera más atractiva la propiedad de los medios de producción, de forma que amplios sectores de la población puedan ser atraídos para su participación?. *Joseph Höffner* planteó ya en el año 1957 la estrecha relación existente entre el objetivo de una sociedad de partícipes y la disposición a ocuparse de estas cuestiones que se van a tratar en esta contribución. El tema sigue siendo, hasta hoy, muy actual. Ahora como antes la mayoría de los alemanes dan preferencia a los títulos de patrimonio monetario, de inmuebles y de pólizas de seguro. La participación en el patrimonio productivo es extremadamente unilateral. Y, empresas y bancos pueden perseguir estrategias neofeudales, sin que los responsables se responsabilicen correspondientemente de las decisiones erróneas. El poder directivo incontrolado se manifiesta también en el espacio político en el privilegio de poder recurrir, en caso de necesidad, a la exigencia de que dirigen una empresa "relevante del sistema" o un "sistema sensible". Con lo cual, tal como vamos a ver, diluye la interdependencia interna entre la base del derecho civil de la empresa y el orden de competencia en la economía de mercado. Como ordenamiento económico de personas libres afecta al núcleo central de la economía social de mercado. Las causas posibles de esta dilución las ve Friedrich A. von Hayek² en la posibilidad de las sociedades anónimas, de desarrollarse como "agregados con mucho poder, ampliamente incontrolado", mediante su propia fuerza y sin responsabilidad. Es el producto de la acción económica de las personas en el marco institucional de los mercados, de las empresas y de las relaciones socio-económicas, que no se debiera asumir, sino que pueden ser modificadas según la perspectiva de la política del ordenamiento económico.

A este respecto se supone que los individuos no persiguen objetivos coincidentes, que hay también personas que intentan sacar beneficios al no considerar las reglas de la vida humana en una Sociedad y economía libres.

¹ Joseph Höffner: Die Funktionen des Privateigentums in der freien Welt, en: *Wirtschaftsfragen der freien Welt*, ed. v. Erwin von Beckerath / Fritz W. Meyer / Alfred Müller-Armack, Frankfurt/Main 1957, p. 121-131, aquí p. 129

² Friedrich A. von Hayek: *Die Aktiengesellschaft in einer demokratischen Gesellschaft: In wessen Interesse sollte sie und wird sie geführt werden?* Primera Edición New York 1960, p. 99-117. Traducción al alemán en: Friedrich A. von Hayek: *Wirtschaft, Wissenschaft und Politik, Aufsätze zur Wirtschaftspolitik*, ed. v. Viktor Vanberg, Tübinga 2001, p. 46-59, aquí p. 58.

2. Las funciones del orden económico en contradicción.

Las sociedades anónimas por acciones se ven en la literatura como dominadas por la dirección cuando no existe ningún accionista que posean más del 1% del capital social o cuando uno o varios propietarios puedan tener, como máximo, hasta una cuarta parte del capital social y el resto se encuentre ampliamente disperso. Las otras empresas se consideran como empresas controladas por los propietarios.

En el *primer caso*, se asume, que el elemento personal de propiedad del accionista se retrae como consecuencia del importe de los costes de control. Lo cual, considerado en estos términos, aceleraría una política con éxito para una amplia dispersión de la propiedad de las acciones con lo que se aceleraría el proceso de vaciamiento de las funciones correspondientes a la propiedad y la ampliación del poder directivo sin control ("*Managerismus*"). Bajo esta consideración se puede plantear la cuestión: ¿se encuentran los éticos sociales católicos y los ordoliberales que insisten en recomendar una mayor participación de los ciudadanos en el patrimonio productivo, en el camino incorrecto? ¿no tendrían que considerar que el conflicto entre empresas, que están dominadas por los directivos o por los propietarios, se basa en las restricciones materiales económicas que descansan en una dimensión económica que no se puede aliviar en el marco del Ordenamiento Jurídico privado? ¿si tiene que admitir que el poder directivo descontrolado es el destino que debe aceptarse, o se puede batallar de otra manera?³.

La contraposición sitúa el "*managerismo*" en los intereses económicos poderosos políticamente. A este respecto se plantean las consideraciones que se recogen a continuación⁴, que no son nuevas pero que parecen haberse olvidado, y que no se consideren, como un problema de "Orden Económico", o que políticamente se considere que da lo mismo.

La base de esta contribución es la idea de una nueva reformulación y revitalización del elemento personal del derecho por acciones y del derecho de responsabilidades y la vinculación correspondiente de estos elementos en los fundamentos institucionales del orden de competencia en una economía de mercado. En la idea de la repersonalización se ve un proceso que se encuentra en contradicción a los esfuerzos socialistas, en el

³ Según Karl Marx (Das Kapital, Tomo. I y Tomo III, Berlin/Este 1957) las grandes y modernas sociedades por acciones eliminan, allí donde surgen y se amplían, automáticamente, los principios de la economía privada del ordenamiento de competencia en una economía de mercado, así como sus funciones de dirección. Las fuerzas productivas pierden su carácter personal y asumen un carácter societario. Los directivos empleados se convierten en meros dirigentes y administradores de capital ajeno. Los accionistas se quedan sin funciones, sobran económicamente son „capitalistas monetarios". Hasta hoy los planteamientos basados en las tendencias socialistas vinculadas a Marx, que ponen al Estado en la situación de determinar el proceso societario de, las funciones de la propiedad privada como administrativa-dirigista (por lo tanto, políticamente). En el papel de este planteamiento determinista ve Alfred Schüller la legislación acerca de la cogestión alemana desde el año 1976: los derechos de propiedad en las empresas de una economía de mercado en: Hans-Günter Krüsselberg (ed.), Vermögen in ordnungstheoretischer und ordnungspolitischer Sicht, Colonia 1980, p. 110-132.

⁴ Véase Hayek (Nota 2); Alfred Schüller: Eigentumsrechte, Unternehmenskontrollen und Wettbewerbsordnung, en: Zur Verfassung der Freiheit. Festgabe für Friedrich A. von Hayek zur Vollendung seines achtzigsten Lebensjahres, ORDO, Tomo 30, 1979, p.325-346.

núcleo básico de la economía social de mercado. La realización de la libertad y de la dignidad de la persona en el marco de un orden económico de competencia que facilite a los ciudadanos mejores derechos⁵. En primer lugar, sin embargo, se deben aclarar algunos aspectos que son fundamentales para la posición asumida aquí en cuanto a la política del orden económico.

3. Instituciones, personas y empresas.

3.1. Propiedad privada, autonomía del derecho privado y aclaraciones económico-empresariales.

Desde la comprensión, tanto liberal como cristiana, el ser humano es originariamente como persona, portador y objetivo de todas las instituciones societarias, esto es, también de aquellas instituciones y organizaciones que le sirven, -como la propiedad privada y las empresas-, bienes para la configuración y mantenimiento de la vida humana. Esta posición se identifica con una fundamentación pragmática de la propiedad privada de los medios de producción⁶: La propiedad privada fomenta autonomía mental, fortalece la iniciativa propia y la autorresponsabilidad, así como la conciencia de previsión y de responsabilidad, legitimadas por las importantes funciones societarias cuando se confirma en la competencia como sistema no autoritario de atractivos sociales y controles, para proteger de dependencias personales y sobreendeudamientos. El postulado "la propiedad obliga" descansa, en amplia medida, en la solidaridad voluntaria.

La definición de empresa "*capitalista*" lleva a equívoco cuando se considera la empresa como un conjunto de contratos implícitos y explícitos, y, partiendo de los mismos, que la empresa no se especifica y legitima desde "el" factor capital, "el" factor trabajo o "el" factor suelo, sino desde la autonomía del derecho privado como parte de las Instituciones externas del sistema de mercado.

La autonomía del derecho privado solamente puede ser ejercido por personas naturales. Lo cual tiene también validez, más o menos, para las instituciones internas, espontáneamente generadas por el sistema de mercado- como las empresas con referencias contractuales, de responsabilidad y de acción⁷. Por lo tanto, desde esta perspectiva, las empresas son siempre unidades de acción referidas a las personas, a no ser que sean como empresarios individuales, como sociedades personales (OHG, KG) o como sociedades de capital con órganos que pueden ser nombrados por los socios y dotados con el poder clave.

Lo típico de éstas es la actuación delegada en los Consejos de Supervisión (Aufsichtsrat) y Consejos Ejecutivos de una sociedad anónima (Vorstand). El fundamento jurídico privado (personal) recuerda que muchas empresas, también hoy los actuales grandes Konzerns, se remiten a una comunidad familiar que "crea la capacidad crediticia que necesita el capitalismo, cuando quiere ser sólido y que va más

⁵ Véase Walter Eucken: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1ª Edición 1952, 6. Edición, Tubinga 1990, p. 279 ss. (Existe la traducción al español „Principios de Política Económica“, Fundación ICO, Aranzadi, Pamplona 2017).

⁶ Véase. Walter Kerber: Eigentum. Lexikon der Wirtschaftsethik, ed. v. Georges Enderle et al., Freiburg, Basilea y Viena 1993, p. 216 ss.

⁷ Instituciones externas son el marco jurídico-moral necesario del ordenamiento de una economía de mercado: las instituciones internas son consecuentes, no son condicionamientos del mercado. Véase al respecto Ludwig M. Lachmann, Wirtschaftsordnung und wirtschaftliche Institutionen, ORDO, tomo. XIV, 1963, p. 63-77.

allá del caballero de la fortuna"⁸. Las empresas familiares facilitan una enseñanza muy perceptible y viva de lo que es la autonomía económica fidedigna para la creación posterior, por parte de personas dependientes, para la creación de empresas por parte de personas independientes, para la formación profesional, para el desarrollo social, para el ascenso social, para el desarrollo de dimensiones empresariales eficientes y posibilidades de ocupación humanas, con el objetivo de poder lograr los planes y los fundamentos del saber y de decisión, en la orientación oportunista de considerar la prudencia y la previsión.

La autonomía del derecho privado como condición del sistema de mercado y la libertad ordenada por sí misma, o con ayuda de terceros para ejercer la dirección de la empresa, constituyen, por lo tanto, el *primer punto de arranque* del surgimiento de las empresas- no la propiedad privada⁹. Se le puede asignar a esta, naturalmente, una importancia económica especial. Puesto que cuanto menos capital propio o capital riesgo se responsabilice, tanto más caro será, por regla general, la financiación ajena. La idea de "*las empresas en sí*", como unidad supraindividual, compatible con el "ratio" de una economía administrada centralmente, esto es, con el pensamiento del principio de la colectividad. Pero, sin embargo, en el contexto de un orden de competencia de la economía de mercado se encuentra fuera de lugar, por mucho que este planteamiento se afirme una y otra vez el que las empresas insolventes se planteen bajo una nueva fundamentación contractual, o bien, continúen con subvenciones estatales para asegurar los puestos de trabajo en peligro. Cuanto más uso se haga de este planteamiento, tanto más se plantean los fundamentos personales de un empresariado en una economía de mercado, con la tendencia al ejercicio político del poder y de un empresariado privilegiado, que se desenvuelve con las muletas estatales- en perjuicio y a costa de las empresas no privilegiadas. La consecuencia es también una estabilidad dividida en el mercado de trabajo, un sistema de ocupación de dos clases, con puestos de trabajo que son, comparativamente, unos más seguros y otros más inseguros.

La capacidad humana, la voluntad y el hacer es falible. Se basa en el saber hipotético; ya que en el cálculo de la planificación empresarial no se pueden considerar todos los factores determinantes y todas las situaciones futuras, ya que, dependen, fundamentalmente, de incertidumbres presupuestarias, de la economía monetaria y de la bancaria, esto es, cuando son consecuencias de una política de ordenamiento económico estatal que persigue, muchas veces, una racionalidad política. Por lo tanto, el *segundo punto de partida* de las empresas es cómo se reacciona a las incertidumbres ambiguas y al deseo, ampliamente extendido, de reaccionar con la división de riesgos, competencias y potenciales de responsabilidad. En la empresa puede apreciarse, por tanto, una distribución acordada contractualmente de estos potenciales¹⁰.

Lo cual tiene también tiene validez en el esfuerzo para identificar los intereses contradictorios en las relaciones internas (sobre todo, entre los empresarios y los trabajadores) situándolos en una misma orientación. Del resultado de esa tarea de

⁸ Véase Joachim Radkau: Max Weber. Die Leidenschaft des Denkens, Viena 2005, p. 39.

⁹ Véase Franz Böhm: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, ORDO, tomo. IV, 1951, p. 21-250, aquí p. 85 ss.

¹⁰ En cuanto a una sistemática de las diferentes aclaraciones económicas empresariales véase Helmut Leipold / Alfred Schüller: Unternehmen und Wirtschaftsrechnung: Zu einem integrierten dynamischen Erklärungsansatz, en: Zur Interdependenz von Unternehmens- und Wirtschaftsordnung, ed. v. Helmut Leipold y Alfred Schüller, Stuttgart, New York, 1986, p. 3-40.

dirección empresarial central¹¹ depende el bien hacer y la tragedia de las empresas y de las personas ocupadas. Bajo las condiciones de un orden de competencia en una economía de mercado se añaden, además, en esta relación, los test hipotéticos de las relaciones empresariales internas y externas- que tienen estas últimas una primacía inevitablemente. En el orden de competencia de una economía de mercado los compradores son los últimos motivos determinantes del "empresario", de la empresa.

En comparación: en la República Democrática Alemana (DDR), al igual que en todas las economías con una administración centralizada, se establece este test de confirmación con el análisis de determinadas prescripciones de producción (ratios) en el marco de una jerarquía fijada de necesidades y escasez. Los deseos de la población son secundarios. El único empresario legal es, directa o indirectamente, el Estado. El derecho al trabajo corresponde a una obligación a trabajar. Las insolvencias empresariales y las quiebras están excluidas. Dado que la realización del plan lo es todo, menos garantizable, se intentaron contrarrestar, los desarrollos indeseados (dificultades del plan o de las obligaciones), al nivel de fábricas, mediante prescripciones de comportamiento de tipo material, financieras, y del derecho de trabajo, mediante la amenaza de sanciones. La obligatoriedad a percibir créditos y mediante la socialización de las pérdidas. Naturalmente que estas medidas se basan en unas exigencias reguladoras ilusionista. El management estaba liberado, en amplia medida, de la responsabilidad. La protección facilitaba la autodisolución de la fábrica de su vinculación con el plan económico nacional. Y solamente esto ya caracterizó el carácter de factores relevantes del sistema. El apoyo estatal necesario ocasionó desestabilización masiva, tanto monetaria como en la economía real del sistema global. Lo cual, a su vez, impulsó la necesidad permanente de reformas. El fracaso de este ordenamiento empresarial y económico en un sistema de competencia abierto, se debe al inútil intento permanentemente de sustituir la falibilidad del saber humano por el ejercicio del poder político, anulando la posibilidad del fracaso de empresas, de excluir las modificaciones permanentes y las exigencias del entorno¹².

El *tercer punto* de partida de las empresas de una economía de mercado son las ventajas provenientes de la utilización del principio de la actuación delegada. La separación entre propiedad y dirección no es, desde esta perspectiva, una consecuencia de privilegios políticos, sino una consecuencia de la libertad contractual civil y del derecho que permite descubrir y utilizar las ventajas humanas del saber y de la división del trabajo que se derivan de la especialización. Así se eliminaron en Alemania, mediante las reformas prusianas realizadas por *Stein und Hardenberg*, después del año 1807 con la liberalización de los campesinos, las restricciones a la libertad comercial y a la autoadministración que hasta aquel entonces era el mundo de los privilegios existentes de las empresas.

La libertad comercial fue una revolución institucional que hizo posible elegir una profesión, bajo el criterio de auto-responsabilidad, para fundar empresas y, con ello, crear trabajo y oportunidades de ingresos que no existían hasta entonces, ya que la mayoría de las personas dependían de los señores feudales, de los maestros profesionales o de las manufacturas estatales como únicos empresarios.

¹¹ Véase Alfred Schüller: Erfolgreiche Unternehmensführung im Dienste des Gemeinwohls, en: Fromm und erfolgreich? Wertorientierte Unternehmensführung, ed. v. Bund Katholischer Unternehmer, Freiburg 2000, p. 34 ss.

¹² Véase a este respecto Dieter Starke: Unternehmensinsolvenzen im Wandel von Gesellschafts- und Wirtschaftssystemen, Stuttgart 2007.

3.2 Responsabilidad, privilegios de la responsabilidad y el problema de la despersonalización.

Las empresas en una economía de mercado y las relaciones de ocupación que surgen de la misma, se basan en el fundamento de la libertad de elección del derecho civil y del saber que solamente tienen las personas, así como utilizarlo. Este saber puede cuestionarse por parte de la competencia y por los compradores, que pueden poner en peligro las inversiones, los puestos de trabajo, el exigible y las obligaciones. Con lo que se plantea el problema de la responsabilidad:

Una responsabilidad ilimitada se refiere a la responsabilidad de asumir las deudas, en cualquier volumen, que surjan del patrimonio limitado tanto del negocio como privado, como es, por ejemplo, para el comerciante individual, el socio de una sociedad comercial "Offen Handels Gesellschaft" (OHG) y de una Kommanditgesellschaft (KG) y de la KG por acciones (KGaA).

La responsabilidad, también cuando se define como "ilimitada", está siempre, en última instancia, limitada. El patrimonio del negocio y el patrimonio privado del empresario individual responsable no suele ser suficiente para poder cumplir con las obligaciones asumidas. Por lo tanto, es irrenunciable la corresponsabilidad de los acreedores. Sin acreedores no hay deudores. Si el legislador solamente permitiese contratos realizables y, de esta manera, intentase excluir el riesgo de las decisiones y de la responsabilidad, habría desterrado a la ilegalidad, la conduciría para la acción empresarial de los procesos de competencia con visión de futuro e imitadores poniendo en peligro a otros participantes en el mercado. Bajo esta comprensión jurídica los empresarios, jurídicamente responsables "ilimitados", harían todo lo posible, bajo los ojos críticos de los acreedores procurando no planificar erróneamente, a la ligera, descuido, errores, actuaciones irresponsables, engaños de mal uso.

Desde hace décadas prima en Alemania la sociedad con la responsabilidad limitada (GmbH) en las nuevas inscripciones, muy por encima de las otras formas empresariales. Es la forma jurídica que está más extendida en Alemania, lo cual es natural, cuando se considera la magnitud de la peligrosidad de los beneficios acumulados y el comodín de responsabilidad jurídico ilimitado, que hoy va más allá de los riesgos "normales", como consecuencia de elementos de costes incalculables y gastos estatales imprevistos y reglamentaciones.

Las empresas medianas piensan, típicamente, en el largo plazo. Con lo cual se encuentran obstaculizadas con sus costes de una política económica intervencionista cambiante. Lo cual dificulta una actuación previsora de una conducta del negocio y de su responsabilidad.

Es por lo que las empresas medianas utilizan hoy la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) cuando trabajan principalmente en una comunidad estrechamente solidaria en cuanto al riesgo y a la responsabilidad en una vinculación familiar u otras

referencias estrechamente personales. La suposición¹³ de que esta forma jurídica puede escapar también, de manera significativa, de formas arriesgadas, poco serias y engañosas, constituye hoy también un tema muy actual. Por lo que exige de los acreedores, como también, por tanto, de los trabajadores, una mayor conciencia, comparativamente, de alto nivel de riesgo.

El déficit de responsabilidad de las sociedades anónimas por acciones que se trata aquí, se refiere, sobre todo, a la pérdida de poder en el derecho por acciones del propietario de los medios de producción en favor del *manager*. En Alemania se añade la obligatoriedad de una cogestión libre de responsabilidad, lo que tutoriza al propietario, debilita notablemente la capacidad de adaptación que pudiera ser movilizado mediante formas innovativas del conocimiento y de la cooperación, así como de la corresponsabilidad¹⁴. El resultado es una despersonalización del derecho por acciones con tendencias que vamos a definir aquí como el "capitalismo de los managers".

4. Política de la repersonalización-La cuestión de la norma de orientación.

El desempoderamiento en el derecho de acciones de la propiedad no se encuentra en la naturaleza de la sociedad anónima, lo que se pudiera evitar mediante una política de la repersonalización. Pudiera decirse: nadie está obligado a ser accionista y ser desposeído de poder por el management. ¿Por qué se está buscando la existencia de otras opciones? ¿Qué es lo que justifica la revisión y que se han planteado Höffner, Hayek, Eucken, Böhm y otros?.

4.1 Principios de un orden de competencia¹⁵.

Estos principios se remiten a *Walter Eucken*, el creador de la "Escuela de Freiburg". Son principios constituyentes para el concepto político-societario y político-económico de la economía social de mercado. Este "*Leitbild*" de la política del ordenamiento económico enraiza en el pensamiento de una sociedad civil libre de privilegios. Los principios del orden de la competencia pueden verse en estrecha relación con los principios de la Doctrina Social Cristiana (personalidad, subsidiaridad, solidaridad).

Lo cual no es ningún milagro: ya que el pensamiento humano de los grandes economistas liberales y el pensamiento del orden económico desarrollado por la

¹³ Eucken (Nota 4, p. 284).

¹⁴ Para esta comprensión de la cogestión véase Wilhelm Röpke, *Ist die deutsche Wirtschaftspolitik richtig? Analyse und Kritik*, Stuttgart y Colonia 1950, p. 8 ss.

¹⁵ Véase. Eucken (Nota 4, p. 295 ss.); véase también de manera más abstracta „Regeln des gerechten Verhaltens“ von Friedrich A. von Hayek (*Recht, Gesetz und Freiheit*, Tübingen 2003, Capítulo 8: Die Suche nach der Gerechtigkeit). Se debe hacer referencia también a la obra de Amartya Sen (*Idea of Justice*, 2009), Se debe añadir la obra de Adam Smith' „Recht und Moraltheorie“ y como crítica a la moderna teoría de la „rational choice Theory“, el análisis del economicismo jurídico y de eficiencia. Se encuentra, por lo tanto, en contradicción con el „More economic Approach“, desde el año 2004, que constituye el „Leitbild“ de la política europea de la competencia. Sobre este tema volveré más adelante.

"Escuela de Freiburg" enraiza en lo que Röpke¹⁶ define como el derecho pre-estatal propio de la persona, un hecho revolucionario de la cristiandad: El desarrollo y la realización del pensamiento de la persona, de su singularidad, de su capacidad para la creatividad, para la responsabilidad y para la solidaridad voluntaria, su liberación del espacio del Estado y de otros cuerpos de poder societarios con carácter monopolista, que, medidos en el concepto de este orden económico, son ilegítimos. A lo que se añade el pensamiento del Estado de Derecho y de una sociedad civil libre de privilegios, esto es, la idea de la igualdad de las personas ante el derecho.

4.2. Las exigencias materiales de la política de ordenamiento económico.

Centrándonos en el tema se trata, sobre todo, de los aspectos siguientes:

En *primer lugar*, en el marco de una consideración previsora de la sociedad que intenta proteger a sus miembros de los efectos externos negativos, concretos, ante los daños de la irresponsabilidad y del engaño, ante actuaciones de poder económicos y políticos ilegítimos. Se asume: que las externalidades negativas de este tipo no se pueden justificar con los argumentos de que con el tiempo, en el marco de un gran espacio del ordenamiento de la competencia de la economía de mercado, se diluya, cuando no, incluso, que se generen, mediante la adaptación de un resultado económico eficiente y moral asumible. Bajo este optimismo de desarrollo no se consideran los efectos colaterales negativos inevitables y las consecuencias.

En *segundo lugar*, se trata del logro de los efectos externos positivos, aquí, concretamente, de la mejora de la posibilidad de ganar, en base voluntaria, de una mayoría de partícipes en amplios sectores de la población para la participación en la propiedad productiva (sin acumulación de los riesgos de los puestos de trabajo y del capital y sin la transferencia de la creación de la propiedad a fondos estatales subvencionados, paritariamente administrados por parte de las partes sociales, tal como se plantea frecuentemente).

En *tercer lugar*, se trata del objetivo de lograr nuevas fuentes para disponer de un gran fondo de capital, a largo plazo, y para formación de patrimonio, y no, en último lugar, para el fortalecimiento de la actuación previsora (autoresponsablemente) al servicio de la jubilación. En la medida en la cual se produce una disminución del número de niños en una sociedad se tiene que crear más capital en relación con la valoración y actuación cualitativa mayor, en base a una estrecha relación valorativa y de actuación con los mercados nacionales e internacionales de bienes, de trabajo, de capital y de inmuebles, por parte de un amplio sector de la población con patrimonio.

La propiedad por acciones sería más apropiada, *en cuarto lugar*, en comparación con los conceptos del "salario investivo" discutido, tanto hoy como ayer, para unos amplios sectores de la población, para una participación real en el patrimonio productivo.

¹⁶ Wilhelm Röpke: Maß und Mitte, Erlenbach-Zürich 1950, p. 17., véase también Joseph Höffner: Christliche Gesellschaftslehre, Kevelaer 1997, p. 63 ss.

Por este motivo se aprecia hoy día una renta de las acciones como fundamento para una reforma para poder, legalmente, asegurar las pensiones¹⁷. Lo cual exige, naturalmente, una visión previa de mayor atractividad de las inversiones en acciones.

Se trata, en *quinto lugar*, de la creación de un acuerdo institucionalizado de controles internos y externos de la dirección de la empresa, de forma que fuesen apropiados también en las grandes empresas, para coordinar los intereses de los partícipes, tal como corresponde a un ordenamiento económico descentralizado de la economía y una mayor consideración de los principios del orden de la competencia, y ello con el objetivo de que el sistema de economía de mercado pueda ser protegido de actuaciones de poder incontrolables de empresas, bancos y asociaciones.

Estas exigencias contradicen al actual derecho de sociedades anónimas. Éste se orienta más a las aspiraciones de socialización que se encuentran en la lógica de acción del "*Managerismo*", como formas que aparecen limitando la competencia, del *corporativismo* y del *socialismo democrático*.

5. Formas en las que se presenta la despersonalización.

5.1. La distribución de beneficios según el principio colectivo.

Conforme al derecho por acciones alemán (párrafo 58) el Consejo Ejecutivo (Vorstand) y el Consejo de Supervisión (Aufsichtsrat), la Administración de la empresa puede llevar, autónomamente, hasta la mitad del superávit anual de los beneficios de las reservas más allá de las reservas legales, y una eventual reserva para eventuales pérdidas.

Es posible un incremento de las reservas mediante un acuerdo mayoritario de la Asamblea General de Accionistas que es vinculante para todos los accionistas. Lo cual contradice el considerar al beneficio como rentas residuales de los partícipes. Esta magnitud permanece después de que sean consideradas todas las rentas basadas en contratos, también los del *Management*, cuando han sido satisfechas. En esta interpretación el beneficio es un indicador para la acción empresarial con respecto a las incertidumbres actuales. En este sentido el beneficio tiene una función de dirección en la economía de mercado en base a los elementos de información, de atractivos y de control¹⁸.

Frente a ello la actual distribución de beneficios da la impresión de que los accionistas constituyen un banco cerrado "del" capital. Esta impresión se encuentra en contradicción a la diversidad real de los intereses y las expectativas que pudieran tener los accionistas. Lo cual lleva a la opinión de una necesaria percepción simétrica de intereses. Esta interpretación exige, como contrapartida, un banco homogéneo compuesto por los "trabajadores".

¹⁷ Martin Werding und Benjamin Läßle, Gesetzliche Altersrente – Übergänge zu einer flächendeckenden Altersvorsorge mit Teilkapitaldeckung, file:///C:/Users/ADMINI~1/AppData/Local/Temp/RUB-Studie_Aktienrente_Kurzfassung.pdf

¹⁸ Ver. Alfred Schüller: Der Gewinn in der Marktwirtschaft, en: Gewinn und Verlust, hg. v. Bodo B. Gemper, Colonia 1976, p. 1-28.

En esta forma de pensar en bloques "capital versus trabajo"¹⁹ descansan, entre otras, las exigencias de la cogestión libre de responsabilidad de los sindicatos desde el año 1976, así como la decisión jurídica sobre la cogestión del Tribunal Constitucional Federal del año 1979²⁰.

Con lo cual se amplía, en el derecho alemán de sociedades por acciones, el "*managerismo*" que se plantea, junto con la cogestión sindical sin responsabilidad: por lo tanto, un doble "*managerismo*". Cuando las sociedades anónimas alemanas, basadas en las prescripciones legales de un derecho restrictivo en las referencias del dividendo, se someten a un reducido control del mercado de capitales externo, se debe aquí, sobre todo, a la posibilidad de los managers de acumular elevadas reservas de beneficios dejando a un lado a los accionistas. Naturalmente que a muchos les parece comprensible cuando el Consejo Ejecutivo, el Consejo de Supervisión y los responsables de la cogestión sindical, vean en las elevadas reservas de beneficios una almohada bienvenida de configuración de capital y unos medios financieros favorables. Pero, sin embargo, lo decisivo no es la preferencia comprensible por un mercado de capitales específico de las empresas, sino para hacer del derecho de las sociedades por acciones y el refuerzo del derecho de cogestión, un privilegio de las propias preferencias que limitan los derechos de los accionistas y facilita el poder en el mercado. Por el contrario, se pide aquí una exigencia sin reducciones de la participación de los propietarios en la distribución de los beneficios. Con lo cual no se trata de apoyar las tendencias a un beneficio propio, sino, más bien, se trata de mostrar, que en esta exigencia se fundamenta el principio del orden de la competencia en una economía de mercado²¹.

5.2 La persona jurídica y la presión hacia mayores dimensiones empresariales.

a. Poder incontrolado del directivo

El derecho de la sociedad por acciones sitúa a las personas naturales y jurídicas en el mismo nivel. Lo cual permite a los grandes accionistas, con mayoría cualificada, y al Consejo Ejecutivo, que con "sus" derechos de participación y de voto en las sociedades anónimas pueden adquirir otras sociedades. Con una menor utilización, comparativamente, de medios financieros (no en última instancia precisamente por el derecho generoso de la accesibilidad a los beneficios repartibles), se pueden crear amplios sistemas interconectados de participaciones. Sobre este aspecto poseen los accionistas, como *personas naturales* según el párrafo 131 de la ley de Sociedades Anónimas, solamente un derecho limitado de información. La administración de empresas interconexionadas puede acumularse mediante los nombramientos en el Consejo de Supervisión y la acumulación de puestos directivos con una amplia exclusión de responsabilidad. La institución de la persona jurídica contradice como consecuencia de las reglas válidas de la utilización del beneficio, a esta presión del "*Managerismo*".

¹⁹ Hubertus Bardt, „Arbeit“ versus „Kapital“ – Zum Wandel eines klassischen Konflikts. Eine ordnungswirtschaftliche Studie, Stuttgart 2003.

²⁰ Ver Nota. 3.

²¹ Ver Nota. 16.

El debilitado fundamento personal del derecho vigente de sociedades por acciones facilita un dominio del Manager, y el que puedan decidir en las complejas estructuras de Konzern y de altos niveles de dirección, sin correctos controles jurídicos del derecho de la propiedad, a nivel mundial.

Incluso, en los casos de una actuación ineficiente, pueden contar los managers con bonificaciones especiales muy elevadas y compensaciones. La persona jurídica se ha convertido en un "*Kuckuksei*", en el nido del derecho privado"²²-en contraposición al carácter personal del orden de una economía de mercado.

A los órganos de la dirección de las sociedades de capital se les ha retirado, en cuestiones de la alocaión de recursos, y distribución, de manera significativa, del principio de la unidad entre la toma de las decisiones y la correspondiente responsabilidad. El *managerismo* que se produce en esta situación permite un pensamiento de seguridad privilegiado a costa de los accionistas. Presionan en la dirección de la teoría que caracteriza el principio de dirección de la "empresa en sí", el que la reforma, desde el año 1937, se oriente a facilitar al Comité Ejecutivo una amplia libertad de acción.

Esta forma de pensar favorece la exigencia para aclarar la preferencia, principalmente en las empresas grandes, para declarar la incapacidad concursal políticamente. En esta medida tiene lugar que el patrimonio de responsabilidad de la empresa privada se traspasa, fácticamente, del patrimonio de responsabilidad de la empresa privada a la propiedad de responsabilidad estatal.

b. Elevados costes de control de los partícipes en las relaciones tanto internas como externas.

La Asamblea General, como órgano de los accionistas para el ejercicio legal, se limita a decisiones básicas (párrafo 119 ley de sociedades anónimas alemana). Puede decidir sobre cuestiones de la dirección de la empresa solamente a petición del Comité Ejecutivo (Vorstand). Este actúa libre de instrucciones, con lo cual dispone del poder de decisión. Por lo tanto, solamente se puede hablar de una "relación mental principal-agente", o bien, en lo que se refiere al Consejo de Supervisión, a una posición de propiedad muy debilitada²³. Teniendo en cuenta la influencia de la cogestión libre de responsabilidad, ha surgido en Alemania, a este respecto, una comunidad protegida. Por ello, el *management* puede utilizar la influencia política de los responsables de la cogestión sindical, tanto en las relaciones internas como externas, lo cual afecta, sobre todo, a las cuestiones de la retribución del Comité Ejecutivo y del Consejo de Supervisión, en los nombramientos según el párrafo 84 de la Ley de Sociedades anónimas, o en caso de conflictos externos (con las autoridades de cartel, o en la solución de problemas de estabilidad y de ocupación)²⁴.

²² Ver Franz Böhm: Das Recht der internationalen Kartelle, ORDO, 1969, Tomo. 20, p. 295-332, aquí p. 307.

²³ Ver Claus Scholl, „Strategisches Management zwischen Recht und Markt: Zur Kontrolle des Managements in Kapitalgesellschaften – Eine rechtsökonomische Analyse“, en: Strategisches Management zwischen Globalisierung und Regionalisierung, ed. v. Uwe Götz y Reinhart Lang, Wiesbaden 2009, p. 129-152 (con referencias a casos concretos).

²⁴ Desde la perspectiva del Principio de Personalidad se considera que la cogestión sindical va más allá del intento de considerar el poder incontrolado de los managers y las consecuencias de poder que surgen consideradas inalterables y fijas mediante la participación de los sindicatos.

Naturalmente que el Consejo Directivo (Vorstand) necesita espacio de libertad en las relaciones tanto internas como externas empresariales, sobre todo, cuando se trata de decisiones en torno al crecimiento interno de la empresa. Las que son problemáticas, tal como se ha señalado, son las estrategias de los crecimientos empresariales externos, esto es, la adquisición de empresas por cuenta ajena²⁵. Los desarrollos erróneos de las empresas como consecuencia de las fusiones apenas pueden cargarse al management. Con lo cual se favorece una acción frívola²⁶. La mayoría de las "fusiones y adquisiciones" se pueden considerar, en este sentido, fracasadas, ya que no pueden mejorar el valor de la empresa medido en el beneficio de las empresas. Incluso los presidentes del Comité Ejecutivo, que pueden ser definidos también como "los grandes destructores de capital" en la historia de famosas empresas, no se trata de ningún fallo relevante de responsabilidad, jurídicamente en el sentido de una acción culpable. Y ello, por lo que respecta a las referencias de una actuación frívola de decisiones adoptadas al servicio de intereses especiales e influencias externas, y también remitiéndose a la información insuficiente, como para el bien de la sociedad²⁷. Los jueces y los expertos pocas veces podrán demostrar, y solo de manera excepcional, a posteriori, que determinadas decisiones empresariales como perjuicio de las obligaciones que pudieran fundamentar un caso de responsabilidad²⁸. Hasta ahora se podía actuar, en las complejas estructuras del Konzern, con un amplió poder universal, sin tener que garantizar la correspondiente responsabilidad.

La incapacidad política de quiebra de las empresas en la República Democrática Alemana (ODR) permitía una socialización de las pérdidas. Bajo el dominio del *managerismo* "capitalista" puede estar vinculado a la propiedad privada de altas rentas. De esta manera fracasó, con un impacto negativo global, el Konzern de inversión "*Lehman Brothers*" con, aproximadamente, 800 empresas filiales.

Veáse Ernst-Joachim Mestmäcker: Über Mitbestimmung und Vermögensverteilung. Alternativen zur Umverteilung von Besitzständen, Tübingen 1973, p. 18. Con lo que se crea un espacio "contra negocios", "si fuese de otra manera no se hubiera llegado a la "explosión" de numerosas retribuciones del Vorstand y a los programas de opción de acciones inaceptables. En lo que respecta, a las primas de los Miembros del "Aufsichtsrats" tiene los sindicatos un interés particular: con el incremento de la retribución se incrementan las transferencias a la Fundación Hans-Böckler-Stiftung, a la que están obligados los sindicatos y sus objetivos, y con ello, por ejemplo, también la búsqueda de los medios de terceros, mejorando la posición de las Universidades. Ver Wolfgang Bernhardt: Corporate Governance statt Unternehmensführung? Eine Widerrede, en: Recht der Internationalen Wirtschaft, Año. 50, Cuaderno 6, 401-408, aquí p. 408.

²⁵ Ver. Wolfgang Bernhardt: Familienunternehmen in Zeiten der Krise – Nachhilfestunden von oder für Publikumsgesellschaften?, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 09/1, ed. v. Walter Eucken Institut, Freiburg; véase también Hans Otto Lenel: Zu den Megafusionen in den letzten Jahren, ORDO, tomo. 51, 2000, p. 1-31.

²⁶ Ver NZZ, Nr. 103 del 5./6. Mai 2007, p. 9.

²⁷ Ver Uwe Hüffer: Aktiengesetz, 8.ed., München 2008, Rn 4 e y 4 f.

²⁸ Últimamente se informa, de una jurisprudencia que permite reconocer, por lo menos en casos concretos, que todo miembro del Consejo de Supervisión (Aufsichtsrat) no pueda excluirse más en su obligación acentuada de supervisor y de responsabilidad. Ver Ulrike Friese-Dormann: "Gerichte und Gesetze erziehen neue Generation von Aufsichtsräten", FAZ, Nr. 175 v. 31. 7. 2013, p. 19. Queda pendiente poder confirmar si se trata realmente el inicio de un cambio sistemático de la praxis vigente.

Las autoridades de supervisión tuvieron grandes dificultades para poder aclarar las siguientes cuestiones: ¿Cómo se distribuía el riesgo entre el Konzern y las sociedades filiales? ¿quién debiera y pudiera asumirlos? Correspondientemente se hizo difícil y complejo todo el desarrollo)²⁹ "*Lehman Brothers* tenía un concepto-como otras muchas instituciones- para un desarrollo global, no tenía, sin embargo, para una muerte de esta naturaleza"³⁰. Existe una participación asimétrica de información, de riesgos y de resultados en perjuicio de muchos de los inversores con una reducida capacidad de asunción de riesgo y de aquellas instancias (estado, instituciones crediticias estatales, Banco Central) de los que pudiera esperarse una última responsabilidad por un forzado compromiso financiero. ¿No debiera sacarse de todo ello la consecuencia de que hay que modificar la distribución jurídica existente, de tal manera que al "*Leitbild*" de la economía social de mercado se le dé, en la percepción de la población, que no tenga que asumir daños muy fuertes?.

c. ¿Los controles de fusión como alternativa?

Joseph Höffner fue el que descubrió los intereses de los productores monopolistas que en los siglos 15 y 16 "podían desarrollarse de forma exuberante", visto desde la comprensión ordoliberal del pensamiento de la economía³¹. A este respecto ha destacado la influencia de las opiniones y de las ideologías del quehacer cotidiano que descansa en el criterio del "bien común". Hasta hoy se asume, frecuentemente, la obsesión de hacer más grandes las empresas, y ello como consecuencia de mayores mercados. En su contradicción se encuentra la tesis de las consecuencias competitivas de la desconcentración en una ampliación de los mercados. Lo cual pudiera suponer: "se fusiona para suavizar la presión competitiva consecuencia de las mayores dimensiones de los mercados"³². El doble *managerismo* es el que sale al encuentro.

Desde el año 2004, la política de competencia Europea ha percibido un nuevo "*Leitbild*", definido como "*more Economic Approach*". Según el cual, las fusiones, así como también los cárteles, deben ser enjuiciados, preferentemente, por magnitudes de eficiencia económica "modernas" (según las "*rules of Reason*"): a las fusiones, que, desde el punto de vista predominantemente autónomo, pudieran ser consideradas como interesantes, se pueden asumir como justificadas, también, incluso, cuando se tenga que aceptar, a estos efectos, una pérdida de libertad.

²⁹ "Cuando se produce una quiebra se desintegra la empresa global, en sus partes. Los responsables de las sociedades cada Estado Federal, o bien, las autoridades de cada uno de los Estados Federales actúan para la seguridad de sus propios intereses. Se extiende una dirección a distancia típica de un Konzern. Dado que no existe un derecho concursal internacional, el administrador concursal de cada Estado Federal está obligado a sacar lo mejor para su cliente. El derecho concursal Suízo prevé, ciertamente, un idéntico tratamiento en los mercados nacionales como extranjeros. Pero internacionalmente se produce que el acreedor nacional es preferido y las medidas adoptadas por el liquidador extranjero no se reconocen. Véase NZZ, Nr.156 del 9.7.2010, p.11.

³⁰ Ebd.

³¹ Joseph Höffner: *Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert*, 1. Edición 1941, 2. Ed., Darmstadt 1969, p. 155.

³² Ver Lenel (Nota 25), p. 25.

Para la medición de la utilidad se diferencian, sobre todo, los denominados efectos sinérgicos: ventajas provenientes de la fusión de empresas de los mismos ámbitos funcionales, del mismo tipo de actividad que lo eran anteriormente cuando iban por separado, mediante el logro de los efectos de la dimensión y de la especialización en las compras, (concentración de pedidos), del mantenimiento de stocks, de la producción, de la organización y de la administración, con el ahorro de costes mediante investigación y desarrollo efectivos, así como, también, por los métodos de marketing y de financiación con éxito.

Muchos de los efectos sinérgicos pueden parecer, en principio, desde el punto de vista de la economía empresarial, como plausibles; sin embargo, su demostración se basa en premisas de cálculo económico en función de las consideraciones eventuales o potenciales. Las referencias a la realidad son difíciles de enjuiciar desde fuera. Por lo que solamente queda la cuestión abierta sobre en qué medida se producen los ahorros de costes pronosticados: descansan, en *primer lugar*, en los datos de las empresas participantes. ¿Con cargo a quién? ¿Hasta qué punto se mantienen las empresas con los productos mejores y más baratos en el mercado? Lo que además queda totalmente abierto es, también, si las consecuencias de las fusiones se desarrollan con el mercado o, en contra, si se puede debilitar, consecuentemente, el beneficio actual de bienestar, o si se diluye sin que los compradores tengan ningún provecho.

En su conjunto se tiene que partir de que se cambia el comportamiento de los participantes en el mercado como consecuencia de las fusiones. Y un cálculo, por muy eficientemente detallado que sea, exige interpretaciones. A este respecto las consecuencias de las fusiones deben hacerse, comparativamente, con las empresas para que las medidas de las magnitudes de eficiencia económica no sean un cálculo contra el consumidor y contra las empresas medianas, en el sentido del argumento optimista de que el propio desarrollo producido asuma los efectos externos negativos y su transformación espontánea en forma de impactos positivos (ver capítulo 4.2).

Para el enjuiciamiento de la eficiencia económica de las fusiones no es suficiente con una reducida perspectiva económica. Se ha de considerar también el campo del entorno jurídico de su actuación, más allá de lo económico, de las decisiones de fusión. Entre ellas deben considerarse, como se ha señalado, la cuestión de la responsabilidad insuficiente del derecho de acciones para cubrir decisiones erróneas, o, con enormes errores, en la asignación de capital³³, el acceso privilegiado del management a las posibilidades de financiación a costa de los accionistas y más allá del control de la utilización que se hace del mercado de capitales en general. A lo que pertenecen también los atractivos de la presión competitiva que surge como consecuencia de la mayor, dimensión de los mercados, y el estatus del mercado "*too big to fail*" (demasiado grande para fracasar), se produzca a costa de terceros que no son participantes³⁴.

Desde el punto de vista del concepto de la economía social de mercado sería inteligente, por lo tanto, resistir a las exigencias de una posición de supremacía de los productores en la actual constitución estatal y económica, así como en el marco de los acuerdos internacionales.

³³ Ver. NZZ, Nr. 103 del 5./6. Mayo 2007, p. 9.

³⁴ Con Hayek (Nota 2, p. 47) se puede ver el poder en el sentido negativo en las competencias. „Energie und Mittel Dritter in den Dienst von Wertvorstellungen zu stellen, die diese Dritten nicht teilen“.

Sino más bien en el "bien común", en el sentido del axioma de valor del estado de bienestar de los consumidores por encima de los intereses especiales en las zonas de actuación privilegiadas del management (incluyendo los responsables de la cogestión sindical sin responsabilidad).

Si se le quitan las defensas a una sociedad, como consecuencia de un optimismo economicista del desarrollo y la eficiencia frente al poder económico, es cuando entonces se creará el peligro implicado de la politización de las grandes empresas y de los grandes bancos con consecuencias en la calidad del ejercicio del poder político.

Los controles de la fusión, según el método de "más aproximación económica" (More Economic Approach) descansan en el método de la revisión de cada caso. Según Arndt Christiansen³⁵ este es un acuerdo poco efectivo frente a las fusiones que perjudican la competencia. Por lo que sería deseable que los controles de la fusión, de manera preventiva, se orientasen a la cuestión del fortalecimiento del carácter personal jurídico-civil del derecho de sociedades.

6. Desde la despersonalización a la repersonalización.

6.1 ¿Atractivos externos y controles como puntos de referencia?

Para aquellas empresas con limitaciones de responsabilidad en la forma de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) podrían prescribirse mayores cuotas de capital propio. Sin embargo, no existe ninguna idea indiscutible sobre el volumen "correcto" de estas cuotas de capital propio. La fijación de normas de esta naturaleza, pueden favorecer ilusiones de responsabilidad y hacer frívolamente responsables a los acreedores en la confianza de unas prescripciones de capital propio o jurídico formales, lo que puede llevar a descuidar la revisión necesaria propia del potencial de responsabilidad real del deudor. Especialmente es a los bancos, que pueden llevarles, por unas referencias más elevadas de capital propio, o por perspectivas, de una mayor ayuda pública en la actividad del activo, esto es, la concesión de créditos entrando en riesgos irresponsables.

En el caso de la SA (AG) el legislador obliga al accionista a participar en las decisiones de la Asamblea General ("derecho de voto es obligación de voto"). Pero, sin embargo, esto contradice los principios de un orden liberal en el que cada uno puede expresar su opinión y disponer de su voto libremente.

La idea de la repersonalización del derecho jurídico de Sociedades por Acciones contradice también la idea de conceder a la Asamblea General como colectivo de accionistas, el derecho de acoplar el volumen de los dividendos a pagar a la duración de mantener las acciones. Lo cual fortalecería el actual derecho existente de la Asamblea General para determinar el uso de los beneficios del balance mediante acuerdos de la mayoría.

³⁵ Véase Arndt Christiansen: Der „More Economic Approach“ in der EU-Fusionskontrolle, Frankfurt/Main 2010, p. 535

El impacto sería más bien despersonalizante, dado que, sobre todo, si se da la circunstancia de que la Asamblea General, mayoritariamente, se inclina a seguir las propuestas de la Administración de la Empresa, que está caracterizada por el interés en incrementar a las reservas provenientes de los beneficios para el fortalecimiento de la autofinanciación. Por el contrario, si se ponen en vigor los aspectos que se exponen a continuación se fortalecería, de manera inmediata, los atractivos personales internos en los controles de la propiedad de las acciones.

6.2 Fortalecimiento de los atractivos y controles personales internos.

a. Del principio colectivo al principio personal en la disposición del beneficio.

Este camino exige sustituir las amplias competencias de la Asamblea General, en cuanto a la disposición del beneficio, mediante los acuerdos de mayorías, mediante nuevas exigencias de disposiciones individuales de los beneficios, sin reducir su peso, fiscalmente y también en lo que respecta a otros aspectos³⁶ de los accionistas. Si los accionistas valoran la libertad de decisión sobre el conjunto de la participación en los beneficios correspondientes, se puede clausurar una parte significativa de los lapsus de control y de sanciones. Lo cual no excluye, que el Consejo Ejecutivo, según el procedimiento "*reparto y retorno*", entre en competencia con los planes de otras empresas de crear expectativas más favorables de beneficio para interesar a los accionistas, según sus preferencias individuales, en una participación creciente y permanente. Un atractivo muy importante para las decisiones de permanencia en una situación participativa se daría cuando se den las circunstancias de la creación de reservas de los beneficios en la empresa en paralelo a una emisión de acciones. El carácter personal y el contenido económico del derecho de participación se verían fortalecidos, así como la calidad de la utilización del mercado de capitales. El compromiso empresarial de los accionistas iría más allá del fortalecimiento de los atractivos internos, mucho más allá de lo que puede lograrse con las regulaciones externas.

Si los derechos de beneficios no repartidos se transformasen, paso a paso, en acciones, pudiera ser más atractivo para las inversiones en acciones, también para amplios sectores de la población. La actual laguna diferencial entre el poder de decisión y la obligación de responsabilidad del *management* se reduciría de manera notable. Dado que, en lo que afecta a la distribución de dividendos, implicaría pasar del actual endeudamiento de los accionistas a la aportación por parte del Comité Ejecutivo. El periodo de permanencia de la inversión vendría entonces determinado por las perspectivas de beneficio. El espacio de decisión, las estimaciones de las diferentes expectativas individuales, mantendrían plenamente la capacidad de creación de resultados. La visión sobre los dividendos y también sobre el valor de venta estarían, entre sí, en una estrecha interdependencia.

³⁶ La dotación con reservas ocultas mediante el diverso derecho de valoración y de amortizaciones ocultan de manera consciente los beneficios y los dividendos presentados, las posibilidades de ocultar la situación patrimonial y de resultados de la sociedad anónima con el fin de reducir el beneficio presentado.

Existiría, además, voluntariamente, mayor comprensión, por parte de los accionistas, para una política responsable de configuración de reservas y de distribución del Comité Ejecutivo. Las competencias jurídicas propias de las participaciones de los partícipes en la Asamblea General se reforzarían de manera automática, también, incluso, sin su presencia. El argumento de que la cultura de las acciones no esté tradicionalmente enraizada en Alemania, que los inversores alemanes tienen miedo al riesgo, sería más una interpretación ideológica de las asociaciones en sus actuaciones.

b. Repersonalización de la persona jurídica

En el antiguo desarrollo del derecho de sociedades por acciones se ejercía la capacidad de las personas jurídicas en el derecho de voto solamente, en excepciones determinadas como privilegio estatal. Una salvedad regular de este privilegio se da para las fundaciones y otras instituciones semejantes, que primariamente no están orientadas al beneficio, lo que se considera hoy también como adecuado. Para una equiparación legal de la persona jurídica (que dispone de capacidades jurídicas ilimitadas) con respecto a la persona natural, como regla general, para las empresas económicas, no tiene validez cuando se consideran los principios y las reglas de la economía social de mercado³⁷. Con la persona jurídica se plantearía, tal como se ha mencionado, en el derecho por acciones un mecanismo de concentración de poder (para los procesos de creación de Konzern, regulaciones de mercado y dominio de los mercados). Estas fuerzas motrices pueden ser dirigidas, de manera muy significativa, por la Administración de la Empresa, sustrayendo a los accionistas.

Los planes para el crecimiento externo se podían perseguir también sin el privilegio de las personas jurídicas. Con las acciones adquiridas no se podría, sin embargo, tener ningún derecho de voto y ninguna relación de dominio económico en el sentido de una creación de Konzern. Las participaciones adquiridas se deberían ofrecer a los accionistas con el fin de evitar el que surja un vacío de responsabilidad jurídica de la propiedad y pueda evitarse. Estos, los accionistas, debieran poder decidir sobre la concepción y, con ello, también, sobre la política de la fusión y de dominio del *management*³⁸. Y puesto que el resultado no está claro, debieran ser responsables el Consejo Ejecutivo y el Consejo de Supervisión de las consecuencias de una eventual adquisición necesaria de las acciones.

Pero también si continúa la validez de la institución de la persona jurídica se podrían reducir drásticamente las distancias entre las decisiones y las responsabilidades cuando la empresa dominante asumiese la responsabilidad de las obligaciones de la empresa adquirida. Sería más arriesgado que hoy adquirir empresas y luego trocearlas. "Una persona, jurídica independiente, que se sitúa económicamente sólo en una filial, debiera ser tratada también jurídicamente como filial de la firma dominante.

³⁷ Lo cual no excluye que las sociedades anónimas, en el sentido de los actores, generen algo mediante las experiencias comunes, costumbres y tradiciones, algo así como una personalidad específica. Véase. Hayek (Nota 2, p. 48).

³⁸ Sería muy difícil poder ocultar pérdidas en las inversiones financieras mediante la asunción sobrevalorada de otras empresas, tal como sucede, en el caso, solo citado para conocer el ejemplo, por el management en *Olympus* (véase FAZ, Nr. 261 del 9. 11. 2011, p. 14).

Por lo que un Konzern que es, de manera fáctica, una empresa dirigida unitariamente, y se trocea en muchas personas jurídicas, se puede considerar como no asumible³⁹, así como en la praxis actual de la participación en resultados del management sin una participación adecuada en las pérdidas. En los casos, en los que los grandes accionistas, con una propiedad mayoritaria cualificada, creen relaciones de dominio, sería posible mejorar una solución del problema de responsabilidad cuando la sociedad por acciones se sustituyese por una (KGaA)⁴⁰. El derecho de decisión personal y las obligaciones de responsabilidad personal se encontraría en una estrecha relación.

Una estrecha vinculación entre las decisiones económicas y la propiedad responsable impacta como *una política de anticoncentración incorporada*. La tarea difícil del control de la fusión no se trataría ya de forma sintomática, sino de forma causal y, con ello, perdería en su urgencia. Los fundamentos de un sistema de mercado competitivo se fortalecerían con un gran potencial de efectos externos positivos (véase capítulo 4.2)⁴¹.

7. Conclusiones

Por parte de los actuales privilegiados y de los partidos políticos próximos, asociaciones e instituciones no se puede esperar ninguna actuación de cambio. Por lo tanto, el Estado está obligado como instancia responsable de la política de orden económico. Sobre el optimismo de que los mercados disponen de una medicina autocurativa acaba pronto en un autoengaño. No es solamente imposible, sino también necesario buscar respuesta, en base a los fundamentos del pensamiento de una política de orden económico y de una voluntad política constante en cuanto a la competencia, con el fin de lograr la conformidad de los electores, en interés de amplios sectores de la población que asume los costes societarios y económicos del poder incontrolado del management, lo que solamente se ha tratado aquí en cuanto a algunos aspectos.

Las fuerzas que orientan la acción humana del doble "*managerismo*" persiguen simplificación y centralización y ven en las propuestas del tipo que aquí se han mencionado, un factor de distorsión. Se remiten, con interés, a la influencia determinante de actuaciones culturales. Las posiciones privilegiadas del management y de los actores no responsables frente a los discriminados accionistas, así como los frágiles controles del mercado de capitales, se consideran legitimadamente dados e inmodificables. Una "SA Europa", con espacio para el desarrollo de la cogestión, en el sentido de formas vinculadas a las personas en cuanto al saber, al coejercer y a la corresponsabilidad de las personas empleadas, se considera como traición a la cultura nacional. Este es un medio, por parte de las asociaciones de intereses, que se dan en el ámbito de la sociedad, y en múltiples "enredos de las asociaciones con los partidos políticos", que legitiman el poder al servicio de los intereses especiales", también, cuando en la constitución estatal vigente y económica no estaba prevista esta situación de poder)⁴².

³⁹ Véase Eucken (Nota 4, p. 283 ss.).

⁴⁰ Véase Ulrich Fehl und Peter Oberender: Unternehmensverfassung, Kapitalmarktordnung und Wettbewerb, in: Leipold / Schüller (Nota 7, p. 145 ss).

⁴¹ Respecto a la tarea sin resolver del Ordenamiento Bancario ver Alfred Schüller: Krisenprävention als ordnungspolitische Aufgabe, ORDO, tomo 60, 2009, p. 355-389, aquí p. 379 ss.

⁴² Ver Höffner (Nota 17), p. 301.

Como consecuencia de la estrecha interrelación entre la economía y la política se encuentra "socavada la autonomía en la formación de voluntades del Estado y en la que descansa su propia existencia"⁴³. Lo que se manifiesta en las frecuentes intervenciones estatales por diferentes grupos de intereses. Con el "anclaje del Estado por la economía" (*Walter Eucken*) se produce una pérdida de la autoridad estatal y de la fuerza del ordenamiento económico en el sentido de la comprensión "de Freiburg", de carácter liberal, de un orden de competencia. Por esta vía pueden rebasarse los límites de las posibilidades de actuación política de manera significativa-, por ejemplo, respecto el endeudamiento estatal, apretar la tuerca de los impuestos o una redistribución contraria a los atractivos. La economía es más proclive entonces a las situaciones de crisis y su debilidad, en estas condiciones, también para corregir la política económica⁴⁴ en lo que respecta a las exigencias de reformas que aquí interesan. ¿Cuáles son las oportunidades que existen?.

- Las oportunidades para las reformas del derecho de las Sociedades por acciones pueden enjuiciarse, por ejemplo, de forma más favorable, en lo que afecta a las reglas de participación en la distribución de beneficios, aquí propuestas, cuando se aceptase el que mediante una cobertura de capital, basada acentuadamente en acciones, se consiguiese un planteamiento ampliamente sólido de la previsión de vejez. Ya que, si se lograra una calidad mejorada del uso de los beneficios por esta vía, en la que se obstaculizaría un management favorable a sus propios intereses, con cargo a una política empresarial poco rentable para los accionistas en el conjunto de la economía. Al mismo tiempo, se pudiera dar respuesta al objetivo de una sociedad de partícipes reales en la propiedad productiva. Dado que para una economía social de mercado se tiene que disponer de una distribución amplia de la propiedad en los medios de producción y una elevada capitalización del mercado de las empresas cotizadas en bolsa. Sin una revaluación sustancial del carácter personal de las características de la dotación material de las acciones y de las necesarias orientaciones institucionales del Principio de personalidad, permanecerá, a esos efectos, el objetivo de una sociedad de partícipes más bien como un sueño no realizado.
- Para la repersonalización aquí recomendada del privilegio de la persona jurídica pudiera servir una percepción efectiva de los electores del problema de la forma jurídica de las sociedades por acciones. Este problema consiste en que pudieran desarrollarse las actividades del mercado sin que apareciesen los propietarios por detrás de las personas jurídicas. Y la medida en que las sociedades de capital se someten a los controles de competencia abierta, en todos los mercados, se pudiera asumir. Desde el punto de vista de la política de orden económico es, sin embargo, altamente problemático.

⁴³ Walter Eucken: Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus, Weltwirtschaftliches Archiv, Tomo. XXXVI, 1932 II, p. 297-321. Reproducción con notas específicas en ORDO-Schriftleitung ver ORDO, Tomo 48, 1997, p. 5-24, aquí p. 13.

⁴⁴ Ver. Schüller (Nota 41), p. 355-398

Pero, sobre todo, afecta, en primer lugar, a las sociedades de capital en cuanto estén en sectores de influencia en regímenes autoritarios. Rusia, China y otros sistemas políticos autoritarios se aprovechan notablemente en sus planes de represión y expansión, desarrollando actividades en las Sociedades libres y de Orden Económico abierto, dándoles un poder político y económico que contradicen los esfuerzos de los países, libertad, competencia y democracia. Los Konzern estatales, ampliamente ramificados, como *Gasprom* y *Rosneft* poseen una influencia decisiva con ayuda de las formas jurídicas de las personas jurídicas en la política alemana y europea, y en el suministro energético, favoreciendo la campaña de dominio geopolítico de Wladimir Putin.