

REVOLUCIÓN DIGITAL
DERECHO MERCANTIL Y TOKEN ECONOMÍA

ANA FELÍCITAS MUÑOZ
(*Dirección*)

M.^a CARMEN DE LA ORDA
CRISTINA MARTÍNEZ LABURTA
(*Coordinación*)

REVOLUCIÓN DIGITAL

DERECHO MERCANTIL Y TOKEN ECONOMÍA

AUTORES

Alex Preukschat
Alberto Alonso Ureba
Enric Delgado Samper
Juan Avilés Sánchez
Berta Fernández Martínez
Jesús Primitivo Rodríguez
Sergio Antonio Muñoz Pérez
Lucas Carmona Ampuero
Antonio Serrano Acitores
Lucía García Martín
Marina Echebarría Sáenz
Javier Gómez Gállego
Reyes Palá Laguna
Ana Felicitas Muñoz Pérez
Pilar Montero García-Noblejas
Esperanza Gallego Sánchez
Enrique Ortega Burgos
M.^a Sagrario Navarro Lérica
Ascensión Gallego Córcoles

Antonio Roncero Sánchez
M.^a De la Concepción Chamorro Domínguez
Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Manuel González-Meneses García-Valdecasas
Cristina Martínez Laburta
Yolanda Ríos López
Carmen de la Orden de la Cruz
Francisco Javier del Arco
Carmen Alonso Ledesma
María Ángeles Alcalá Díaz
Luis Cazorla González-Serrano
Alberto J. Tapia Hermida
Isabel Fernández Torres
M.^a Luisa Aparicio González
Alberto Empananza Sobejano
Lourdes Garnacho Cabanillas



Diseño de cubierta:
Carlos Lasarte González

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran, plagiaran, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© ALEX PREUKSCHAT, ENRIC DELGADO SAMPER, JUAN AVILÉS SÁNCHEZ,
BERTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ,
SERGIO ANTONIO MUÑOZ PÉREZ, LUCAS CARMONA AMPUERO,
ANTONIO SERRANO ACITORES, LUCÍA GARCÍA MARTÍN,
MARINA ECHEBARRÍA SÁENZ, JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, REYES PALÁ LAGUNA,
ANA FELÍCITAS MUÑOZ PÉREZ, PILAR MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS,
ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ, ENRIQUE ORTEGA BURGOS,
M.^a SAGRARIO NAVARRO LÉRIDA, ASCENSIÓN GALLEGO CÓRCOLES,
ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, M.^a DE LA CONCEPCIÓN CHAMORRO DOMÍNGUEZ,
SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA,
MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, CRISTINA MARTÍNEZ LABURTA,
YOLANDA RÍOS LÓPEZ, CARMEN DE LA ORDEN DE LA CRUZ,
FRANCISCO JAVIER DEL ARCO, CARMEN ALONSO LEDESMA,
MARÍA ÁNGELES ALCALÁ DÍAZ, LUIS CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO,
ALBERTO J. TAPIA HERMIDA, ISABEL FERNÁNDEZ TORRES,
M.^a LUISA APARICIO GONZÁLEZ, ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO,
LOURDES GARNACHO CABANILLAS, 2019
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2019
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-...-...
Depósito Legal: M-...-2019

Printed in Spain

«... La Universidad es *además* ciencia»

«La virtud de un niño es el deseo, y su papel, soñar.
Pero la virtud del hombre es querer, y su papel,
hacer, realizar»

Misión de la Universidad
Ortega y Gasset

La Universidad, señalaba Ortega y Gasset, añade a la función de enseñar la tarea de ofrecer una plataforma abierta para investigar, plantearse problemas y trabajar en común para resolverlos, ofreciendo la fisiología completa de una institución científica al servicio de la inteligencia. El presente libro colectivo presenta el trabajo de un grupo de personas que buscan concretar esta segunda tarea de la Universidad. Están comprometidos y comparten una común constelación de valores por hacer un trabajo de investigación. Buscan anticipar las notas de una regulación apprehendiendo las realidades socio-económicas fruto de la digitalización en las tradicionales categorías jurídicas. El ánimo por implicarse en una tarea de esta envergadura se explica tan sólo por generosidad, no hay interés material que justifique este esfuerzo. Su único estímulo es la decisión libre y comprometida por contribuir a que la Universidad hoy más que nunca contacte con el presente, el propósito de impulsarla para que cumpla su segunda misión, ser fuente ciencia, por dar vida y alma a la Universidad.

Nuestra gratitud al trabajo realizado.

EQUIPO DE DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN

CAPÍTULO 4

EL CONCEPTO DE EMPRESA EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA Y DIGITALIZADA

MARINA ECHEBARRÍA SÁENZ
Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCIÓN

Hablar de empresa nos enfrenta a tópicos recurrentes, como la idea de la empresa como eje vertebrador de la economía o la de que el Derecho mercantil es el que se ocupa de la actividad de empresa; idea esta última parcialmente exacta pero insuficiente (Duque). La realidad, sin embargo, es que carecemos de un concepto jurídico de empresa, o más bien, que este es un concepto metajurídico y prestado de la economía (Franceschelli), al tiempo que utilizamos distintos conceptos jurídicos de empresa en función a las distintas aproximaciones funcionales de la ley (Poliédricos en palabras de Gierke/Asquini). Así, no será igual la noción de empresa en el Derecho del trabajo, en el Derecho financiero o en el ámbito mercantil; ni la usada en el Código de Comercio, en el Derecho de la competencia o en el Derecho concursal. De hecho, aunque hoy nos parece un término asentado, conviene recordar que la primera vez que aparece el concepto empresa en nuestra legislación es en la ley de arrendamientos urbanos de 1936. Es pues, un concepto relativamente «moderno» en el sistema. La utilización del término empresa en la legislación, de hecho, tropezó con reticencias en un sistema que se basaba teóricamente en los «actos de comercio» y en un contex-

to que alternativamente usaba el concepto subjetivo del empresario o comerciante. Aun así, desde mediados del siglo xx la apelación a la empresa como sujeto normativo se generalizó [por orden; Fuero del Trabajo 1938, Ley de hipoteca y prenda sin desplazamiento (1956), Reglamento del Registro Mercantil (1956), ley de prácticas restrictivas (1963), ley de contrato de seguro (1980), Ley de defensa de los consumidores (1984), Ley cambiaria (1985), ley de patentes (1986) Defensa de la competencia (1986) General de publicidad (1988) ley de marcas (1988) ley de agencia (1992), leyes de sociedades etc. etc. sin ánimo de exhaustividad] y llega a ser recogida en nuestra constitución (arts. 37 y 38 CE). Dicho esto, sin embargo, conviene señalar que, desde comienzos del siglo xxi, muchas normas han dejado de apelar a la empresa genérica como destinataria de la regulación, sustituyendo al género por la especie y definiendo a los diferentes tipos de empresa por su función (distribuidor, asegurador, entidad financiera..., etc.). Y, por otro lado, asistimos a una extensión sin precedentes del estatuto del empresario-empresa a realidades tradicionalmente exentas del régimen mercantil, como la empresa agrícola, los profesionales y autónomos, a los que se les está asimilando callada pero firmemente (ley de emprendedores 27-9-2013 y proyecto de Código Mercantil).

Y sin embargo, todo ciudadano, y no digamos todo jurista, tiene en mente una noción de empresa basada mayormente en la idea de «organización de capital y trabajo destinada a la producción o la intermediación de bienes y servicios en el mercado, con el fin de obtener una ganancia» (Font Galán) y bajo la dirección de un empresario, sea persona física o jurídica. Es decir, mayormente los habitantes del mundo jurídico tienden a identificar empresa con establecimiento mercantil o con la organización de factores de producción, materiales y humanos, orientados a una finalidad económica. Propiamente, con la noción económica de empresa.

Lo curioso es que esta y otras acepciones posibles de empresa se ven desdichas por el ordenamiento jurídico con frecuencia, y que la evolución económica y social, desde que formuláramos la codificación, ha puesto en crisis muchos de los elementos definitorios y de las consecuencias jurídicas que hemos pretendido atribuir a la noción de empresa. Para ilustrarlo, seguiré brevísimamente un esquema clásico de teorización de la empresa y de las consecuencias jurídicas que se le han atribuido a dichas teorías, para contrastarlas con la realidad actual y demostrar que factores como la globalización, digitalización y uso de tecnologías disruptivas han puesto en crisis a las aportaciones tradicionales.

2. NOCIÓN DE EMPRESA COMO PERSONA JURÍDICA: EMPRESA Y EMPRENDEDOR

Quizás, aunque no seamos muy conscientes de ello, la mayor parte del pensamiento jurídico occidental identifica la empresa con persona jurídica que desarrolla una actividad empresarial (en puridad, económica). Esto es especialmente claro en las codificaciones mercantiles de base subjetivistas, basadas en la noción de empresario o comerciante (HGB C. Civ It.), desde que Endemann identificará a la empresa como unidad jurídica subjetivada con atributos de personalidad como nombre, firma, nacionalidad, domicilio, patrimonio etc. Básicamente, esta visión subjetivista identifica empresa con empresario (persona física) o con sociedad mercantil, mezclando titularidad con comportamiento. Las posiciones subjetivistas gozaron de una era dorada a comienzos del siglo xx con la doctrina de la empresa en sí (*das Unternehmen Am Sich*; del Ministro W. Rathenau en 1930). Y por influjo germánico, no pocas normas reflejan esta identificación. Las normas de la Unión Europea convierten con frecuencia a la empresa, entendida como persona jurídica, en destinataria de sus normas (arts. 4, 48, 58, 61 65 y 66 del TCCEE 1956), lo mismo hace nuestra propia Constitución en normas como los arts. 38, 128.2 y 129.2, por poner un ejemplo. La identificación entre empresa y su titularidad jurídica es la que finalmente nos ha llevado, en el seno de la UE, a permitir el traslado de sede social a cualquier destino, con el consiguiente cambio de régimen jurídico aplicable o incluso de nacionalidad, con independencia de que, detrás de dicho cambio en las características de la persona jurídica, no haya ningún cambio real en la ubicación de su sede real, de sus elementos de producción, o de todo aquello que el común de los ciudadanos identificaba con «la empresa». Por explicitarlo más, al identificar empresa con personalidad jurídica en un contexto de libre circulación de capitales y sociedades, las características «personales» de la empresa como domicilio, nacionalidad, régimen legal, y otros, son ahora disponibles a voluntad, con más facilidad de la que cualquier ser humano, persona física, encontraría para cambiar su estatus legal.

La identificación de empresa con su titularidad jurídica aporta algunas evidentes ventajas, como la de ofrecer certidumbre y seguridad jurídica, al centrarse finalmente, en la persona responsable para el ordenamiento jurídico.

Ya en tiempo temprano, sin embargo, se señaló también la insuficiencia de esta aproximación para explicar cómo la empresa puede

ser a la vez sujeto y objeto de Derecho (Garrigues), o la pervivencia de la empresa tras la muerte de su titular (art. 290 C. Co. y 41 E.T.), la diferenciación entre titularidad jurídica y noción de empresa en el Derecho de la competencia, en el Derecho de los grupos de sociedades, en el tratamiento de la sociedad irregular, en los patrimonios de afectación (art. 7-10 y 14 ley de emprendedores 27-9-2013, Anstalt Holandesas...), en el tratamiento unitario de las unidades de producción en la Ley Concursal, en la extensión de responsabilidades a las matrices de grupo en el Reglamento comunitario de insolvencias o en el traspaso de unidades productivas de la Ley de Transformaciones Estructurales de las Sociedades, por poner ejemplos no exhaustivos. Por hacer una síntesis, así como nos es posible reconocerle a la titularidad jurídica de la empresa un valor como centro autónomo de intereses propios, diferentes de los del empresario y sus colaboradores, el Derecho, no siempre mantiene una adscripción entre la personalidad jurídica y dicho centro de interés. Pongamos como ejemplo específico la noción de empresa en el Derecho de la competencia a los fines de la definición del acto colusorio: mientras las distintas empresas-personas jurídicas de un grupo de sociedades no son aptas para realizar acuerdos entre empresas por considerarlas una unidad (privilegio de grupo), sí que consideramos como posibles partícipes de un cartel a entidades sin personalidad jurídica, administraciones, asociaciones e instituciones que propiamente no son «empresa» a otros efectos; «se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica con independencia de estatuto jurídico y de su modo de financiación» dice la Disp. Adic. 4.^a, n.º 1, de la LDC.

3. NOCIÓN DE EMPRESA COMO ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

Quizás por seguir un orden jerárquico de importancia, en segundo lugar tendríamos que señalar los ordenamientos y leyes que han querido identificar a la empresa con su organización patrimonial; es decir, la idea de empresa como establecimiento mercantil o patrimonio de afectación (Becker). La posición es fácil de criticar desde el momento en que no tiene sentido la idea de un patrimonio sin sujeto jurídico relevante. La mayor parte de los ordenamientos occidentales y globales no han reconocido una auténtica autonomía patrimonial a la empresa por el hecho de serlo (y de ahí la regla del art. 1.911 CC), reser-

vando ese privilegio sólo a las sociedades de capital. Y no es obstáculo para ello que el ordenamiento jurídico reconozca ocasionalmente técnicas de limitación de responsabilidad o de tratamiento diferenciado de las unidades de producción organizadas, como en las Anstalt de Liechtenstein, en el caso de los emprendedores de responsabilidad limitada (Ley 14/2013), el tratamiento separado de la responsabilidad de los bienes empresariales del cónyuge comerciante en el art. 6 del C. Co., en las reglas de disolución de la sociedad conyugal ex arts. 1.406, 1.347 y 1.389 C.C., en la obligación de contabilidad separada del empresario individual, etc. etc. Existen y han existido diversos intentos de caracterizar la empresa como una *universitas rerum* (Santoro Pasarelli) u objeto jurídico indivisible con reconocimiento de un derecho real ad se (la *Azienda* a la que apela doctrina y normativa del C.C. italiano), pero, aunque dicho intento haya fracasado mayormente, ha dejado sus rastros en aspectos regulatorios como el tratamiento de la unidad productiva en el procedimiento concursal o en los procesos de fusión y escisión de sociedades o en el tratamiento de los arts. 1.360, 1.347, 1.389 y 1406 del C.C.. Durante años también, esta idea de la empresa o establecimiento como sede real en la que se ubican los elementos de producción y dirección, ha fundamentado el criterio de adjudicación de la nacionalidad y de la atribución del régimen legal en las sociedades mercantiles en seguimiento a la llamada *Sitztehorie*, hoy en día arrinconada por sentencias comunitarias como la STJUE Polbud (2017, 210, C106-16). La idea de empresa como patrimonio subyace igualmente en la idea de la aportación de empresa a las constituciones sociales (RRM). O por poner broche al razonamiento, nuestro ordenamiento vuelve a la idea de la empresa como unidad productiva o patrimonio en cuanto afrontamos un proceso de insolvencia, momento en el cual lo trascendente es ubicar una unidad económica que se responsabilice de un convenio o un patrimonio de liquidación sobre el que poder satisfacer las deudas de la masa (ley concursal y reglamento comunitario de insolvencia 2015/848).

4. NOCIÓN «ESPIRITUALISTA» DE EMPRESA

Como era de esperar, en la tensión entre dos posiciones no podía faltar la posición intermedia de las teorías llamadas espiritualistas, dinámicas o inmateriales (Bigiavi, Uría), que en la búsqueda de una ruptura entre la concepción de personas o cosas, se centra en la actividad eco-

nómica de empresa, su dinamicidad, organización o actividad. Es la interpretación promovida por autores clásicos italianos como Bigiavi en la interpretación de los arts. 2.082 y 2.555 del C.C. Italiano y defendida igualmente por Uría en nuestro país, obteniendo como respuesta «la actividad crea la empresa pero no es la empresa» (Garrigues).

Pero, al igual que las anteriores teorías, no triunfar en el debate no significa que no se deje herencia normativa. Al centrar el discurso en la organización funcional eficiente de elementos materiales e inmateriales, esta posición consiguió el reconocimiento de la protección de los bienes inmateriales de empresa (ideas, expectativas, secretos, imagen, clientela, y en general de todo cuanto asegura la funcionalidad y economicidad del conjunto de elementos que componen la empresa). Informa, de alguna manera, normas como el art. 15 Ley de Competencia Desleal, el tratamiento contable del *know how* y los bienes inmateriales, etc. Pero como bien señalaron en época temprana los detractores de la teoría, mayormente se carece de base legal para totalizar bajo esta perspectiva el tratamiento jurídico de la empresa, pues abandonamos el cuerpo de la misma para centrarnos en el «alma» de la organización de la misma. Esto quizás tiene sentido en ocasiones: protección frente a conductas desleales, valoración del *know how*, métodos operativos y realizaciones de la empresa, identificación de los centros de dirección como centro relevante de competencia.... Pero obviamente, dista de ofrecer una solución completa a la cuestión del tratamiento y régimen jurídico de la empresa.

5. EL PRACTICISMO ATOMISTA COMO RESPUESTA: ¿CRISIS DE LAS APROXIMACIONES FUNCIONALES?

Así las cosas, máxime en un ordenamiento como el nuestro, en el que propiamente nuestro Código no formuló un concepto de empresa, no tiene nada de raro hayamos obviado la discusión y nos hayamos limitado a aplicar soluciones atomísticas parciales al fenómeno empresarial en función del «*Approach*» que dirían los anglosajones, es decir, en atención al problema que se pretende solucionar. No existiendo un consenso sobre el concepto jurídico de empresa, hemos creado y aplicado instrumentalmente cuantos hayan sido necesarios para ofrecer una solución al problema abordado. Y esta es una respuesta inteligente, qué duda cabe, y nos ha aportado soluciones adaptadas a las necesidades tutelares del ordenamiento durante decenios,

aunque quizás ya cabe cuestionar hasta donde podemos llegar en nuestra labilidad jurídica.

Encuentro que hay muchos posibles ejemplos de las ventajas e inconvenientes de esta estudiada duplicidad práctica. La aproximación funcional a un fenómeno jurídico normalmente es la más adecuada a la causa de la institución y por ello la más respetuosa con la función económico-social de la misma. Es una garantía de que la solución jurídica propuesta entronque bien con los intereses subyacentes de las partes y con las finalidades prediseñadas por el legislador, si es que hay alguna. Ahora bien, quisiera plantear hasta qué punto un ordenamiento puede utilizar un criterio y el perfectamente contrario, y para ello utilizaré un ejemplo simple: la diferencia de criterio subyacente en el traslado de la empresa al extranjero, frente al criterio de responsabilización de los derechos imperativos tutelares en la institución concursal transfronteriza o en el derecho de la competencia.

Así, cuando trasladamos una empresa al extranjero (traslado de sede social), fenómeno cada día más frecuente en la sociedad global y con la llamada deslocalización, aplicamos al empresario individual o social el régimen legal del país de destino, incluso en ocasiones con cambio de la nacionalidad del sujeto trasladado (Calvo Caravaca). Durante años, en seguimiento de las teorías de la sede real entendimos que el traslado de la persona implicaba un traslado efectivo de todo cuanto implicaba esa persona jurídica y por tanto también de su dirección real y efectiva e incluso de los medios materiales que eran dirigidos o al menos de una parte significativa de los mismos. Es decir, no cabía traslado de la persona sin traslado, al menos, de su dirección empresarial. Sólo el cambio armónico de personalidad jurídica y sede real justificaba el cambio de régimen legal aplicable. Sin embargo, la jurisprudencia europea sobre el tema fue cambiando hasta llegar a la sentencia Polbud (2017, 210). A resultas de la misma, una sociedad polaca cambia su sede social a Liechtenstein sin cambiar ni su ubicación productiva ni su sede de dirección real efectiva. Con este traslado que podríamos calificar de nominal, la empresa consigue un cambio de régimen legal, sin alterar ninguno de sus hábitos o modos de funcionamiento real. Esto en una sociedad globalizada en la que, por el simple expediente de acudir a una página web y pagar de 20 a 40 euros por mes, se obtiene un domicilio «físico» y «real» desde el momento en que te contestan las cartas y te ceden un espacio físico para reunirte si fuera necesario, en cualquier lugar de 65 países. (Véase ejemplo práctico en www.regus.com). Pongamos, sin embargo, que

esta misma empresa cayera en insolvencia. El Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia nos define como «establecimiento»: «todo lugar de operaciones en el que un deudor ejerza o haya ejercido, en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento principal de insolvencia, de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y materiales»; e indica inicialmente (art. 3.1 R. 2015/848) la apertura del procedimiento en el «centro de intereses principales del deudor» que, inicialmente, es el domicilio o sede estatutaria (nuevamente Liechtenstein), pero lo cierto es que dicha presunción admite prueba en contrario sobre el deseo expresado en la norma de considerar como centro de intereses «el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses», lo que permitiría abrir procedimiento en los Tribunales polacos sobre el patrimonio y la sede de dirección efectiva radicada en Polonia, como sede «real» de la empresa, al demostrarse una conexión más fuerte con los acreedores de la masa.

Podemos atestiguar un fenómeno parecido en el Derecho de la competencia reciente, por ejemplo, al analizar las acciones de *private enforcement* sobre el ejemplo reciente del cártel de los camiones (19 julio 2016, Case Comp/39824-Trucks). En principio, los destinatarios de las acciones de responsabilidad por ilícito concurrencial son las empresas partícipes del cártel, normalmente en este caso, cabeceras de amplios grupos multinacionales de sociedades, cuyas filiales, recordemos, no podían ser sujetos aptos para constituir cártel con la matriz por aplicación del privilegio de grupo. Sin embargo, en este y en otros casos, observamos como la responsabilidad de las filiales del grupo es extensible a las matrices del mismo, y aunque esta práctica es más que discutible, asistimos a la proliferación de demandas de responsabilidad derivadas del cártel ante las filiales, por la conducta de la matriz, en aplicación extensiva de un concepto de empresa basado en el poder de dirección de la matriz, con desconocimiento de la separación de titularidades jurídicas (SUDEROW, HERRERO). Esta extensión de responsabilidades intragrupo, era común «aguas arriba», es decir, responsabilizando a la matriz de las deudas de la filial, por ejemplo, en caso de insolvencia o de ilícito anticoncurrencial. Pero, hasta ahora, era inédita la extensión de responsabilidad «aguas abajo», responsabilizando a la filial de los actos de la matriz. Si bien aún está por ver si este último ejemplo llega a consolidarse, lo que es consta-

table es la utilización funcional de diferentes conceptos de empresa, de manera oportunista, a los efectos de la responsabilización basados en un recurso difuso a diferentes acepciones de empresa. En este ejemplo, apelando a un concepto funcional y económico de empresa basado en el poder de dirección.

Brevísimamente, perfectamente equiparable es la respuesta del Derecho financiero ante la creciente optatividad fiscal de las empresas globalizadas. Aquí la solución pasa por la continua modificación y extensión del concepto de «domicilio fiscal» en contraposición al domicilio estatutario.

Seguimos criterios distintos ante un mismo fenómeno por razón de oportunidad, pero con ello creamos un régimen incoherente frente a una sociedad globalizada en la que hemos decidido, aparentemente, la libre circulación del capital y de las personas jurídicas, pero no la libre ubicación del centro de responsabilidad. Y aún no hemos afrontado el último capítulo de esta historia, los modelos de empresa digital y en especial los modelos empresariales disruptivos o descentralizados.

6. LA EMPRESA DISRUPTIVA Y LAS TECNOLOGÍAS DE COLABORACIÓN DISTRIBUIDAS

Con la aparición de fenómenos como las criptomonedas y las tecnologías Blockchain o sistemas de registro desintermediado o distribuidos (Distributive Ledger/DTL), damos un paso más en el desdibujado de los actores tradicionales que asumían las funciones atribuidas a la empresa. Tras la publicación en 2003 por Satoshi Nakamoto (pseudónimo) de la propuesta de crear una moneda mediante el uso conjunto de un algoritmo de computación distribuido entre múltiples ordenadores, asistimos asombrados con el fenómeno del bitcoin, a la creación de un modelo funcional económico de empresa, nada menos que emisor de un «valor monetario», sin una cabeza jerárquica, una ubicación territorial que aporte un régimen de foro de competencia al proyecto conjunto, ni una legislación aplicable de manera preferente al conjunto del sistema. Con el bitcoin primero, y con diferentes aplicaciones de la tecnología Blockchain después, afrontamos con desconcierto los fenómenos económicos «disruptivos»: modelos de negocio o empresa basados en tecnologías Blockchain «no permitidos» o dirigidos por un sujeto responsable: En un sistema Blockchain auténticamente descentralizado, diversos sujetos convergen

sobre una actividad económica común como usuarios o como partícipes del sistema, sin que ninguno de ellos tenga un mando sobre el proyecto, se responsabilice de manera específica del mismo, adscriba el proyecto a un foro de competencia o de jurisdicción determinado. Sencillamente, por aplicación de un programa de algoritmos común, varios centenares o miles de sujetos actúan coordinadamente, cada uno de ellos sin necesidad de conocer a los restantes miembros, sin necesidad de coordinarse o sin necesidad de asumir órdenes de ningún componente de la red.

Durante varios siglos el Derecho, ante el fenómeno económico de empresa ha ido buscando criterios de atribución de responsabilidad y de régimen legal. Y siempre ha podido hacerlo porque siempre era posible identificar una cabeza rectora del proyecto económico, en ocasiones coincidiendo con la persona jurídica, en ocasiones prescindiendo de la persona jurídica responsable, para atribuir la responsabilidad por un régimen preferente al auténtico titular del interés subyacente o al mejor núcleo de responsabilización. Con la aparición de los registros descentralizados, nos puede resultar relativamente fácil reconstruir un régimen jurídico para cada uno de los partícipes del sistema por sus actos propios (por ejemplo el titular de un nodo que vende sus bitcoins), pero resulta realmente difícil atribuir una responsabilidad al conjunto del sistema por su función común, distribuida entre un conjunto difuso de centros de computación, en diferentes países y siendo el titular de cada uno de ellos personas o entidades de muy diferente naturaleza y formalización. La empresa conjunta, en sentido económico y funcional, no define a un sujeto empresarial concreto al que atribuir un régimen jurídico. Pero a diferencia de aquellos casos previos en los que nos separábamos de la titularidad jurídica para atribuir responsabilidad a un centro de responsabilidad más cercano, aquí no resulta posible identificar un centro de responsabilidad con claridad. No es de extrañar que las recentísimas regulaciones sobre Fintech, Insurtech, Initial Coin Offerings (ICOs), etc. (CNMC-CNMV), pretendan restaurar el orden y hayan tomado como modelo el uso de sistemas con tecnología Blockchain permitidos, en los que, con independencia de la descentralización del registro de actividades que generan valor, existe uno o varios responsables identificados y autorizados del proyecto, que nos devuelven plácidamente a las aguas conocidas de la atribución de responsabilidad, régimen legal, foro de competencia, etc.

Y probablemente, este movimiento se consolide y asistamos a un desarrollo domesticado de las tecnologías Blockchain en los ordena-

mientos jurídicos, pero ello no parece que vaya a disuadir o impedir a los modelos auténticamente disruptivos de continuar su singladura, ni de seguir creando nuevos proyectos empresariales, asociativos y de toda índole basados en dicha descentralización horizontalidad y ausencia de poder jerárquico (véase www.ethereum.org) Al menos de momento, fenómenos recientes como el hundimiento de algunas redes de criptomonedas, no ha encontrado una respuesta jurídica en una sociedad globalizada por el fenómeno digital, pero atomizada en sus respuestas jurídicas [como ejemplo, el fraude a usuarios de Ethereum en la red ether classic en enero de 2019. Ante el abandono de buena parte de los partícipes del algoritmo de uso en la red clásica, ésta se debilitó y permitió que alguien superara la capacidad conjunta de computación del 51% del sistema (medida de seguridad anti modificación del registro común) y se apropiara de fondos. Con independencia de la responsabilidad del usurpador, nadie responde del fracaso del sistema, de su falta de seguridad o de la falta de respuesta en tiempo oportuno, porque no hay persona concreta a quien reclamarle dichas garantías].

7. CONCLUSIÓN; AUSENCIA DE CRITERIO ÚNICO SOBRE LA EMPRESA Y EMPRESA COMO NÚCLEO DE RESPONSABILIDAD

Usamos distintos criterios de empresa, es una realidad insoslayable. En situaciones ordinarias identificamos la empresa con el titular de la personalidad jurídica que realiza la actividad empresarial. Sobre esta base hemos creado un régimen flexible y globalizado que permite la circulación y deslocalización de las empresas con facilidad, con el consiguiente cambio de régimen jurídico al foro de oportunidad. Así lo hacemos en relación al derecho de establecimiento y para la fijación de la competencia judicial o foro de jurisdicción. O con el fin de establecer el régimen aplicable en el caso de traslado de sede internacional o en los casos de fusión, escisión etc. Sin embargo, desconocemos ese mismo criterio ante la responsabilidad por ilícito en el Derecho de la competencia, momento en el que usamos una noción de empresa informal, centrada en el poder de dirección y con capacidad para desconocer la identidad entre empresa y personalidad jurídica. O cuando se llega a la crisis de insolvencia, momento en el que con frecuencia volvemos al criterio tradicional que identifica empresa

con sede real o centro de actividad económica. La agilidad en los traslados en una sociedad globalizada, en un contexto en el que es posible obtener un domicilio o una personalidad jurídica a golpe de click en un plazo muy breve, unido al hecho de que ser titular de una personalidad jurídica no supone necesariamente ser oferente de una garantía empresarial suficiente, nos está llevando a una duplicidad interesante.

Somos liberales mientras la flexibilidad jurídica no implique defraudación de las expectativas de responsabilidad en situación de conflicto o de crisis. En ese momento, volvemos a ser conservadores y nos aferramos a un concepto de empresa que no tiene nada que ver con la empresa deslocalizada o con la empresa digital y disruptiva que hemos creado en los últimos años. De momento, quizás baste con constatar este hecho, pero mucho me temo que la dinámica económica termine por exigirnos una unificación o armonización de criterios.

¿Cuál puede ser el eje vertebrador de un concepto jurídico de empresa en una sociedad globalizada, digitalizada y plural? Hagan sus propuestas.

Personalmente creo que terminaremos utilizando una noción de empresa como sujeto o núcleo de imputación de responsabilidad. Que terminaremos por escoger el régimen jurídico más cercano al criterio de imputación de responsabilidad viable, pues de otro modo, fenómenos como la deslocalización, desintermediación, optatividad fiscal, compra del foro de oportunidad etc. nos llevarán a una crisis en el tratamiento de las empresas globales en comparación con las empresas locales o sin dimensión global. Ya estamos ante un sistema que ha creado empresas de primera y de segunda en el uso y acceso de recursos jurídicos de la globalización. Ante una crisis de los sistemas jurídicos tutelares frente a los ordenamientos jurídicos desregulados y sin responsabilización legal o social, que atraen de manera creciente empresas desde el extranjero en busca de ventajas (fiscales, laborales, medioambientales...). De no establecer unos límites unificadores o criterios de responsabilización estandarizados, asistiremos a la economía asimétrica de las pequeñas y medianas empresas apegadas al régimen jurídico establecido por su sede estatutaria o de dirección, frente a las empresas globales que se acogen al foro de oportunidad o que difuminan su entidad para beneficiarse de un entorno desregulado o de oportunidad. Y a una tendencia creciente, a desconocer el régimen legal correspondiente a la titularidad de la personalidad jurídica cuando están en juego aspectos como la subsistencia de la imposición

fiscal (domicilio estatutario vs domicilio fiscal), la responsabilidad por ilícito o el orden público económico. Mientras llega esa armonización de criterios, a río revuelto....

8. BIBLIOGRAFÍA

- ASQUINI (1943), «Profili dell'Impresa», en *RDC*, I, pp. 6 y ss.
- BIGIAMI (1972), *Imprese e imprenditori*, 3.ª ed, Milano, Giuffré.
- CALVO CARAVACA, A. (2016), *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2016.
- CNMC, 001/18 13 septiembre 2018, *Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en sector financiero (Fintech)*.
- CNMV (2018), «Criterios en relación con las ICOs, de 20 septiembre 2018». Portal Fintech / portal de innovación. Disponible en: <http://cnmv.es/portal/Fintech/Innovacion.aspx>
- DUQUE DOMINGUEZ, J. (1979), «¿Qué es y qué debe ser el D.º Mercantil?», en *RDM*, 1959, pp. 37 y ss. «Constitución económica y D.º Mercantil», en AA.VV., *La reforma del Derecho Mercantil*, Madrid, pp. 63 y ss.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, M. (2017), «Contratos electrónicos autoejecutables (Smart contracts) y pagos con tecnologías Blockchain», en *RIEE*, n.º 70, diciembre. Disponible en: <http://www.ree-uva.es/images/numeros/70/2017-70-69-97.pdf>
- FONT GALÁN, A. (2003), «La empresa en el Derecho mercantil», en *D.º Mercantil*, vol I, coordinado por Jiménez Sánchez, Tecnos, pp. 54-77.
- FRANCESCHELLI, R.(1943), *L'imprenditore nel nuovo codice civile*, Torino.
- GARRIGUES (1979), «Hacia un nuevo D.º Mercantil», en *Revista de Estudios Políticos*, 1942, II, n.º 6, p. 225. *Tratado de D.º Mercantil*, T I, vol I, pp. 48-49 y 224 y ss. Acotaciones de un jurista sobre la reforma de la empresa, Madrid.
- GIERKE (1947), «Das Handelsunternehmen», en *ZHR*, pp. 1 y ss.
- SANTORO PASARELLI, *Dottrine Generali Del Diritto Civile*.
- SATOSHI NAKAMOTO (pseudónimo) (2008), Bitcoin: «A Peer-to-peer Electronic Cash System». Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- SUDEROW, J. (2019), «First Spanish Judgments in trucks cartel follow-on actions», en *Cartel Damage Claims*. Disponible en: <https://www.carteldamageclaims.com/first-spanish-judgments-in-trucks-cartel-follow-on-actions/>
- URÍA, *Manual de Derecho Mercantil*, ediciones de los años 60.