

Cuadernos
de la
Cátedra Garrigues

Directores.

Javier Ibáñez Jiménez

Mónica Martín de Vidales Godino

**El derecho de sociedades, el gobierno y la
ordenación pública de las instituciones
microfinancieras**

Vol. 3 Junio 2015

ÍNDICE

ÍNDICE	3
DERECHO DE SOCIEDADES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS	
Javier IBÁÑEZ JIMÉNEZ.....	5
EN TORNO A LA ORDENACIÓN DEL MERCADO DEL MICROCRÉDITO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA	
Stella SOLERNOU SANZ.....	31
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS (IMFs)	
Belén GARCÍA ÁLVAREZ.....	45
CONCEPTO DE MICROCRÉDITO SOCIAL: JUSTIFICACIÓN, CARACTERÍSTICAS, Y BASE PARA UN NUEVO SECTOR DE LAS MICROFINANZAS EN ESPAÑA	
Jaime DURÁN NAVARRO.....	65
NATURALEZA JURÍDICA DEL MICROCRÉDITO Y CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS	
Marta GARCÍA MANDALÓNIZ.....	77

ANEXO: RESEÑA DEL SEMINARIO DE LA CÁTEDRA..... 117

DERECHO DE SOCIEDADES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS¹

Javier Ibáñez Jiménez

RESUMEN

Las instituciones que conceden microcrédito social y emiten productos y servicios de finanzas sociales o inclusivas (IMF) poseen una estructura asociativa, una organización colectiva para la consecución de sus fines típicos, y un sistema de gobierno y gestión, que deben regularse según los principios jurídicos propios del ordenamiento privado societario, sin perjuicio de las exigencias de la *lex publica* que conviene aplicar para ordenar la actividad de estas entidades y reconducirlas hacia el cumplimiento óptimo de sus funciones de interés social *pro commune utilitate*. En este marco, el principio de autonomía de la voluntad resulta de análisis obligado no solo para quien haya de estudiar su estructura y funcionamiento internos, sino además para el legislador y para las Administraciones y entes supraestatales que se relacionan con estas instituciones, tanto en el plano general de la supervisión y control de legalidad, como en las facetas específicas de su contratación pública y privada, tributación, ayudas públicas y federación y asociación supranacional, entre otras. Para el examen de la aplicación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la actividad de las IMF se tratan escuetamente las especificidades de estas entidades en cuanto asociaciones especiales de carácter crediticio (que no entidades de crédito en el sentido de la regulación bancaria), su sistema de gobierno corporativo, y las singularidades derivadas de ciertas aplicaciones de la teoría de la responsabilidad social corporativa en dicho ámbito.

¹ Trabajo adscrito al proyecto Comillas Régimen jurídico y gobierno eficiente de las IMF, que dirige el autor. (RGIM2013/15UPCO), y a la labor del grupo “Derecho, Mercado y Sociedad Global Sostenible” (Comillas), que coordina el autor, Profesor Propio de Derecho Mercantil en esa Universidad. El proyecto precitado es interuniversitario y pertenece al ámbito UNIJÉS, en el contexto de las labores del CEI ARISTOS CAMPUS MUNDUS 2015.

SUMARIO

I. LAS IMF COMO PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER ASOCIATIVO DE NATURALEZA JURÍDICA SINGULAR: SU SIMILITUD RELATIVA CON LAS CAJAS DE AHORRO COMO MODALIDAD DE ENTIDADES DE CRÉDITO SIN ÁNIMO DE LUCRO. II. TRASCENDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA VIDA DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS. 1. En el proceso de constitución de la persona moral. 2. En el establecimiento y praxis de su sistema de gobierno corporativo. 3. En el desenvolvimiento de la contratación microcrediticia. 4. En la trama de contratos y demás relaciones jurídicas trabadas por las IMF con los entes estatales y supraestatales que apoyan el sistema de microfinanciación. 5. En la ejecución de sus modificaciones estatutarias y estructurales. III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS: PROXIMIDAD Y DISTANCIAMIENTO DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL “CORPORATIVA” Y PAPEL DEL PRINCIPIO SOCIETARIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE ESA RESPONSABILIDAD. 1. Responsabilidad social y microfinanzas: conexión y peculiaridades en las IMF. 2. Rol de la autonomía de la voluntad en la concreción de los niveles de responsabilidad social, particularmente en lo referente a inversión socialmente responsable y tutela de los derechos de los microacreditados. IV. RECAPITULACIÓN A MODO DE HIPÓTESIS

I. LAS IMF COMO PERSONAS JURÍDICAS DE CARÁCTER ASOCIATIVO DE NATURALEZA JURÍDICA SINGULAR: SU SIMILITUD RELATIVA CON LAS CAJAS DE AHORRO COMO MODALIDAD DE ENTIDADES DE CRÉDITO SIN ÁNIMO DE LUCRO

El término “instituciones de microfinanzas” (IMF) designa por lo común a personas jurídicas constituidas para prestar servicios financieros a clientes excluidos del sistema financiero o, por su falta de patrimonio, trabajo o conexiones sociales, con dificultades para acceder al crédito, en particular aquel destinado al propio emprendimiento. La finalidad última y central de procurar la inserción e integración social y financiera de los destinatarios de los servicios financieros es, en esencia, la nota distintiva de estas instituciones respecto de la banca o de los prestadores convencionales de dichos servicios, sin perjuicio de que en la terminología bancaria comúnmente se conocen como “microcréditos” los destinados a personas de bajas rentas, o los de pequeño importe, entre otras características que no convierten al prestamista o al prestador de servicios en microacreditante, microprestamista o IMF en sentido propio.

Precisamente, la centralidad del *telos* inclusivo, “social” o de sostenibilidad del receptor de los fondos o servicios excluye el ánimo de lucro en las IMF *sensu stricto*, lo que hace su actividad esencialmente incompatible con la bancaria, sin perjuicio de que, a su vez, algunas entidades de crédito dispongan de áreas de negocio, sociedades participadas, o conexiones con IMF propiamente dichas como parte de su actividad ordinaria.

Es, en efecto, la ausencia de ánimo de lucro partible entre socios, típico de la configuración de las sociedades mercantiles y, en general, de las personas jurídicas nacidas del contrato de sociedad (cf. 1665 CC y 116 C Com), uno de los principales factores que explican por qué la gran mayoría de las IMF son o han sido creadas por entes no lucrativos de carácter fundacional o asociativo (cf. 35 CC) conocidas internacionalmente como organizaciones no gubernamentales (ONG), por lo general en contacto directo con comunidades o personas pobres, al servicio de su vocación y orientación esencial hacia la inclusión y el desarrollo. Si bien algunas de estas ONG nacían como

instituciones no financieras, finalmente, a fuer de usar el préstamo o el crédito para apoyar las actividades o empresas de sus clientes, han devenido propiamente en IMF, o han necesitado constituir una entidad microprestamista para cumplir su finalidad.

El mismo fundamento, la orientación hacia la sostenibilidad social, sirve para explicar asimismo la singular naturaleza jurídica de las IMF que merecen el calificativo de “sociales” o de finanzas sociales en sentido estricto; tratándose de entidades sin ánimo de lucro, desde el punto de vista del regulador societario, es obvio que, en tanto no se altere la definición del contrato de sociedad, no pueden ser sociedades (1665 CC), sino asociaciones no societarias (35 CC).

Ahora bien, ciertamente hoy conviven en el mundo variedades muy diversas de clientes, sistemas de concesión de microcréditos y prestación de servicios financieros por parte de estas estructuras institucionales, al amparo de la noción de microfinanzas. Esa convivencia permite las prácticas comerciales o mercantiles realizadas por sociedades financieras, como se ha advertido, junto con el servicio social².

En particular, es incuestionable que determinadas instituciones del sistema financiero que gozan de la consideración legal de “entidades de crédito” y que,

² Según un relevante sector de la literatura económica anglosajona, entre ambos extremos (la actividad lucrativa y la social) merece ubicación el nuevo fenómeno ‘empresa social’, muy discutido en el Reino Unido, que trata de equilibrar objetivos comerciales y los objetivos sociales” -cf. RIDLEY-DUFF, R. J. (2008), “Social Enterprise as a Socially Rational Business”, *International Journal of Entrepreneurial Behaviour*, 14(5); SEANOR, P., BULL, M., RIDLEY-DUFF, R. J. (2007) "Contradiction in Social Enterprise", *Institute for Small Business and Entrepreneurship Conference*, Glasgow, 7th-9th 2007, 2-11. Sin embargo es obvio que, aunque maximizar el objetivo o la función social no tiene por qué mermar el beneficio, la ausencia de ánimo de lucro impide repartir las ganancias: reparto que es consustancial al concepto legal de sociedad, y, desde ese punto de vista, se contraponen a la idea de “empresa social”; salvo que esta, claro, se conciba en el sentido de acoger la finalidad de inclusión social, no siendo esta su función central. En Gran Bretaña, la *Universidad de East London* edita desde 2008 el primer *Social Enterprise Journal* (Emerald Publishing), cuyo jefe ejecutivo, Jonathan BLAND, lidera la SOCIAL ENTERPRISE COALITION inglesa, que ha difundido este concepto de empresa social cuya apropiación se disputan cuatro tipos de entidades: ONG que contratan en el mercado; ONG que además generan beneficio para sus fines sociales; cooperativas y otras entidades sociales específicamente orientadas a combatir la exclusión social adoptando modelos participativos de gobierno y recursos humanos (como las IMF que examinamos); y empresarios comunes que reinvierten parte de su excedente en obra social o en comercio justo. Según los autores precitados, los tres primeros grupos componen el llamado “tercer sector”, que nosotros identificamos desde la óptica societaria y jurídico-privada como entes sin ánimo de partir las ganancias de capital. Y en el cuarto están los empresarios que tratan de aproximarse al tercer sector desde criterios de responsabilidad social.

por tanto, están prudencialmente supervisadas, como son las Cajas de Ahorro, comparten la orientación social de sostenibilidad, incluso por mandato legal, con las que denominamos IMF; sin embargo, en estas tienen cabida tanto moldes empresariales de corte fundacional como otros asociativos propiamente dichos. Por lo demás, las Cajas carecen de orientación singular hacia la inclusión financiera, sin perjuicio de que puedan realizarla –y de hecho la realicen- en el contexto de su “obra social”, y, desde luego, sin perjuicio de su carácter empresarial o de operadores en el tráfico³.

II. TRASCENDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA VIDA DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS

En el derecho societario, el principio de autonomía de la voluntad se concibe comúnmente como la libertad de pactar entre los socios las cláusulas reguladoras del contrato social, y asimismo el respeto normativo universal a esta libertad, allende las prescripciones legales imperativas *de minimis* ineluctables en la configuración de los estatutos sociales y la escritura fundacional -cf. art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas redactada según texto refundido que aprobó el RDLEg 1564/1989, de 22 de diciembre; y art. 28 de la vigente LCS - . No cabe, por ello, pactar *contra legem*, ni contra “los principios configuradores del tipo elegido” -anónima, en el caso del precitado texto refundido-.

Ciertamente, el régimen de las sociedades capitalistas en que se desenvuelve este principio históricamente compone un espacio mucho más restricto que el general del derecho de obligaciones y contratos. Desde el declinar del sistema de regalía estatal u *octroi* durante la Codificación, los límites a la autonomía de la voluntad de circunscriben a *minima legalia ordinis*

³ Cf. M. CLAVERO ARÉVALO, “Algunas precisiones sobre Cajas de Ahorros», en *Estudios de Derecho Público económico, Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas/Endesa/ Ibercaja, Madrid 2003, 894 y ss.; y art. 5.1 RD-Ley 11/2010, que permite a las Cajas, sin perjuicio de la gestión directa de la obra social que les caracteriza como entes no lucrativos, “desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero”, como también “aportar todos o parte de sus activos no financieros adscritos” a dicho negocio lucrativo.

publicis. Promulgado el Código de Comercio de 1885, y siguiendo una orientación que confirmó la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, los jueces poco pueden alegar contra la voluntad social, o matizar esta, como sí podían en el marco del sistema del *codex commercii* de Pedro Sáinz de Andino de 1829.

La libertad de crear sociedades se inspiraba a su turno en el principio liberal de configuración de la vida social bajo prevalencia del derecho dispositivo. Orientación que aún en 1885 parecía innovadora –la legislación francesa, solo unos pocos años atrás, imponía en la constitución de sociedades capitalistas bastantes reglas imperativas-.

Mas, por razones muy variadas, nada ajenas al desenvolvimiento de los más trascendentes acontecimientos políticos y sociales de alcance mundial, también la aplicación de la autonomía de la voluntad en el derecho societario fue entrando en crisis, que no en quiebra, y fundamentalmente debido al resurgir en el siglo XX de paradigmas institucionalistas o socializantes; a final de siglo, también, por la difusión de la teoría de la responsabilidad social corporativa, que concibe el interés de las sociedades de capital bajo un prisma comunitario, comunal o colectivo, que cohonesto fines y centros de interés extrasociales, en muchos supuestos excediendo el interés común de los socios, aunque este en todo caso debe respetarse, y no es reemplazable.

La práctica reciente de las sociedades enseña que el crecimiento de valor de la sociedad-persona, indiscutible interés social en los planos económico y también normativo, debe converger en lo posible con el de la sociedad-comunidad en que se desenvuelve esa persona moral -y con el del propio planete a la postre, en el caso de la multinacional-. Así, el beneficio privado no debe, según este modelo de responsabilidad social de la empresa, deparar perjuicio a los demás centros de interés involucrados o concernidos por la actuación corporativa, con los que la propia entidad o centro de negocios se relaciona *velis nolis*.

Esa misma idea de convergencia y centralización, que crecientemente va tomando cuerpo en ámbitos científicos transdisciplinarios (también en las escuelas jurídicas, incluyendo nuestra doctrina mercantilista en países de *civil*

law, bien que aún tímidamente), entronca de plano con el criterio de sostenibilidad que preside el desarrollo actual de las empresas en general, y en particular de las denominadas empresas sociales o de orientación eminentemente social, grupo al que pertenecen las instituciones microfinancieras, de microfinanzas o de finanzas sociales.

Así, la voluntad de quienes impulsan la creación de una IMF se orienta ante todo a cumplir una función social concreta, que es la de lograr la inclusión financiera o pertenencia de los clientes al sistema financiero. Esta finalidad compone el fin asociativo (social) típico de las IMF, y a su turno también integra la *causa contrahendi* abstractamente considerada, opuesta a la causa típica del contrato de sociedad (116 CCom, 1665 CC), donde el sinalagma prestacional comporta un cambio de aportaciones en compensación de unas cuotas determinadas de participación en el capital social, pero invariablemente con el propósito de lograr, primero, y después, repartir un incremento patrimonial que compone el lucro individual de los socios, motivante de la aportación por mandato legal.

Sin riesgo de error, puede afirmarse que las instituciones de finanzas sociales o IMF propia o estrictamente de carácter social -IMF pura o propiamente dichas-, constituyen, en el derecho español, un tipo ni bien identificado conceptualmente, ni, desde luego, regulado. Precisamente, el debate sobre su regulación está desde hace pocos años encima de la mesa y la Asociación Española de Microfinanzas, que aglutina a las doscientas ONGs más representativas del sector, promueve esa regulación; partiendo, para construirla, desde la premisa general de autorregulación eficiente, vale decir también, ajustada a las necesidades sociales de cada institución. Asumir este presupuesto constructivo posibilita una convivencia tipológica societaria entre distintas IMF, incluso bajo un mismo paraguas regulatorio, o también, puede decirse, sin regulación especial del derecho de sociedades y, por extensión, del derecho privado⁴.

⁴ Hemos realizado un análisis de la problemática asociada a la taxonomía y a la tipología de las IMF europeas en "Optimal Legal Form and Governance for Microbanks and Microfinancial Institutions: A European Survey", *Journal of International Banking Law Review.*, Issue 12. Thomson Reuters (Professional) Sweet & Maxwell, London UK, 2012, 11 ss.

El tipo social o modelo estatutario legal de una asociación, naturalmente, limita la libertad de configurar el contrato asociativo, como señala Fernández de la Gándara, de modo que sus elementos esenciales mínimos vienen prefigurados por el legislador, quien delimita un área o campo de aplicación de las normas asociativas y unas reglas adecuadas al tipo electo. Si el tipo de sociedad o asociación, por otra parte, se corresponde con un esquema organizativo y operativo correspondiente a la realidad socioeconómica en que se desenvuelve (componiendo, así, un “tipo empírico”⁵), también es un “tipo legal” mediante la correspondiente valoración del legislador plasmada en la regulación de la correspondiente forma societaria que le sirve de cauce, y maximiza teóricamente las posibilidades de satisfacción simultánea de los grupos de interés concurrentes, a través de no solo de las reglas imperativas, sino de las dispositivas del tipo que constituyen criterios ordenadores generales o formulación de principios en que se han de apoyar quienes han seleccionado el tipo, encauzando e inspirando de paso la regulación concreta estatutaria que establezcan, de conformidad con el principio autorregulatorio que inspira la concepción contractualista o reticular de las asociaciones que intervienen en el mercado, y en particular las sociedades capitalistas.

Seguidamente y establecido lo anterior, se presenta un escueto panorama de las distintas etapas y expresiones de la vida asociativa en que se pone de relieve la trascendencia que alcanza la aplicación del principio fundamental de autonomía de la voluntad en el desenvolvimiento de las instituciones microfinancieras, con especial referencia al papel de la voluntad de los socios en la construcción del modelo contractual asociativo, en estos diferentes planos, considerando las diversas opciones tipológicas seleccionables.

⁵ Cf. José Carlos SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, “Manifestaciones de la autonomía privada en la configuración estatutaria de las sociedades de capital. La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital”, 7714 *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 13 Oct. 2011, XXXII.

1. En el proceso de constitución

Cuando se incoa el proceso formalmente constituyente de una IMF – ordinariamente, cuando ya ésta funciona de facto en el mercado- los promotores se encuentran, sea en el seno de una ONG previa, de una entidad social de apoyo microfinanciero (ESAM) o sea al margen de ambas, con el problema de la selección del tipo asociativo y de la configuración legal que desean otorgar a la IMF –excepto si desean operar como prestamistas de facto, como sucede en algunas experiencias-; topando asimismo con la problemática conexas a la verificación y cómputo de sus costes y ventajas respectivas. Para solventar las cuestiones referentes a esta problemática es preciso en todo caso realizar un análisis económico preliminar del régimen legal vigente aplicable para el caso de optar por cada uno de los posibles tipos asociativos alternativamente disponibles en el ordenamiento.

En la práctica, este análisis económico se realiza sobre la base de las actuaciones que ha de realizar en el campo económico donde opera la IMF, y de la red de relaciones con prestatarios y prestadores de servicios sociales en la comunidad o comunidades donde opera. Aquí la casuística es muy variable, y su análisis condiciona tanto el contenido de determinadas disposiciones estatutarias esenciales para la implantación de la IMF, como para la pacífica relación entre los grupos de interés convergentes, especialmente cuando el crédito se destinará a empresarios que de varias formas cooperan con la propia entidad acreditante o prestamista.

Así, en cualquier proceso de constitución de las IMF, los asociados o grupo promotor deben plantear una aproximación casuística simulada –a ser posible fundada en experiencias antecedentes similares, o idealmente en la propia trayectoria operativa de la institución- a la aplicación de normas óptimas o eficientes de manejo del proceso promotor o fundacional, y sobre todo, a la aplicación de las reglas estatutarias previsiblemente más eficientes.

De otra parte, las disposiciones estatutarias y reglamentarias internas que se formulen acerca de la atribución, mantenimiento y pérdida de la condición de asociado o socio de la IMF merecen, de otra parte, singular consideración, en la medida en que es función de los administradores y promotores de aquella

velar por la *affectio personae* de quienes son intermediarios, gestores y beneficiarios directos o indirectos del interés social de la institución.

En el terreno de la configuración constitucional de las IMF, asimismo, cobra singular trascendencia el análisis económico de la reglamentación interna y estatutaria relativa a las cláusulas sobre eventuales privilegios o desigualdad en la creación de derechos de los asociados; pudiendo ser ineficientes reglas de espíritu y finalidad afín a los del art. 96 LSC, que prohíbe emitir cuotas de capital que directa o indirectamente alteren la proporcionalidad entre su valor nominal y los derechos de preferencia u otros de contenido económico. Esta norma aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada resulta carente de justificación en las IMF donde sea eficiente establecer desigualdad –que no privilegios arbitrarios- de derechos patrimoniales o políticos –sin perjuicio de que la regla general debe ser un hombre, un voto-.

Por último, la voluntad de los constituyentes puede proyectarse, en sede de constitución de la asociación, en disposiciones estatutarias singulares sobre transmisión de la condición de asociado, cuando dicha condición lleve aparejado un régimen económico equivalente al de la participación en capital, documentada en las sociedades capitalistas en forma de acciones y participaciones sociales –en su caso, en bonos de fundador, y en el de los socios industriales, con la obligación de cumplir prestaciones accesorias no integrantes del capital-. En función de las características del asociado, se pueden imponer obligaciones estatutarias o reglamentarias especiales, asociadas a condiciones especiales de asunción por terceros, transmisibilidad de derechos económicos aparejados a dicha condición, y en su caso, a prohibiciones o cumplimiento de condiciones singulares liberatorias de tales cargas —v. arts. 123.2 y 108 LSC y cf. 123.4 RRM para las sociedades de capital—. Debe a este efecto tenerse presente que el mantenimiento del valor real –así inicial al tiempo de constituir la IMF, como posterior durante su vida- del patrimonio asociativo, fundacional o cooperativo, no puede invocarse para restringir la libertad de conformar y componer las normas asociativas; también es esta materia que ha de reservarse a la voluntad de los constituyentes, sin perjuicio de los límites generales que dimanar de la buena fe, la interdicción

del ejercicio antisocial de los derechos –singularmente importante en las IMF-, y el cumplimiento oportuno e íntegro de los contratos –cf. arts. 6, 7, 1258 CC-.

2. En el establecimiento y praxis de su sistema de gobierno corporativo

Las IMF se gobiernan de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, que aplican sus fundadores, y también sus gestores, para configurar su sistema de administración, su estrategia para lograr su fines de interés general, y las relaciones entre los grupos de interés, en esencia asociados, empresarios y agentes financieramente excluidos, entes de apoyo social, y el propio grupo gestor de la IMF.

Al grueso de las críticas sólitamente vertidas sobre las ONG -opacidad, insuficiente prevalencia de su finalidad social- no son ajenas las IMF. Especialmente, cuando intervienen en el mercado aplicando, si no criterios de distribución de beneficio privado –salvo en el caso de los bancos microfinancieros, por su estructura propiamente societaria, que hemos excluido del ámbito estricto de las IMF en sentido propio o IMF sociales-, sí criterios de obtención de beneficio privado, cuya aplicación, sin embargo, es necesaria para la sostenibilidad financiera de la institución⁶.

En efecto, no cabe mantener una IMF que no se organice y gobierne de manera eficiente y óptima, al menos en su planificación patrimonial, financiera y presupuestaria formal, en su operativa contractual y en la rentabilización de sus recursos materiales y operativos. Por la sencilla razón de que las IMF no son institutos de caridad o beneficencia, sino entes prestamistas y emisores de productos financieros, independientemente de su finalidad última o misión y visión corporativa.

Tal misión no puede entorpecer, por tanto, la eficiencia en el sistema de gobierno de las IMF. Estas son entidades en cierto sentido *intersectoriales*, que operan y comercian con su propio sistema organizativo, desarrollando y

⁶ Conforme, *per omnia*, TERBERGER, E. (2013): “The Microfinance Approach: Does it Deliver on its Promise?”, 4 *Die Unternehmung Swiss Journal of Business Research and Practice*, Special Issue: “Microfinance after the financial and impact crises” [TERBERGER, E. –ed.-], 321-387, esp. 358 ss.-.

recreando el capital social expulsado del sistema económico⁷. Por eso es vital para su sostenimiento –y para el de sus beneficiarios, subsidiariamente- que sean gobernadas y administradas según mejores prácticas específicas. Aunque se ha pensado que la sujeción a estándares mina su potencial innovador, lo cierto es que la consecución de los fines que les son propios, en un entorno cooperativo o colaborativo entre gestores, intermediarios y beneficiarios microfinancieros, requiere pautar y ordenar eficientemente el sistema gestor, las relaciones entre interesados, los objetivos estratégicos de la IMF y su horizonte temporal de consecución razonable, y el procedimiento para alcanzarlos, por más que tal proceso sea colaborativo y, en cierto sentido, todos sean cogestores y coprotagonistas, y por tanto, corresponsables internos y externo

Siguiendo el principio de eficiencia de las cláusulas relativas a la estructura organizativa de la IMF, en concreto, en materia de funcionamiento orgánico debe tenerse en consideración que, con independencia del tipo asociativo elegido, debe primar la flexibilidad y la minimización de costes sobre la seguridad jurídica, dentro de los mínimos impuestos por el tipo. Así debe ser en materia de convocatoria de los órganos, y en particular de la asamblea o junta general, y de las sesiones del órgano de administración, que solo si está justificado debe funcionar con un sistema colegiado de sesiones sistemáticas. En particular, cabe cuestionar la selección de tipos que impongan costes o prohibiciones injustificables desde el punto de vista del eficiente funcionamiento de los órganos, y debe facilitarse la autorregulación de modo que se alivien o supriman los costes anudados a dicho funcionamiento. Así, un régimen eficiente común para IMFs debe excepcionar la aplicación de normas societarias legales o reglamentarias que prohíban reducir el número de convocatorias, o incrementen los costes informativos o de publicidad de manera extemporánea o ajena al sistema de funcionamiento de la entidad o de sus ESAM o sujetos relacionados. En este sentido, el régimen general de las IMF debe admitir la implantación libre de cláusulas sobre sistemas alternativos

⁷ Cf. LAVILLE, J. L. / NYSSSENS, M. (2001): "Towards a theoretical socio-economic approach", en BORZAGA, C. / DEFOURNY, J. (eds.), *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge, London, 312-332.

de publicidad o comunicación de la convocatoria, y de comunicación de documentos relativos a la información sobre los órganos sociales y sobre la situación financiera y patrimonial y las operaciones de la sociedad.

Por lo concerniente a las reglas relativas a la formación y expresión de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en ambos órganos, asambleario y gestor –en su caso, asamblea de asociados y junta directiva, en el caso de formas no societarias-, debe retenerse que el sistema de voto por cabezas es eficiente, y que resulta comúnmente empleado y es acorde con la tradición de las empresas y entidades sociales para la expresión de la voluntad de los asociados.

Incluso, en el supuesto de que una IMF –en sentido lato- adopte forma societaria, o siendo originariamente una ONG devenga sociedad a virtud de modificación estructural u operación corporativa de capital, ha de recordarse que, una vez implantada formalmente en la IMF esa forma, y devenido su régimen oponible a terceros por la virtualidad de la publicidad registral, el sistema de un voto por persona no es en absoluto contrario a normas imperativas ni contradice los principios configuradores de los tipos respectivos. En cualquier molde societario que albergue a IMF –que operará habiendo perdido, a virtud de su nuevo ánimo de lucro, su carácter *social* en el sentido aquí expuesto-, incluso bajo determinados tipos capitalistas como la sociedad limitada, o la cooperativa –subtipo societario-, puede resultar óptima la dilución del principio de proporcionalidad, en aras del cumplimiento de los fines sociales de la entidad. No en vano, los tipos capitalistas pueden ser permeables al principio de autonomía voluntad hasta el punto de renunciar a la proporcionalidad entre capital y voto, basándose en las necesidades de funcionamiento democrático de la entidad y sin perjuicio de su estructura económica capitalista.

En parecida dirección, de otro lado, son admisibles las cláusulas estatutarias que imponen mayorías reforzadas para la separación de administradores, especialmente cuando se trata de tipos de sociedad cerrados. También son admisibles, obviamente, estas cláusulas, en tipos no societarios cual los aparejados a las IMF propiamente dichas. Como admisibles son –y

además convenientes por razones de eficiencia- las cláusulas estatutarias reguladoras de sistemas de representación de los asociados en el órgano directivo de carácter proporcional –que en el caso de las sociedades limitadas deben admitirse pese a las restricciones legales, como ya observaba el Supremo en sentencia de 6-03.2009-, en su caso combinados con mecanismos de cooptación para los supuestos de necesidad de cobertura urgente de vacantes en el órgano de administración.

3. En el desenvolvimiento de la contratación microcrediticia

En este terreno, las IMF, en cuanto empresas sociales o del tercer sector que cumplen una función de interés general pero con intervención directa en el mercado financiero o de crédito, son propiamente agentes de mercado competidores de la banca, por lo que su acción rebasa las formas y procedimientos de inversión y financiación propios de las entidades de mera beneficencia o las instituciones orientadas hacia la acción de caridad o filantropía, independientemente de la forma fundacional o asociativa que sirva a estas de veste o ropaje en su condición de personas morales⁸.

Sin duda, el principio de organización y acción empresarial prima en las IMF sobre el principio filantrópico, independientemente de su objeto asociativo. Por otra parte, y cualquiera que sea la forma jurídica adoptada, la contratación microcrediticia de estas instituciones se rige invariablemente por principios de optimización de recursos, competencia, participación en el mercado de tipos de interés y de comisiones, entre otros, que son ajenos a las entidades sin ánimo de lucro y acercan a cualquier IMF a las sociedades en general, y a las de capital en particular; erigiéndolas, como mínimo, en sujetos de la actividad empresarial o mercantil aunque no gocen formalmente de la condición de empresarios o comerciantes en el sentido que las leyes mercantiles atribuyen a la expresión (cf. art. 1 C Com de 1885).

⁸ Sobre esta cuestión conviene leer a BULL, M. (2007), “Balance: The Development of a Social Enterprise Business Performance Analysis Tool”; 3 *Social Enterprise Journal*, 49-66.

Al configurar las reglas asociativas de la IMF, los gestores y promotores no pueden orillar en momento alguno la necesidad de emplear su tiempo, recursos y experiencia en los negocios para la resolución del problema central de la insuficiencia patrimonial de los microacreditados o empresarios excluidos del sistema, y de sus problemas para acceder al crédito común y asumir sus costes. En particular, la ausencia de garantías personales o patrimoniales para recibir los recursos ajenos precisos para materializar sus inversiones reales.

En este sentido, es menester hacer constar la función esencial de mercado que desempeñan las IMF como prestadores de servicios financieros –allende el microcrédito- para la inserción social, y como agentes activos de la inculturación financiera y de la inclusión social de sus beneficiarios. En la configuración de los sistemas de inclusión social, en particular, es fundamental la voluntad de los asociados o, en su caso, de los agentes sociales de un banco microcrediticio o de las secciones sociales de un banco comercial. Voluntad expresada a través de los órganos internos de la entidad que permitirá configurar la contratación en condiciones más favorables para los beneficiarios del microcrédito o de los servicios financieros, de educación financiera o formación entre otros, que las ordinarias de mercado. Nótese que ese favor colocará normalmente a la IMF en una posición de desventaja competitiva que el mercado penalizará, y que deberá ser subvencionada o compensada por retornos superiores a los de mercado.

Las condiciones de contratación establecidas por los gestores de la IMF deben determinar, en sus estatutos o en reglamentos de desarrollo y documentos sobre políticas y estrategias crediticias, entre otros parámetros que perfilan los niveles de inclusión social microcrediticia:

- en qué medida la institución financiará microcréditos para beneficiar a personas no consideradas pobres o excluidas del sistema financiero, y cuáles son los estándares de pobreza adoptados para delimitar el círculo de beneficiarios del microcrédito y sus servicios de apoyo;

- si se dará microcrédito no empresarial, a personas no emprendedoras o se flexibilizará el destino de los fondos permitiendo su intercambio o reversibilidad

en función de las condiciones de vida o necesidades de los microprestatarios; y la medida en que esa flexibilidad se hará efectiva;

- cuáles serán los sistemas de monitoreo y vigilancia de los prestatarios en orden a garantizar la función social del microcrédito y reducir las tasas de mora e incumplimiento de las obligaciones de reembolso;

- los eventuales sistemas sustitutivos de garantías personales o reales – fiducia de grupo, sociedades de garantía recíproca, mecanismos de ahorro y previsión de inversiones financieras del prestatario o grupo prestatario en el caso de microcrédito grupal o colectivo;

- los sistemas especiales de cálculo de la primas de riesgo, tipos de interés y comisiones eficientes; y las peculiaridades de la evaluación o *scoring* de la solvencia y ratios bancarios y crediticios de la institución;

- la generación, regulación y supervisión de las asociaciones de grupos de interés singulares (*microclusters* en argot) que deban crearse para incrementar la eficiencia en el funcionamiento de la contratación microfinanciera y en la consecución de los objetivos previstos en la política de reinversión de los fondos por los prestatarios o emprendedores beneficiarios;

- las políticas y sistemas de seguimiento del proceso de inclusión financiera de los microprestatarios, que en el caso de establecerse los precitados concilios o *clusters* vienen facilitados inicialmente por la estrecha colaboración que supone enlazar múltiples microempresas prestatarias dentro de una misma línea de trabajo y/o reinversión microcrediticia.

4. En la trama de contratos y demás relaciones jurídicas trabadas por las IMF con los entes estatales y supraestatales que apoyan el sistema de microfinanciación

Las IMF se pueden financiar u obtener garantías del Estado o instituciones supranacionales; facilidades crediticias que compiten con las que pueden obtener los prestatarios de donantes públicos o privados –actualmente está muy en boga la modalidad colectiva con captación virtual o por internet, el

llamado *crowdfunding*, objeto de reciente regulación⁹; y con la financiación de la propia entidad, cuyo coste de capital puede oscilar sensiblemente según las condiciones de mercado. Como la naturaleza del microcrédito y las cualidades de los prestatarios pueden disparar el riesgo crediticio, la IMF no suelen acceder a fondos baratos; y por su naturaleza de ente no crediticio –al menos en la mayoría de los países de la UE- , tampoco se financian en el mercado de depósitos. Todo lo cual eleva los costes de financiación, los volatiliza y los traslada en parte a los acreditados.

Así las cosas no extraña el desarrollo del recurso a la financiación pública, especialmente a fin de paliar los costes de supervisión y apoyo social a los beneficiarios. Se ha afirmado incluso que esos costes, por su estructura y magnitud, solo pueden ser cubiertos por el sector público.

De ahí que la política de subvenciones debe ser cuidadosamente planeada por los gestores de las IMF de forma que se compensen eficientemente los sobrecostes con los beneficios derivados de la intermediación pública en la concesión de créditos y garantías directas a los beneficiarios o indirectas, a través de las propias¹⁰.

5. En la ejecución de sus modificaciones estatutarias y estructurales

Las concentraciones son necesarias (*clustering*, trabajo en red, federaciones de IMFs como la Asociación Española de Microfinanzas, o su correlato europeo, la *European Microfinance Network*), y también ahí juega un

⁹ Por todos v. CARPI, R.: El proyecto de Ley sobre plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) y las IMFs”, en *Derecho de sociedades, contratación microfinanciera e instituciones microfinancieras*. Cuadernos de la Cátedra Garrigues [Dir. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. / MARTÍN DE VIDALES GODINO, M.], nº1, diciembre 2014, 49-58.

¹⁰ Parece ineludible la referencia al sistema de MICROFINANCE PROGRESS, cuyo análisis realizamos recientemente en los precitados *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, 1 (2014), sub “Desarrollos recientes (2013-2014) de la financiación para el emprendimiento social y del régimen de las sociedades e instituciones microfinancieras en el derecho europeo y español”, 7-26.

papel decisivo la voluntad de los gestores en aras de incrementar la eficiencia y con ella la sustentabilidad institucional.

Los procesos de modificaciones estatutarias y estructurales, complejos, requieren profesionalización, experiencia y conjugación de voluntades muy heterogéneas; sin que en este espacio proceda una consideración de eficiencia sobre modalidades alternativas que podrían pujar en caso de necesitarse la unión de fuerzas entre entes sociales de apoyo microcrediticio (ESAM) y/o IMFs en sentido estricto, en aras de optimizar la consecución de sus fines sociales –por ejemplo, operaciones corporativas de absorción vs escisiones propias o impropias respecto de entes crediticios, o cesiones globales de patrimonio; transformaciones vs procesos de adquisición o de fusión, para vehicular federaciones de asociaciones microfinancieras, entre otras opciones-.

Sí debe señalarse que, en estos ámbitos, como en el de las eventuales modificaciones estatutarias que afecten a la estructura financiera o económica de la IMF, deben conjugarse eficiencia y objetivos sociales, del modo ya expuesto.

III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS: PROXIMIDAD Y DISTANCIAMIENTO DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL “CORPORATIVA” Y PAPEL DEL PRINCIPIO SOCIETARIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE ESA RESPONSABILIDAD

1. Responsabilidad social y microfinanzas: conexión y peculiaridades en las IMF

La función social de las entidades microfinancieras predetermina el sistema, ámbito y alcance de su responsabilidad social empresarial o, en este caso, *asociativa*. En este contexto se ha dicho que las IMF adquieren

responsabilidades sociales “externas”¹¹ frente a sus *stakeholders* y frente a la sociedad.

Entre estas responsabilidades, que suponen la intervención de la IMF en el tercer sector o sector social o de las empresas sociales, cabe, entre otras, mencionar estas dos:

- a) Una de orden sustantivo, constitutivo e inherente a la actividad, que es intermediar en el sistema financiero promoviendo e impulsando las inversiones empresariales de los sujetos beneficiarios o destinatarios de los fondos prestados. A tal efecto, las IMF realizan, como otras instituciones de crédito, procesos transformadores de los plazos breves de las colocaciones del ahorro (a corto plazo, en periodos más largos de inversión, proveyendo de liquidez a los sujetos financiados; asimismo, procuran la mitigación de riesgos para los operadores, mediante la planificación de sus orígenes y aplicaciones de fondos y mediante la supervisión operativa, funcional y administrativa de los deudores y mediadores en el microcrédito.

- b) Otra de carácter adjetivo y auxiliar, cual es el perfeccionamiento del propio sistema financiero, aliviando costes transaccionales mediante la optimización del crédito, tanto para el oferente institucional como para sus beneficiarios directos e indirectos en el sector real de la economía. Para esa optimización son necesarias tareas ancilares, que no prescindibles, de evaluación del riesgo crediticio específico, del control de los riesgos operativos internos de la IMF, de seguimiento de las inversiones reales, y de planificación bancaria y estandarización contractual, a fin de incrementar las economías de escala. Asimismo es imprescindible proveer a los destinatarios, fundamentalmente a través de los sujetos o entidades de apoyo

¹¹ Cf. ARGANDOÑA, A. / ISHIKAWA, A. / MOREL, R.: “La responsabilidad social de las instituciones microfinancieras: contribuyendo a la reducción de la pobreza”, 3 *Cuadernos de la Cátedra La Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, marzo 2009, IESE Business School, documento en que se emplea la expresión “externas” en el sentido de “extrasociales” o ajenas al contrato de sociedad, accesible el 15.01.2015 vía http://www.iese.edu/en/files/cuaderno%203.%20la%20rse%20de%20las%20instituciones%20microfinancieras_tcm4-30132.pdf

social relacionadas, de los necesarios servicios informativos, formativos y de acompañamiento a los microemprendimientos y a los microemprendedores.

Desde la óptica de la noción general de responsabilidad social de la empresa, merece ser subrayado el hecho de que, sin perjuicio de la posible orientación de las IMF a reducir los impactos adversos medioambientales, laborales o relativos a la tutela de los derechos humanos de los emprendimientos de los destinatarios y beneficiarios, y de todo su entorno social, las IMF primariamente desenvuelven su actividad en el espacio de lo que se ha definido como inversión socialmente responsable. Concepto elástico cuya concreción excede con creces el contenido de estas líneas, pero que resulta imprescindible recoger para conseguir una visión conjunta de la problemática asociada a la noción de responsabilidad social asociativa exigible voluntariamente a las IMF, por los cauces reglamentarios internos o estatutarios que sus gestores y asociados tengan a bien proveer según las circunstancias espaciotemporales y económicas de los beneficiarios.

En la noción de “inversión responsable” tienen cabida dual, tanto la realizada por la IMF –y por sus sujetos y entidades financiadores públicos o privados- en el acto mismo de concesión u otorgamiento de microcrédito a un sujeto elegible según sus estatutos, incluyendo en su caso determinadas facilidades financieras o asistencia financiera para las entidades o personas física microacreditadas y conectadas directamente a su entorno comercial o familiar; como la inversión ejecutada por estos destinatarios o beneficiarios para financiar con éxito los proyectos de inversión real que acometan conforme a su objeto social o a sus objetivos personales de no revestir formas jurídicas societarias; área de inversión que debe entenderse comprendido en el ámbito estricto de las finanzas sociales en que la financiación de estos proyectos contribuye al desarrollo sostenible, a la socialización y la consecución del fin de inclusión financiera de las personas y de las familias afectadas, y al propio desarrollo financiero y económico general de las comunidades relacionadas con aquellos.

2. Rol de la autonomía de la voluntad en la concreción de los niveles de responsabilidad social, particularmente en lo referente a inversión socialmente responsable y tutela de los derechos de los microacreditados

En general, la responsabilidad social de las IMF se configura y orienta conforme a las decisiones de sus gestores, a su vez ajustadas a las características locales y personales de los microacreditados.

Ahora bien, el comportamiento ético y socialmente responsable, en un rango variable y que depende de las peculiaridades culturales y sociales de cada área geográfica de actuación, viene modulado por la voluntad de los gestores. Cuando estos crean “códigos éticos” pueden acoger estándares de conducta de cuyo incumplimiento no puede en ocasiones seguirse una depuración de responsabilidad civil –salvo cuando se impongan concretas obligaciones exigibles-, pero sí una depuración de responsabilidad social, que conlleva cambiar políticas, estrategias y procedimientos, y en su caso, equipos gestores y responsables de la IMF.

Sea como fuere, es el principio de autonomía de la voluntad el que imprime en todo caso carácter al sistema y límites de la responsabilidad social como conjunto operativo de conductas, estilos decisorios, políticas y acciones voluntarias –recte, extralegales o metajurídicas- de cada entidad, de forma que, allende cada ordenamiento, se asuman y definan esos estilos y políticas de acción plasmándolas en prácticas que, desde la óptica del derecho, pueden merecer la consideración de costumbre, juridificándose precisamente en función de la aplicación reiterada y, en tal sentido, erigiéndose doblemente en fuente material de nuevos códigos internos o auto-regímenes de conducta, y de nuevas *best practices*, alcanzándose un efecto de retroalimentación continua de normas y prácticas, que enlaza lo jurídico y lo paralegal de modo permanente. Todo, en aras de una optimización de los frutos sociales de la inclusión financiera, y de la innovación en finanzas sociales.

En este sentido merece ser subrayado que, mientras las políticas de responsabilidad social de algunas IMF han conducido a su práctica equiparación con los intermediarios financieros ordinarios del sistema clásico bancario, manteniendo o priorizando sus objetivos de rentabilidad privada, las

de otras han ido tratando –y logrando en diversa medida- de conjugar los objetivos de sostenimiento financiero -la consecución de una rentabilidad mínima de sustentabilidad- con la preferencia por la satisfacción de las necesidades de microacreditados y microemprendimientos.

En todo caso parece imprescindible que las IMF cubran sus costes, pero que, de incurrir en pérdidas, estas puedan ser cubiertas con donaciones y subvenciones que permitan cumplir su función social particular estatutaria o reglamentariamente prevenida, cumpliendo concretos programas de inserción o inclusión financiera y de cobertura crediticia, así como de éxito en los emprendimientos financiados y, por extensión, en la generación de empleo, autoempleo y riqueza personal de los beneficiarios últimos.

En este sentido, los modelos de responsabilidad social que mejor funcionan en países de nuestro entorno son los que combinan diferentes modalidades y niveles de microcrédito en función de las peculiaridades de los destinatarios –así, mujeres, desempleados, sujetos sin patrimonio con intención emprendedora, emprendedores en busca de un *fresh start*, por citar cuatro supuestos representativos-¹². Este tipo de combinaciones debe perseguirse sistemáticamente y, en tal sentido, es imprescindible que se oriente la voluntad de los gestores hacia la óptima solución del problema de sostenibilidad inherente a la RSC de las IMF, desde la óptica de la prioridad del interés de los prestatarios. Debe recordarse la praxis de las entidades microfinancieras que

¹² En España resulta paradigmático el caso de MICROBANK, porque aglutina más del 90% del microcrédito en general, pese a su carácter de IMF no social o bancaria. Sin embargo, la eficacia de su acción social es incuestionable, por lo que su modelo de responsabilidad social debe ser tenido en consideración por el resto de las IMF sociales, en particular desde la óptica de la eficiencia de sus políticas y sistemas de organización. Este banco da microcréditos “sociales” y “financieros”; los primeros tienen un límite de 15.000 euros y solo financian proyecto de autoempleo promovidos por personas que padecen exclusión financiera y necesitan asesoramiento para materializar su empresa, bajo tutela de unos doscientos entes sociales evaluadores de la sostenibilidad de los proyectos, y supervisores de su cumplimiento. Las reglas dispuestas para dar microcrédito financiero –no social- son más semejantes a las de la banca comercial, dándose préstamos de hasta 25.000 euros orientados a impulsar PYMES propiedad de excluidos del sistema crediticio, muchas veces sobrevenidamente. Así, Microbank puede reputarse banco *social* de La Caixa, y un modelo de responsabilidad social a nivel comunitario europeo.

han demostrado su sostenibilidad, incluso obteniendo beneficios que han atraído a inversores internacionales sofisticados.

Ahora bien, no puede ocultarse que en alguna medida se han conseguido determinados resultados económicos a costa de la eficacia social de la acción, debido a la insolubilidad del problema asociado a los numerosos y elevados costes informativos, transaccionales e incluso de agencia vinculados a las transacciones financieras sociales. Es incuestionable que es preciso sacrificar parcialmente objetivos sociales para asegurar el sustento institucional de las IMF, como sucede con otras empresas e instituciones sociales.

La solución a este dilema es poliédrica. Por una parte, se requiere una mayor profesionalización del sector microfinanciero; por otra, una priorización congruente de políticas y estrategias orientada a la sostenibilidad, de modo que a largo plazo puedan cubrirse más y mejor los objetivos sociales. Para lo cual es imprescindible un diseño óptimo del sistema de responsabilidad social y del gobierno de las IMF, que en última instancia han de subordinar sus estrategias y políticas a su función social al servicio de los más indigentes.

IV. RECAPITULACIÓN A MODO DE HIPÓTESIS

Pueden extraerse conclusiones generales sobre las pautas hermenéuticas que deben guiar los límites estatutarios que deben respetar los fundadores al aplicar el principio de autonomía de la voluntad una vez elegido el tipo asociativo o societario (art. 28 LSC) en que encajar óptimamente la IMF. Entre otras, estas pautas son:

1. Nutrir proactivamente la creación de riqueza a través de la inclusión social de los beneficiarios de la actividad microcrediticia que desarrolla la IMF. A tal efecto, el tipo asociativo elegido debe ser conforme a los principios de acción democrática y participativa más acordes con la cultura de la institución y de los beneficiarios en su propio marco social de referencia y conforme a las prácticas consolidadas y de eficiencia probada propios de su sistema de actuación corporativa o institucional interna.

2. Considerando que, a priori, ningún tipo asociativo es preferible, asumir que en todo caso la selección tipológica debe conducir a la actuación eficiente de la IMF. Para lograr ese fin, ha de considerarse prioritario enlazar y compatibilizar de modo óptimo, en la configuración estatutaria, los criterios de actuación pro bono con los criterios de mercado, en la medida en que ambos quedan imbricados e interrelacionados por necesidades del tráfico en estas instituciones, en particular en los procesos de emisión y reembolso microcredicio.

3. Dispensar atención detenida y recursos bastantes a un análisis del fenómeno de distorsión del mercado que introducen las ayudas públicas y la contratación pública o intermediada por el sector público en el sector microfinanciero. Los fines sociales de las IMF involucran una componente de orden público que debe ser conocida y manejada estratégicamente por los gestores de las IMF, especialmente al elegir tipos fundacionales o asociativos sin ánimo de lucro. En particular, el elemento tributario y el fenómeno de las subvenciones deben contribuir a la sostenibilidad de las IMF sin permitir una relajación de los mecanismos de supervisión interna o intervención en la gestión, como ha sucedido en las experiencias húngara y sobre todo rumana, entre otras europeas. La ventaja competitiva que supone la mediación estatal o regional supraestatal en los procesos de garantía y concesión de microcrédito componen el elemento compensatorio de la ausencia de ánimo de lucro, en una medida que debe ser calibrada y objeto de seguimiento permanente por los gestores de la IMF, con el pertinente reflejo en el *aggiornamento* y perfeccionamiento continuo de las reglas estatutarias y de los regímenes voluntarios de operaciones corporativas y de los sistemas de modificaciones estructurales de las asociaciones y sociedades, así como de las reglas relativas a las demás formas de modificaciones estatutarias, en particular las que suponen una variación de la estructura patrimonial de la IMF.

4. Implantar sistemas de gobierno asociativo eficientes y democráticos bajo principios de participación universal *pro bono* de los grupos de interés, especialmente bajo regímenes asociativos estatutarios de corte cooperativo o que involucren a los empleados en el proceso decisor (copropiedad de gestores y empleados, de gestores y microacreditados o sus emprendimientos, entre otras modalidades).
5. Recurrir al método de la jurisprudencia de intereses, combinado con el pertinente análisis económico del derecho¹³, para diseñar normas internas, estatutarias y sistemas de gobierno y RSC eficientes y congruentes con la función social e institucional que corresponde desempeñar prioritariamente a microprestamistas especializados en cooperación al desarrollo, crecimiento sostenible y, sobre todo, ayuda social.

Como ha sucedido en el ámbito de las sociedades de capital, la articulación de un régimen de IMF debe acometer la ordenación y definición de las formas asociativas y sociales admisibles, sin necesidad de crear un tipo específico de IMF, aunque sí se definan reglas de mínimos comunes para su estatuto general.

Es esencial, como hipótesis para la construcción de eventuales regímenes comunes o especiales futuros del estatuto de las IMF, que sus reglas comunes consagren explícitamente el principio de autonomía de la voluntad, instaurando flexibilidad y libertad de configuración estatutaria (como recientemente ha acontecido en Europa: pequeña sociedad anónima alemana; sociedad por acciones simplificada francesa; propuesta de Reglamento del Consejo sobre el estatuto de sociedad privada europea, etc.).

La existencia de mercados globales compele –también en el ámbito de las finanzas sociales- a contrastar las formas jurídicas óptimas, incluidas las societarias, a la hora de ordenar el fenómeno microfinanciero. Estados,

¹³ Puede verse un examen de compatibilidad metodológica entre jurisprudencia de intereses y *Economics of Law* en nuestro *Análisis económico del derecho: método, investigación y práctica jurídica*, Bosch editor, Barcelona 2011, esp. cap. segundo, 120-129.

organismos internacionales y Administraciones competentes han de amparar fórmulas jurídicas que flexibilicen la organización de las IMF, en todo caso con suficiente espacio y reconocimiento explícito del valor de la autonomía privada de los gestores y de las entidades sociales y beneficiarios relacionados. Sirva de ejemplo en este sentido el modelo de autonomía de la voluntad reconocido en la Ley alemana de sociedades empresariales de responsabilidad limitada 26 de junio de 2008 (*Unternehmergeellschaft —haftungsbeschränk— Gesetz*), donde se prescinde del capital social mínimo, idea que ha cundido en otros ordenamientos como el nuestro, en aras de la flexibilidad operativa.

Ciertamente, como escribió con razón Jonathan Morduch¹⁴, se ha dado un “cisma” entre las IMF sociales y las convencionales. Hora es ya de irlo superarlo, y supliendo las carencias de la regulación microfinanciera con la aplicación de principios generales del derecho. Es elemento clave al efecto consagrar la autonomía de la voluntad para flexibilizar el régimen y su operatividad interna –gubernativa- y externa –proyección social en el sector real de la economía- de estos empresarios generadores de empleo, cuya acción puede devenir decisiva en el desenlace de la crisis durante la próxima década.

¹⁴ Cf. MORDUCH, J. (1999): “The Promise of Microfinance”, en *Journal of Economic Literature*, Vol. 37, 1569–1614.

EN TORNO A LA ORDENACIÓN DEL MERCADO DEL MICROCRÉDITO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA *

Stella SOLERNOU SANZ

RESUMEN

El presente trabajo trata, inicialmente, sobre la diferenciación entre dos conceptos próximos como son la ordenación y la regulación, para, seguidamente, abordar la cuestión de la vigente ordenación del mercado de microcrédito (que no su regulación, ahora inexistente en España. A continuación, se exponen algunas cuestiones sobre una posible ordenación del mercado de microcrédito, desde la perspectiva del respeto a la libertad de empresa constitucionalmente proclamada, y también desde el punto de vista de la libre competencia. En este terreno se trata la posibilidad de regular el acceso al mercado de microcrédito, y las condiciones de los requisitos prudenciales exigibles al efecto, en concreto, la capacidad financiera de estas instituciones; también se plantea el problema de los requisitos no prudenciales exigibles, en concreto la idoneidad de estas instituciones para desarrollar su actividad en el mercado financiero. Finalmente, se apuntan las líneas de una posible regulación del contrato del microcrédito social.

* El presente trabajo se integra en el proyecto interuniversitario «Régimen jurídico y gobierno eficiente de las IMF», coordinado por el profesor Javier Ibáñez Jiménez (Universidad Pontificia Comillas). La autora es profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Deusto (UD).

LA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS «ORDENACIÓN» Y «REGULACIÓN»

Desde una perspectiva jurídico-económica, ordenar supone establecer un marco general institucional para que la convivencia social y el proceso económico puedan seguir su curso con autonomía¹. Pero la ordenación no implica necesariamente recurrir a la regulación: la no aprobación de normas por parte del Estado (*laissez-faire*) es una manera de ordenar la sociedad y la economía². El contenido que se pretenda otorgar a la ordenación condicionará la acción o la inacción del Estado. La finalidad es la ordenación; la regulación no es más que un instrumento, entre otros, para su consecución³.

Por su parte, la regulación, en tanto que conjunto de reglas o normas, puede tener por objeto el establecimiento y mantenimiento de un orden social (regulación constitutiva, o regulación en sentido amplio), o bien la obtención de un mejor rendimiento (en el sentido de utilidad, también social, y no únicamente de rentabilidad económica) de determinados sectores económicos que presentan disfunciones (regulación restrictiva o económica)⁴. Ésta última, la regulación restrictiva, comprende aquellas normas que establecen la conformación y la supervisión de la actividad económica (autorizaciones, sanciones)⁵. En este contexto la regulación se identifica con la intervención del

¹ IMMENGA, «Ordenación económica y Derecho de sociedades», *RDM*, 276(2010), pág. 542.

² GIRÓN, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*, Madrid, 1986, pág. 121, al examinar el papel del Derecho Privado en la época de la Codificación dirá: «La abstención del Derecho privado no sería neutralidad sino, de hecho, una determinada conformación política que favorece a aquellos que se encuentren en las condiciones socio-económicas de poseer y ejercitar esas igualdad y libertad, en forma de derechos subjetivos.». Esta idea es también recogida por GONDRA, *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992, pág. 91.

³ En este sentido, ROJO, «El Derecho económico como categoría sistemática», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 984-987.

⁴ BASEDOW, “Economic Regulation in Market Economies”, *Mehr Freiheit wagen*, Tübingen, 2002, págs. 3-5; MÖSCHEL, “Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung”, en *FS Immenga zum 70. Geburtstag*, München, 2004, págs. 277-278. Los dos autores siguen las líneas de trabajo de la DEREGULIERUNGSKOMMISSION, *Marktöffnung und Wettbewerb*, Stuttgart, 1991, no. 2-5.

⁵ Se trata de instrumentos jurídicos propios de la «actividad de policía administrativa». Vid. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, 1993, pág. 50; DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, 2001, pág. 138. En el seno de la doctrina administrativista se defiende la superación de la expresión «policía administrativa» por la de «regulación de riesgos», vid. ESTEVE PARDO, «El encuadre de

Estado en la economía⁶, por lo que comporta restricciones para las distintas manifestaciones de las libertades económicas: el acceso al mercado, la libertad contractual y el cese en la actividad económica⁷.

Las actuales políticas reguladoras, tanto en sentido amplio (regulación constitutiva) como estricto (regulación restrictiva o intervención), son una clara manifestación de la vertiente social del mismo, que hunde sus raíces en la idea de «Economía social de mercado» (*Soziale Marktwirtschaft*)⁸. Este modelo, asumido por la cultura jurídico-económica de la Unión Europea (art. 3.3 Tratado de la Unión Europea) y de sus Estados miembros⁹, se caracteriza por una permanente tensión entre las libertades económicas y el principio del Estado social. En esas zonas de conflicto el Estado intenta responder a un pretencioso objetivo: combinar la prosperidad económica con las garantías sociales¹⁰.

La regulación constitutiva encuentra su fundamento en la misma Constitución. La libertad de empresa, en tanto que derecho fundamental, y la libre competencia, como parte de ella, vinculan a los poderes públicos. Dicha vinculación se traduce en prohibición de intervención (*Eingriffsverbote*), en el

la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público», en MUÑOZ MACHADO/ESTEVE PARDO, *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, 2009, págs. 395-397.

⁶ En este sentido, BASEDOW, «Die Wettbewerbspolitik in den Ausnahmebereichen. Eine Bilanz deutscher und europäischer Deregulierung», *Mehr Freiheit wagen*, cit., pág. 48 (existe una traducción en español en *RDM* 250 (1993), págs. 1277 ss.).

⁷ MÜLLER/VOGELSAND, *Staatliche Regulierung*, Baden-Baden, 1979, pág. 19.

⁸ El concepto fue desarrollado en el marco del *Ordoliberalismo*, debiendo su denominación y creación conceptual al economista Alfred Müller-Armack, y su desarrollo político a Ludwig Erhard, primer Ministro de Economía de la Alemania de la posguerra tras la segunda guerra mundial. Vid. SULLIVAN/FIKENTSCHER, «On the Growth of the Antitrust Idea», in FIKENTSCHER, *Freiheit als Aufgabe*, Tübingen, 1997, pág. 110.

⁹ MESTMÄCKER, «Soziale Marktwirtschaft und Europäisierung des Rechts», en NÖRR/STARBATTY (Hrsg.), *Soll und Haben – 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft*, Stuttgart, 1999, pág. 136. Por lo que se refiere al modelos constitucional español, ROJO, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *RDM*, 169-170(1983), págs. 311-312 y 316; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, Madrid, 1988, págs. 82-83; RECALDE, *El papel del “Derecho” en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía*, Madrid, 2009, pág. 52.

¹⁰ BADURA, «Wirtschaftsfreiheit, Staatsplanung und Intervention», *Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht*, 1981-I, pág. 275. En el mismo sentido, RAISER, «Der Gegenstand des Wirtschaftsrecht», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 143 (1979), pág. 340; FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, Band II, München 1983, pág. 63; DUQUE, J., «Problemas de la Constitución económica», *Derecho y Paz*, Madrid, 1968, págs. 316-317.

sentido de respeto de la libertad, y, al mismo tiempo, en mandato de protección (*Schutzgebote*), es decir, en la preceptiva creación de instrumentos que permitan el efectivo ejercicio de la libertad e impidan su limitación por otros particulares¹¹.

Por otro lado, también la regulación restrictiva se convierte en una obligación constitucional para el Estado. La existencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos y dignos de protección demanda la intervención del Estado. Éste debe actuar en aras de la defensa del interés general (protección de consumidores, política monetaria, salud pública, abastecimiento de recursos esenciales, protección del medio ambiente, etc.).

En definitiva, se trata de un problema de grado o intensidad en la injerencia del Estado sobre los derechos económicos fundamentales¹². El equilibrio se consigue con una intervención proporcionada¹³.

II. LA ORDENACIÓN VIGENTE DEL MERCADO DEL MICROCRÉDITO

En España no hay una regulación de esta particular actividad crediticia: el mercado del microcrédito. Ni en cuanto a su acceso, ni por lo que se refiere a su desarrollo.

En cumplimiento de la normativa comunitaria, hay una regulación acotada al acceso a la actividad de las entidades de crédito que reciben depósitos reembolsables del público [Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva

¹¹ CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht», *AcP* 184(1984), pág. 210; *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin – New York, 1999, pág. 21; ALFARO, «Autonomía privada y derechos fundamentales», *ADC*, vol. XLVI-I, 1993, pág. 66.

¹² En este sentido, PAZ-ARES/ALFARO, «Ensayo sobre la libertad de empresa», *Estudios jurídicos en honor al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pág. 6009.

¹³ HATJE, *Wirtschaftsverfassung*», in BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2003, págs. 693 y 729.

2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE; Reglamento (UE) N° 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012; Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito]. Aquellas otras entidades que conceden microcréditos y que se financian mediante créditos blandos, créditos de otras entidades, donaciones o a través de las inversiones de sus propios socios, carecen de regulación.

Esta situación obliga a tener en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, la ordenación vigente implica ausencia de intervención. Ya sea porque el legislador entiende que no hay disfunciones en este mercado, ya sea porque no las ha detectado, la actividad microcrediticia se encuentra totalmente liberalizada. No obstante, hay cada vez más voces que contestan este silencio normativo.

En segundo lugar, cabe hacer una reflexión sobre las distorsiones competitivas que puede generar la diferente ordenación de las entidades de crédito, unas intensamente reguladas (las que reciben depósitos reembolsables del público) y otras carentes de regulación (las que simplemente conceden crédito sin recibir fondos reembolsables)¹⁴, cuando ambos grupos de instituciones coinciden *en parte* en un mismo espacio económico.

Por otro lado y por lo que se refiere al desarrollo de la actividad de crediticia, la regulación imperativa del contrato del crédito se limita a la financiación al consumo [Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo].

El crédito comercial concedido por las instituciones microfinancieras carece actualmente, en el marco del ordenamiento español actual, de una normativa específica, al margen de la relativa a las condiciones generales de la

¹⁴ Cfr. STASCHEN, *Regulación y supervisión de las instituciones microfinancieras*, GTZ, Eschborn, 2000, pág. 15.

contratación en cuanto al control de inclusión o incorporación de cláusulas al préstamo o crédito.

III. UNA NUEVA ORDENACIÓN DEL MERCADO DEL MICROCRÉDITO RESPETANDO LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA

Existe una demanda generalizada de una nueva ordenación del microcrédito basada en la regulación de este «subsector» económico. Ante esta reivindicación procede plantearse, desde una perspectiva constitucional, si realmente debe intervenir el mercado del microcrédito; es decir, si hay fundamentos constitucionales para limitar la libertad de empresa y la libre competencia en esta actividad.

Con carácter general, las especialidades que justifican la regulación de un sector económico son de dos clases: los fallos del mercado y los conflictos entre objetivos económicos y sociales¹⁵. En el caso del microcrédito social concurren ambas particularidades.

Por un lado, está latente el riesgo de un sobreendeudamiento de los prestatarios que dificulte, o incluso imposibilite, la devolución del crédito. Ello puede deberse a cualquier hecho inesperado que ocasione gastos extraordinarios o que impidan la obtención de recursos suficientes (externalidades), o bien a un exceso de competencia, que provoque políticas comerciales agresivas por parte de las instituciones más temerarias¹⁶.

A ello se une el fenómeno de la información asimétrica, asociada normalmente a una desprotección del destinatario del microcrédito¹⁷. Éste no siempre es capaz de determinar la proporción entre la calidad y el precio, bien por la conducta abusiva del empresario, bien por el excesivo coste que implica

¹⁵ BASEDOW, «Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten», *cit.*, pág. 33.

¹⁶ SCHICKS/ROSENBERG, «Too Much Microcredit? A Survey of the Evidence on Over-Indebtedness», *CGAP Occasional paper*, no. 19 (2011). Washington, DC: World Bank, págs. 9-11 y 17-18.

¹⁷ Cfr. STASCHEN, *cit.*, pág. 5.

obtener esa información. De ahí la necesidad de una regulación correctora y garante de los derechos de este particular prestatario.

Por otro lado y a su vez, el microcrédito se ha convertido en un instrumento esencial de financiación en la creación de empleo y en la inclusión financiera y, con ello, en la inclusión social (*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2006/48/CE al microcrédito*). Cualquier regulación de este mercado debe ir encaminada a fomentar la concesión de esta modalidad crediticia. La labor es compleja. El Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres (centro de investigación con sede en el Banco Mundial y dedicado a la promoción de políticas para el acceso de los más pobres a servicios financieros) lo resume acertadamente: «El desafío de las autoridades reguladoras de las microfinanzas es encontrar la forma de lograr un equilibrio entre el *acceso* financiero, la *estabilidad* financiera, la *integridad* financiera y la *protección del consumidor*»¹⁸.

Así, se pone claramente de manifiesto la tensión entre el Estado social (y dentro del mismo diversos objetivos sociales que pueden colisionar entre sí) y las libertades económicas.

El discurso debe girar en torno a los límites a las medidas restrictivas de estas libertades mediante el principio de proporcionalidad. Del texto constitucional español se infiere la ponderación como solución a los conflictos de intereses confluyentes (art. 1.1, art. 9.1 y art. 10.2 CE en conexión con la Convención Europea de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)¹⁹. Concretar en qué consiste dicha ponderación es una cuestión resuelta por la jurisprudencia alemana, quien ha desarrollado pormenorizadamente la doctrina de los límites a la libertad de empresa a partir de la relevante sentencia de las farmacias de 11 de junio de 1958 –*Apotheken-Urteil*, sometiendo cada medida por la que se regula algún

¹⁸ GCAP, *Guía para la regulación y la supervisión de las microfinanzas*, Octubre 2012, pág. 8. Cfr. REIFNER, *Micro-lending – A Case for Regulation*, 2001, pág. 10. (http://www.europeanmicrofinance.org/data/file/Micro-lending_A_case_for_Regulation.pdf)

¹⁹ VÉRGEZ, «El Derecho Mercantil en la nueva Constitución española», *Lecturas sobre la Constitución*, II, Madrid, 1978, pág. 499; BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», *REDC*, 59(2000), pág. 38 (nota 42).

aspecto de la actividad económica a los tres niveles del «juicio de proporcionalidad» (*Stufentheorie*). Se valora, en primer lugar, su adecuación (*Geeignetheit*), analizando si resulta idónea para alcanzar el fin perseguido; en segundo lugar, su necesidad (*Erforderlichkeit*), es decir, se comprueba que no existe ninguna otra medida con la misma eficacia que resulte menos gravosa; y, por último, su proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit*), debiendo ponderar en el caso concreto que el beneficio que se consigue justifica suficientemente la restricción de la libertad de empresa²⁰. Sólo en ese caso la medida será constitucional.

La impronta del modelo alemán puede verse claramente en el alcance de la protección de los derechos y libertades fundamentales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 52.1)²¹:

«1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.»

1. Una posible regulación del acceso al mercado del microcrédito

Los estudios que militan en favor de una regulación del sector microcredicio, al menos en el ámbito de la Unión europea, suelen centrar su análisis entre otros aspectos, en la conveniencia a un posible sometimiento de las instituciones microfinancieras a distintos requisitos prudenciales y no prudenciales, condiciones típicas de la actividad bancaria tradicional. Esos análisis, en el caso español, con en principio contrarios a esa sujeción, al

²⁰ BVerfGE, 7, 377. Extensamente sobre el tema, J. IPSEN, «"Stufentheorie" und Übermaßverbot- Zur Dogmatik des Art. 12 GG», *JuS* 8 (1990), págs. 634-638; MEDICUS, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht», *AcP* 192 (1992), pág. 51; LARENZ, *Metodología de la Ciencia el Derecho*, Barcelona, 2001, págs. 400-409; REICH, *Mercado y Derecho*, Barcelona, 1985, págs. 100-102; PAZ-ARES/ALFARO, *cit.*, págs. 6016, 6018-6020.

²¹ ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, 2004, pág. 240 (nota 63).

menos para el caso de las instituciones microfinancieras puras o de finanzas sociales.

1.1. Requisitos prudenciales (capacidad económica)

Este primer grupo de requisitos implica la disposición de los recursos financieros y de los medios materiales necesarios para la puesta en marcha y la adecuada gestión de la actividad (capital mínimo, limitaciones a los préstamos sin garantía...). Con estas medidas se pretende asegurar la viabilidad económico-financiera de la entidad. Lo habitual es exigir que el requisito de capacidad económica se mantenga mientras no se decida el cese en la actividad.

Las exigencias en materia de capacidad financiera interfieren en la planificación del proyecto empresarial, en la medida en que se sustituye al empresario en la toma de decisiones sobre la relación entre los recursos propios y la actividad económica²².

La mayoría de estudios sobre la regulación y supervisión de las IMF entienden que no hay una razón de interés general que justifique exigir una determinada capacidad económica y unos requisitos prudenciales a aquellas entidades que no perciban depósitos reembolsables de terceros, ya que no ponen en peligro la estabilidad de un sistema financiero al no existir un riesgo de contagio de fuga de depósitos²³. Es cierto que ha habido sectores que han destacado la contribución *también* de estas entidades a la crisis financiera en los países desarrollados²⁴, lo que justificaría una regulación más intervencionistas (y gravosa) en la línea de la legislación francesa. Sin

²² PAZ-ARES/ALFARO, *cit.* pág. 6040.

²³ Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres (GCAP), *Guía para la regulación y la supervisión de las microfinanzas*, Octubre 2012, págs. 16-17; REIFNER, *Micro-lending – A Case for Regulation*, 2001, pág. 62; acceso en enero de 2015, http://www.europeanmicrofinance.org/data/file/Micro-lending_A_case_for_Regulation.pdf.

²⁴ Vid. ASBA - ASOCIACIÓN DE SUPERVISORES BANCARIOS DE LAS AMÉRICAS, *Guía de principios para una efectiva regulación y supervisión de las operaciones de microfinanzas*, 2010, pág. 10 (nota 3) [http://www.asba-supervision.org/otros/doc_download/1569-guia-de-principios-para-una-efectiva-regulacion-y-supervision-de-las-operaciones-de-microfinanzas].

embargo, se insiste en que los activos de las IMF no constituyen una parte relevante de los activos financieros de un país. Por otro lado, se entiende que los riesgos que la quiebra de una IMF puede generar en sus socios (inversores) o donantes deben ser asumidos por ellos mismos, trasladándoles la responsabilidad de la supervisión al sector privado directamente interesado.

Por el contrario, existen argumentos para defender que las IMF de depósitos reembolsables deberían estar sujetas a un requisito de suficiencia de capital más estricto que las entidades de crédito clásicas, ante el elevado riesgo de impago de los microcréditos²⁵. Esta circunstancia pone de manifiesto la dificultad para conciliar las características del microcrédito social con las demandas de seguridad y solvencia en la banca tradicional²⁶.

1.2. Requisitos no prudenciales (idoneidad)

En las actividades económicas reguladas es frecuente exigir que las empresas autorizadas cumplan con unos parámetros de idoneidad, concretados en la capacitación profesional y la honorabilidad de quienes gestionan y/o sean titulares de la entidad. Es el caso, en España y en aplicación de la normativa comunitaria, de las entidades de crédito que reciben depósitos del público reembolsables (art. 24 Ley 10/2014, de 26 de junio). Es opinión generalizada la conveniencia de extender estos requisitos a todo tipo de institución microfinanciera, sin distinción de su modo de financiación²⁷.

a) La capacitación profesional

Cada vez más, el desarrollo de algunas actividades económicas demanda sujetos técnicamente especializados, dada su complejidad y constante evolución. Esta justificación se halla plenamente presente en el

²⁵ Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres (GCAP), *Guía para la regulación y la supervisión de las microfinanzas*, Octubre 2012, págs. 24-26. Cfr. STASCHEN, *cit.*, pág. 11.

²⁶ REIFNER, *cit.*, pág. 41.

²⁷ Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres (GCAP), *Guía para la regulación y la supervisión de las microfinanzas*, Octubre 2012, págs. 15.

sector del microcrédito. Los conocimientos necesarios para el reconocimiento oficial de la competencia profesional permiten a la entidad prestamista tener una apreciación ajustada de la situación de este concreto y especialmente necesitado mercado, contribuyendo a mejorar la gestión y dirección empresarial. Con la exigencia de una capacitación profesional a quienes están al frente de la gestión del negocio, se pretende garantizar al usuario unos estándares mínimos de calidad del servicio, fomentando, a su vez, una mayor competencia en el sector. Una medida en este sentido sería adecuada para los fines perseguidos, necesaria para alcanzarlos y proporcionada, dado que la necesidad de una especialización justifica suficientemente el esfuerzo que supone someterse al proceso de formación y evaluación.

b) La honorabilidad

La cláusula de honorabilidad es presupuesto común para el ejercicio de profesiones y actividades cualificadas que exigen unos estándares mínimos de confianza y credibilidad²⁸. Cabe entenderla como una carta de presentación garante de un comportamiento personal y profesionalmente correcto hasta el momento de su acreditación. Hay una relación directa y proporcional entre la honorabilidad y la responsabilidad. A mayor responsabilidad, mayor es la justificación de exigir el cumplimiento de los parámetros de honorabilidad²⁹. La responsabilidad social de la institución microfinanciera es elevada dada la utilidad social de estos créditos y la vulnerabilidad de sus destinatarios. Con la exigencia de la honorabilidad se pretende proteger el funcionamiento eficiente del mercado concreto regulado (en este caso, el sistema microfinanciero) permitiendo que sólo accedan a él aquellos que han mantenido una conducta irreprochable³⁰.

²⁸ La expresión alemana utilizada por el Derecho comunitario (*Zuverlässigkeit*) significa igualmente fiabilidad, credibilidad. Por su parte, la expresión inglesa (*good repute*) se asocia a la buena reputación.

²⁹ Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades», *RAP*, núm. 130 (1993), págs. 30-31 y 74.

³⁰ IRURZUN MONTORO, *Honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras y otras actividades*, Cizur-Menor, 2007, pág. 176.

En todo caso, no suele tratarse tanto de demostrar que se es honorable, cuanto de probar que no se ha incurrido en alguna de las conductas o situaciones que llevan aparejada la pérdida de la honorabilidad³¹.

2. Una posible regulación del contrato del microcrédito social

La libertad de empresa y la libre competencia también alcanza al ámbito del desarrollo y ejercicio de la actividad (organización y dirección)³², es decir, a la libertad contractual. Ésta implica, *inter alia*, la libertad para determinar y modificar el contenido contractual (*Inhaltsfreiheit*) y la libertad de forma (*Formfreiheit*)³³. Cada vez que el ordenamiento jurídico regula de manera imperativa alguno de estos aspectos que constituyen el contenido de la libertad contractual, ésta se ve limitada. Toda decisión del legislador en este sentido debe responder a una razón de interés general y resultar proporcionada.

En el marco de la contratación microcrediticia hay una especial preocupación por la protección del prestatario. Por lo que cabe plantearse si una regulación jurídico-privada del contrato sería conveniente y, en su caso, si sería ajustada a derecho. Analizamos la cuestión desde el punto de vista de las principales condiciones del préstamo: el tipo de interés y sus eventuales límites (a), y otras comúnmente establecidas en los contratos (b).

³¹ En este sentido, L. MARTÍN-RETORTILLO, *cit.*, págs. 73 y 75.

³² En la doctrina alemana recopilatoria de su jurisprudencia constitucional, THIELE, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Göttingen, 1974, págs. 214-215; TETTINGER, «Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht», *AöR* 108 (1987), págs. 109-117; OSSENBÜHL, «Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz», *AöR*, 115 (1990), págs. 12-32; BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, München, 2001, Allg. 52-53. Asimismo, entre los autores españoles, DUQUE, «Iniciativa privada y empresa», *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, pág. 62; ROJO, «Actividad económica pública», *cit.*, págs. 327-335; DE GISPERT PASTOR, «La noción de empresa en la constitución española», *La Empresa en la Constitución Española*, Pamplona, 1989, págs. 44-46. En el mismo sentido en la literatura jurídica italiana, GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali de la concorrenza*, Padova, 1961, págs. 5-6, 10, 14; OPPO, «L'iniziativa economica», *Riv. dir. civ.*, 1988-3, págs. 320-321.

³³ NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, Jena, 1920, págs. 4-5 y 13; RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung*, Düsseldorf, 1957, pág. 11; DILCHER, «Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen», *NJW* 1960, pág. 1040.

a) Límites al tipo de interés

El establecimiento de límites al tipo de interés supone una intervención directa en el precio del servicio microfinanciero y una de las limitaciones más intensas en la libertad contractual. En principio, sería una medida adecuada para proteger al destinatario del microcrédito, dado que evitaría los tipos abusivos sobre sectores de la población especialmente necesitados. No obstante, debe reflexionarse si no hay medidas menos restrictivas con las que se podría lograr el mismo objetivo, como la aprobación de normas enfocadas a lograr una mayor transparencia que revierta en una mayor competencia del sector y que combata la usura³⁴. A este respecto se ha llamado la atención sobre los problemas que comporta la aplicación de la Ley española de Usura de 23 de julio 1908 (Ley Azcárate) a la contratación moderna, por lo que sería conveniente su revisión³⁵.

En todo caso y aun dudando de su constitucionalidad, si se optara por fijar intereses máximos, éstos deberían cubrir los costes administrativos y los costes de los riesgos que asume la IMF, de lo contrario la medida sería desproporcionada en sentido estricto y dificultaría la concesión de microcréditos, frustrando con ello la finalidad de toda esta regulación³⁶.

b) Otras condiciones contractuales y obligaciones precontractuales

En el marco del crédito al consumo, la legislación impone diversas obligaciones al prestamista (sobre la información precontractual, la forma del contrato, el contenido mínimo del contrato, la información de los cambios del tipo de interés...) y reconoce una serie de derechos al prestatario (derecho de desistimiento, amortización anticipada...), como una respuesta necesaria a la vulnerabilidad del consumidor, consecuencia resultante de las asimetrías en la

³⁴ Cfr. REIFNER, *cit.*, pág. 7; GARCÍA MANDALONIZ, «No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas: la necesidad de una regulación internacional», *RDBB*, 127(2012), págs. 25-26.

³⁵ LLEBARÍA SAMPER, «El marco regulatorio actual de los contratos de microfinanciación; una reconstrucción entre acogidas y huidas normativas», *Cuadernos de la Cátedra Garrigues* (IBÁÑEZ / MARTÍN DE VIDALES, dir.), Vol. 1(2014), págs. 46-47.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION – Expert Group Report, «The Regulation of Microcredit in Europe», April 2007, pág. 28.

información. Esta clase de medidas tuitivas han sido tradicionalmente aceptadas como proporcionadas y justificadas en una razón de interés general. No obstante, este fallo del mercado no es exclusivo del mercado del crédito al consumo, siendo también propio del mercado microcrédito social. Ante la identidad de razón, se recomienda la extensión de la normativa del crédito al consumo a los microcréditos destinados a la inclusión social³⁷.

IV. CONCLUSIONES

1. Los estudios sobre el funcionamiento del mercado del microcrédito social concluyen la presencia de diversas disfunciones que obligan a una regulación correctora del sector. Cualquier medida en esta dirección supondrá una intervención del Estado en la libertad de empresa que requerirá, no sólo la concurrencia de una razón de interés general que la justifique, sino también el sometimiento de la medida restrictiva al test de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

2. Entre las condiciones del acceso a la actividad micocrediticia, se descartan los requisitos prudenciales para aquellas IMF que no se financien mediante depósitos del público reembolsables, por no hallarse justificados. Sin embargo sí parecen concurrir razones de interés general y se entiende proporcionado el cumplimiento de condiciones de idoneidad (capacitación profesional y honorabilidad), con independencia de la naturaleza concreta de la IMF.

3. Las restricciones en el ámbito contractual deben limitarse a la adopción de medidas que frenen los préstamos abusivos y que favorezcan la transparencia y claridad de las condiciones contractuales, en la línea de la normativa tuitiva sobre el crédito al consumo.

³⁷ REIFNER, *cit.*, pág. 62.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS (IMFs)*

Belén GARCÍA ÁLVAREZ

RESUMEN

Se pretende exponer y analizar algunas cuestiones sobre el gobierno de las Instituciones Microfinancieras teniendo en cuenta que no tienen una naturaleza jurídica unitaria, lo que dificulta el estudio de su gobierno cuya estructura no es común. No obstante, el gobierno de las Instituciones Microfinancieras presenta problemas particulares comunes que deben subrayarse, como son especialmente la dualidad de su misión y la relevancia del riesgo que asumen mediante fundamentalmente la concesión de microcréditos. Estas particularidades plantean la posibilidad de aplicar a las Instituciones Microfinancieras las reglas de gobierno corporativo de las entidades de crédito, en definitiva del sistema financiero. De este modo, se podrán detallar los aspectos más relevantes que se deben tomar en consideración y que se tienen que tratar adecuadamente con el fin de lograr un adecuado gobierno de las Instituciones Microfinancieras.

* Este trabajo se integra en el proyecto interuniversitario “Régimen jurídico y gobierno eficiente de las instituciones microfinancieras” (RGIM2013/15 –Propio UPCO-CEI ARISTOS CAMPUS MUNDUS 2015). Además, se enmarca en el proyecto de investigación “Las obligaciones de transparencia y lealtad de los administradores en las sociedades de capital y en las entidades no lucrativas: Un enfoque uniformizador” (Ref. DER2012-35506), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, así como en el Equipo de investigación “Poder público y empresa en un contexto multinivel y transnacional” (UD-R2010) reconocido por el Gobierno Vasco para el período 2013-2015 (IT607-13).

· Profesora Ayudante Doctora de Derecho mercantil (Universidad de Deusto).

I. INTRODUCCIÓN

La situación de pobreza y desigualdad existente hizo nacer ya hace tiempo las microfinanzas, y con ello instituciones de distinta naturaleza dedicadas a ello. De esta forma se pretende que la mayor parte posible de la población pueda tener acceso a los servicios financieros y, en particular, al crédito. El desarrollo de las Instituciones Microfinancieras, denominadas también IMFs, que se ocupan de otorgar microcréditos, además de otros servicios financieros como el ahorro o las transferencias de dinero, e incluso microseguros¹, es continuo y creciente. Tanto el acceso al sector financiero como al de los seguros posibilita que las personas puedan tener mayores posibilidades de mejorar su nivel y calidad de vida, y de esta forma también la de la comunidad en la que viven. Por consiguiente, es muy importante que toda la población pueda tener acceso tanto a los servicios financieros, como a los seguros.

El microcrédito es el servicio fundamental que ofrecen las IMFs, y no hay una definición, al menos, unitaria sobre el concepto de microcrédito². Es más, no hay una reglamentación en nuestro país de las Instituciones Microfinancieras, que además son de diversa naturaleza jurídica, puesto que no hay reserva legal para la actividad de concesión de créditos. Pueden concertar contratos de préstamos o de apertura de crédito tanto las entidades de crédito, incluidos los establecimientos financieros de crédito, como cualquier otro tipo de personas jurídicas e incluso personas físicas.

Pues bien, las IMFs tienen como otras entidades u organizaciones problemas de gobierno corporativo que deben abordarse, y cuya importancia es mayor debido al riesgo que implica la concesión de créditos, aunque sean

¹ Banco Mundial CGAP Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres, *Guía para la regulación y para la supervisión de las microfinanzas, Directrices de consenso*, Octubre de 2012, p. 4.

² Así se subraya, por ejemplo, en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2006/48/CE, al microcrédito, COM (2012) 769final, p. 4. Una posible definición se puede encontrar en Banco Mundial CGAP Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres, *Guía para la regulación y para la supervisión de las microfinanzas, op. cit.*, p. 4, que dice así: "... se refiere a la prestación de servicios financieros formales para las personas pobres y de bajos ingresos [...], así como para otras personas sistemáticamente excluidas del sistema financiero".

microcréditos cuyo importe es menor. Por ello, en aras de poder tutelar adecuadamente las legítimas expectativas de las personas implicadas en las IMFs, de aumentar su eficiencia en la concesión de microcréditos, y de conseguir que el mayor número de personas puedan acceder al crédito y al mercado financiero, conviene examinar el gobierno de las IMFs.

Con dicho propósito, en primer lugar, se abordará la naturaleza jurídica de las IMFs que no es unitaria y su consiguiente diversa estructura de gobierno. A continuación, se analizarán los problemas o cuestiones particulares que presenta el gobierno de las IMFs y que no se reproducen en otro tipo de entidades. En tercer lugar, se detallarán los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de procurar un buen gobierno de las IMFs. Finalmente, se expondrán unas conclusiones sobre el gobierno de las IMFs.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS IMF Y SU ESTRUCTURA DE GOBIERNO

Un primer problema al que debe enfrentarse el estudio de las IMFs es su diversa naturaleza jurídica. A pesar de ello, se pueden distinguir tres grandes categorías³:

En primer lugar, estarían las IMFs que adoptan formas de entidades no lucrativas, como asociaciones o fundaciones⁴. Respecto a las asociaciones, su estructura es similar a la de las sociedades mercantiles, normalmente entidades lucrativas, en cuanto a que también cuentan con un órgano asambleario que conforma la voluntad social o colectiva, y un órgano de administración, es decir, de gestión y de representación de la entidad. La diferencia radica en que la asociación no está concebida para realizar actividades económicas, al menos, relevantes. Por su parte, las fundaciones sí

³ Esta clasificación de las IMFs se recoge con matices también en STASCHEN, S., *Regulación y supervisión de las instituciones microfinancieras*, Eschborn, Noviembre 2000, p. 9, ya que diferencia tres categorías en función de la procedencia del dinero que se usa para conceder los microcréditos, las de la categoría A que reciben dinero de terceros, las de la categoría B que reciben dinero de sus miembros para concedérselos, a su vez, a sus propios socios, y las de la categoría C que aprovechan el dinero del público para después con él conceder microcréditos.

⁴ Las ONGs no son una categoría legal y suelen adoptar la forma jurídica de asociaciones o de fundaciones para actuar y desarrollar sus actividades.

presentan una estructura de gobierno particular, especialmente porque al carecer de socios no tienen órgano asambleario, sino únicamente un órgano de gobierno y representación como es el Patronato.

En segundo lugar, las IMFs pueden ser entidades lucrativas, en definitiva sociedades. De hecho, muchas de las entidades de crédito, que son entidades lucrativas con la forma de una sociedad anónima⁵, se dedican también al sector de las microfinanzas bien como una división o rama del negocio dentro de la propia entidad de crédito con forma de entidad lucrativa, bien a través de una entidad no lucrativa especialmente una fundación creada por la propia entidad de crédito, como una de sus fundaciones corporativas. En estos supuestos, aun con las particularidades que puedan darse en función del tipo social elegido, hay dos órganos, uno asambleario conformado por todos los socios, y otro de administración de la sociedad.

En tercer lugar, pueden ser también entidades o sociedades de base mutualista, esto es, sociedades cuyo fin es desarrollar una actividad económica al servicio de los socios, satisfaciendo con ello necesidades que son comunes a todos ellos. En suma, su rasgo común es la ayuda mutua o recíproca que se da entre los socios mediante la constitución de la sociedad y el desarrollo de su objeto social. Se consideran sociedades de base mutualista las cooperativas, las mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca, pero como IMFs solamente se debe tomar en consideración a las sociedades cooperativas sean de crédito, o no y cuenten únicamente con una sección de crédito. Las sociedades cooperativas cuentan, al menos, con dos órganos necesarios la Asamblea general de socios y el órgano de administración, normalmente un Consejo Rector. Aunque también puede haber otros órganos dependiendo de cuál sea el régimen jurídico aplicable, al haber legislación estatal y autonómica

⁵ Cabe recordar que las entidades de crédito sólo pueden revestir además de forma de sociedad anónima, forma de cooperativa de crédito, y de caja de ahorros. Respecto a estas últimas, se ha discutido durante mucho tiempo sobre su naturaleza jurídica y concretamente acerca de su carácter fundacional. No es el objeto de este trabajo centrarse en las cajas de ahorro, que pueden ser una IMF y que sin duda estaría justificada en este caso la concesión de microcréditos dados sus fines. A partir de la aprobación de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, las cajas de ahorro que superen unos determinados umbrales económicos, deberán transformarse en bancos y constituir, a su vez, una fundación bancaria que gestionará la obra social, que puede incluir la concesión de créditos a personas excluidas financiera y/o socialmente, y tendrá una participación relevante en el capital del banco.

cooperativa, como señaladamente la Intervención⁶. Se denomina así generalmente al órgano de supervisión del órgano de administración que actúa bajo las órdenes de la Asamblea general.

Esta diversa naturaleza jurídica repercute lógicamente en la estructura de gobierno de las IMFs que dista de ser común como se ha comprobado. No obstante, se puede tratar de encontrar un nexo de unión entre todas ellas, como es el objetivo social que se logra con las microfinanzas, es decir, el acceso a los servicios financieros de personas excluidas del sistema.

En esta dirección, puede resultar útil señalar la noción legal de entidades de economía social, que define la economía social como “...el conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos” [art. 2 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (en adelante, LES)]. Entre las entidades de economía social se incluye a las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividades económicas, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y cualesquiera otras que se rijan por los principios de la economía social que se enumeran a continuación (art. 5.1. LES). Asimismo, como principios de la economía social se alude a:

- la primacía de la persona y del fin social sobre el capital;
- la independencia de los poderes públicos;
- la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, esto es, con su entorno; y
- la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo y servicio o actividad realizado por

⁶ Dependiendo de la ley aplicable este órgano de supervisión de las sociedades cooperativas tiene otras denominaciones y puede ser obligatorio solamente en algunos supuestos.

los socios o por los miembros y no meramente en función del capital aportado (art. 4 LES)⁷.

Pues bien, las IMFs, con independencia de su naturaleza jurídica, se puede entender que son entidades de economía social, si bien esto deberá matizarse en el caso de las IMFs lucrativas, especialmente si se trata de entidades de crédito. En efecto, si aplicamos los principios de la economía social antes descritos a las IMFs se encuentran las siguientes coincidencias:

- tienen un objetivo social claro, como es el de procurar el acceso a los servicios financieros a personas excluidas de los mismos;
- son entidades privadas⁸;
- el objetivo social que persiguen promueve la solidaridad en la sociedad o entre sus socios en el caso de una cooperativa cuya actividad con terceros ajenos a la misma está restringida legalmente.

Sin embargo, un obstáculo relevante a esta consideración de las IMFs como entidades de economía social se puede hallar en el último principio, el relativo a la aplicación de los resultados obtenidos a un fin social o a los socios en función del trabajo realizado y no meramente en base al capital aportado.

En las IMFs que sean fundaciones o asociaciones al carecer de ánimo de lucro y estar expresamente incluidas en la enumeración del art. 5.1. LES como entidades de economía social no hay dudas en cuanto a su correcta calificación. En las IMFs que sean cooperativas también se pueden calificar de entidades de economía social, como se reconoce en el propio art. 5.1. LES, puesto que los resultados derivados de la actividad económica se tienen que aplicar a los socios en función del trabajo, de su contribución a la actividad cooperativizada y no simplemente en función de la aportación realizada al capital social.

⁷ Vid., sobre la LES, entre otros, PANIAGUA ZURERA, M., *Las empresas de la Economía Social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Madrid: Marcial Pons, 2011, *passim*; PAZ CANALEJO, N., *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de Economía Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, *passim*.

⁸ No se tendrán en cuenta en este trabajo las IMFs que pueden tener carácter público, como podría ser el Instituto de Crédito Oficial (ICO). La importancia del sector público en el mercado del microcrédito se subraya en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2006/48/CE, al microcrédito, COM (2012) 769final, p. 7.

En cambio, en las IMFs lucrativas el principio de la aplicación del resultado en función principalmente del trabajo realizado y no meramente del capital aportado resulta problemático. En general, hay margen legal para que en estas IMFs se puedan prever reglas estatutarias que establezcan una aplicación o distribución del resultado no única ni principalmente en función del capital aportado, sino en base al trabajo y a los servicios prestados a la sociedad por cualquier título. Así puede suceder también, por ejemplo que gran parte de los beneficios se reinviertan en la propia sociedad con el fin de poder seguir concediendo microcréditos y aumentando su número y cuantía. En tal caso se podría entender que se cumple dicho principio mediante una interpretación sistemática que ponga el acento sobre la intención de los socios de no maximizar el valor de su inversión debido a los objetivos sociales de la IMF. Conviene subrayar en este sentido la inclusión explícita de las sociedades laborales en la ejemplificación del art. 5.1. LES como entidades de economía social, a pesar de que en realidad las sociedades laborales, más allá de ciertas particularidades revisten la forma bien de una sociedad anónima bien de una sociedad de responsabilidad limitada.

III. PROBLEMAS PARTICULARES DEL GOBIERNO DE LAS IMF

1. Planteamiento

No se trata de hacer una revisión de los problemas de gobierno corporativo que plantean las entidades de distinta naturaleza jurídica que pueden ser IMFs y que se han señalado en el anterior epígrafe, sino de subrayar los problemas particulares que plantea el gobierno corporativo de las IMFs. En este sentido, antes de proceder a abordar los principales aspectos a tener en cuenta en el gobierno corporativo de una IMF, deben identificarse y analizarse los problemas específicos que plantea una IMF y que no se derivan de la naturaleza jurídica de la forma elegida para su constitución.

Deben subrayarse tres aspectos fundamentales: su misión dual que puede complicar el logro de sus objetivos; la dificultad de determinar los

intereses afectados, incluso en ocasiones quiénes son los propietarios de la IMF; y, por último, el elevado riesgo que puede comportar su principal actividad, la concesión de microcréditos⁹.

2. Misión dual

Las IMFs tienen una misión dual, ya que deben cumplir con objetivos sociales y, a su vez, con objetivos financieros.

Por una parte una IMF debe tener el objetivo social de procurar el acceso a los servicios financieros, en especial al crédito, al mayor número de personas posible que a su vez se encuentren en una situación más precaria, y que en todo caso deben ser personas que no tienen acceso al mercado financiero “ordinario”.

En cualquier caso, debe señalarse que dentro de este objetivo social genérico dependiendo del carácter de la IMF, de su grado de compromiso social, su consecución supondrá posibilitar el acceso al mercado financiero solamente de los excluidos financieramente o también de los excluidos socialmente. En el primer supuesto, se trata de personas excluidas financieramente por disponer de menores garantías que las que se exigen normalmente, pero que no son tan pobres, esto es, no están en una situación de marginación o exclusión social. En tal caso, la misión social de la IMF es desde luego menos intensa, así como menos arriesgada. Esta característica debería incidir en su posible regulación y, sobre todo, en la posible obtención de ayudas públicas ya sean directas o indirectas. Las IMFs también pueden tener la misión o el propósito de ayudar a los excluidos socialmente, que serían personas que realmente carecerían de recursos, y que no tienen simplemente insuficientes recursos para poder acudir a la banca tradicional. Por supuesto esta actividad supone *a priori* un mayor riesgo por las menores garantías existentes e incluso por su inexistencia, y por eso la llevan a cabo básicamente IMFs no lucrativas.

⁹ ROCK, R. /OTERO, M. /SALTZMAN, S., *Principles and Practices of Microfinance Governance*, ACCION International, 1998, pp. 17-30.

Debe tenerse en cuenta que el fomento de las IMFs, junto con una regulación y supervisión adecuadas, podría impedir, al menos, en cierta medida la proliferación de prestamistas, ya sea particulares o no, que aprovechándose de la situación de necesidad de personas que no pueden acceder al mercado bancario “ordinario” y de la ausencia de supervisión pública, presten cantidades inicialmente pequeñas, pero que, debido a los intereses que imponen, éstas puedan aumentar desproporcionadamente dejando en una situación aún más precaria a las personas que acaban siendo incapaces ni siquiera de afrontar el pago de los intereses.

Por otra parte, además de los mencionados objetivos sociales, la IMF debe perseguir también objetivos financieros que no se traducen sin más en la obtención de un lucro y su posterior reparto que dependiendo de la naturaleza jurídica de la IMF ni tan siquiera será posible. En efecto, la IMF debe procurar cumplir ciertos objetivos financieros para poder sostenerse a medio y largo plazo y seguir en especial concediendo microcréditos. Por ello, deberá determinar el nivel de riesgo que quiere asumir, y en este sentido tendrá que examinar los perfiles de las personas a las que conceda un crédito, en su caso pedir garantías, y tomar en consideración el riesgo de que se produzca un incumplimiento o impago¹⁰.

En cualquier caso, estos objetivos deben ser compatibles, puesto que si una IMF únicamente cumple los objetivos financieros, dejando de lado los objetivos sociales, dejará de ser una IMF para realizar sin más la actividad económica de concesión de créditos de un importe mayor o menor. Precisamente en este sentido debe subrayarse la distinción entre microcrédito, que va más allá al poder ser también un medio para poder emprender, y crédito al consumo, siendo la segunda categoría simplemente empleada a fin de poder proteger al consumidor, sin tener en cuenta su nivel económico, social o intelectual, como parte débil, en la contratación con empresarios, que en principio son profesionales que se dedican habitualmente a dicha contratación.

¹⁰ Vid. CAIRÓ I CÉSPEDES, G. / GÓMEZ GONZÁLEZ, L.K., “El enfoque financiero vs. El enfoque social del microcrédito. Un análisis comparativo mundial”, *Revesco*, 2014, pp. 1-24, que concluyen que el modelo financiero basado en el criterio de la sostenibilidad predomina en las regiones de América Latina, el Caribe, Oriente Medio y África del Norte mientras que en África prevalece el modelo social basado en el alcance, en el nivel de pobreza y en Asia Meridional se aprecia un equilibrio entre ambos enfoques.

3. Identificación de los intereses afectados

A la hora de plantear cómo debe ser el gobierno corporativo de una entidad debe tenerse muy en cuenta quienes son no sólo los propietarios, sino también los titulares de intereses afectados, que están en juego y que, en su caso, es legítimo proteger.

La diversa naturaleza jurídica de las IMF complica la identificación de los intereses afectados. En el caso de las asociaciones, de las sociedades lucrativas, y de las sociedades mutualistas como las cooperativas, está claro quiénes son los dueños (*shareholders*), esto es, los socios o asociados. Sin embargo, las fundaciones son patrimonios adscritos a una organización, y la figura del fundador o fundadores no es desde luego asimilable a la del socio o socios.

De todas maneras no se trata solamente de identificar a los propietarios, sino también a los denominados *stakeholders*, esto es, a las personas interesadas legítimamente en la buena marcha de la IMF. Los *stakeholders* de las IMFs pueden ser sus acreedores, incluidos entre ellos a los propios trabajadores de las IMF, así como sus proveedores y clientes. Incluso la propia sociedad civil, en otras palabras, el conjunto de los ciudadanos pueden ser considerados *stakeholders* de las IMFs en la medida en que éstas tienen que cumplir no sólo objetivos financieros, sino también sociales que las diferencian de otro tipo de entidades.

Por tanto, la dualidad de la misión de las IMFs anteriormente expuesta debe conllevar también una ampliación de los *stakeholders*, de las personas que tienen un legítimo interés en su buena y adecuada marcha. En particular, en el caso de las fundaciones este aspecto es si cabe más claro dada la ausencia de socios, por lo que se deberá tener en cuenta a los colaboradores, donantes y beneficiarios de la misma, que sin duda tienen un claro interés en su buena gestión.

Finalmente, conviene reseñar que la dualidad de objetivos de las IMFs, se puede reflejar también en los propios inversores, ya sean socios, ya sean

donantes o colaboradores dependiendo de la naturaleza jurídica de la IMF. Efectivamente puede haber personas que buscan ante todo maximizar el valor de la inversión realizada a través de la percepción de los beneficios y otras que quieran en mayor o menor medida una inversión o colaboración socialmente responsable. Este último supuesto no tiene por qué significar que dicha persona no quiere beneficiarse de su inversión, en otras palabras, que no espere algo a cambio, pero puede no ser su principal objetivo o motivación.

4. Riesgos

Las IMFs pueden prestar distintos tipos de servicios financieros, siendo el principal la concesión de microcréditos. Precisamente este servicio, en función de las garantías que se tengan, resulta desde luego un tipo de negocio con un alto grado de riesgo, dada la mayor incertidumbre existente acerca de si el prestatario cumplirá o no totalmente con las obligaciones derivadas del contrato, siendo la fundamental el pago del principal más los intereses en los plazos previamente estipulados por las partes.

Por estos motivos, la IMF debe controlar los riesgos que asume teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera de la entidad a medio y largo plazo. Hay que tener en cuenta que este control de los riesgos puede entrar en conflicto especialmente con los objetivos sociales de la entidad y más si se trata de una IMF cuyo finalidad principal sea que las personas excluidas socialmente puedan acceder a los servicios financieros.

Asimismo es preciso considerar que el riesgo de impago en estos supuestos es normalmente mayor, y en ciertos casos puede ser notoriamente superior al que contrae un banco o institución de crédito común por un crédito o préstamo equivalente al microcrédito social. Esto es debido a las menores garantías que se pueden obtener de los prestatarios, y también en muchos casos a la total ausencia de garantías¹¹.

¹¹ En general, el perfil de riesgo de las IMF se caracteriza por una muy buena disciplina de pago, pero acompañado con un alto grado de volatilidad. Así en STASCHEN, S., *Regulación y supervisión de las instituciones microfinancieras*, op. cit., p. 11.

IV. PRINCIPALES ASPECTOS A TENER EN CUENTA RESPECTO AL GOBIERNO DE LAS IMF

1. Consideraciones previas

La dualidad de su misión y de sus objetivos, así como el mayor riesgo que asumen por el tipo de actividad económica inciden en el gobierno de las IMFs en gran medida. Por ello, se puede plantear si sería conveniente fijar unos principios comunes a pesar de la diversa naturaleza jurídica de las IMF y de sus estructuras de gobierno. En caso afirmativo, habría dos alternativas fundamentales:

Se podrían adoptar los principios de gobierno corporativo de las entidades lucrativas, en concreto de las sociedades de capital, matizados por los objetivos sociales de las IMF especialmente en el caso de que sea una entidad no lucrativa. Y, por el contrario, en el caso de una IMF no lucrativa, habría que tener en cuenta los principios de gobierno corporativo de las entidades lucrativas, esencialmente en relación con la consecución de los objetivos financieros. En este contexto, podría ser útil la noción de entidades de economía social, que no inciden tanto en la ausencia de ánimo de lucro, sino en el fin social que se persigue, si se llegasen a desarrollar unos principios comunes.

Una segunda opción podría ser acudir a los principios o reglas de gobierno corporativo previstos para las entidades de crédito¹². Esta opción resulta más acertada, puesto que centra la atención en uno de los problemas particulares que tienen las IMFs como es el control del riesgo en aras a lograr su sostenibilidad a medio y largo plazo, y así evitar los riesgos derivados de una visión cortoplacista. Asimismo, las propias reglas de gobierno corporativo

¹² Se defiende una regulación internacional sobre las bases del Derecho del mercado financiero en GARCIA MANDALONIZ, M., "No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas...", *op. cit.*, p. 22. Igualmente, en Banco Mundial CGAP Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres, *Guía para la regulación y para la supervisión de las microfinanzas*, *op. cit.*, pp. 19-49, se hace referencia a cuestiones propias de la regulación de las entidades de crédito, normas prudenciales y supervisión prudencial.

de las entidades de crédito están pensadas para entidades de diversa naturaleza jurídica como son las sociedades anónimas, las cooperativas y las cajas de ahorro, y centran su atención en la actividad económica que éstas desarrollan¹³.

Por estas razones, a la hora de señalar aspectos fundamentales del buen gobierno de las IMF, se tendrá en cuenta, sobre todo los principios de gobierno corporativo de las entidades de crédito, que han sido objeto de revisión y reformulación en los últimos tiempos debido a la crisis financiera padecida¹⁴. En particular, se atenderá al órgano de administración, su composición, responsabilidad y remuneración, así como a los mecanismos de control tanto internos como externos¹⁵.

2. Órgano de gobierno o administración

2.1. Composición

Independientemente de la denominación que reciba el órgano de gobierno o administración de la IMF, debe tratarse de un órgano colegiado

¹³ Después de varias reformas, que han incluido un régimen específico en aspectos como la política retributiva de las entidades de crédito que han recibido algún tipo de apoyo público, se ha aprobado la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, Ley 10/2014). Concretamente sus arts. 32-36 se dedican al gobierno corporativo, y en especial abordan la política retributiva. Igualmente, se ha promulgado la normativa de desarrollo correspondiente, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

¹⁴ Basel Committee on Banking Supervision, *Consultative Document Principles for enhancing Corporate Governance*, March, 2010 y la última versión Basel Committee on Banking Supervision, *Consultative document. Guidelines. Corporate Governance Principles for Banks*. Issued for comments by 9 January 2015, October 2014.

¹⁵ En la versión de 2010 de los principios de gobierno corporativo de las entidades de crédito los puntos fundamentales eran las prácticas del órgano de administración, la figura del consejero delegado, la gestión del riesgo y sus controles internos, la retribución, las estructuras corporativas complejas u opacas, y la transparencia (Basel Committee on Banking Supervision, *Consultative Document Principles.....*, 2010, *op. cit.*, pp. 4-7). En la versión de 2014 bastante más amplia, aumenta el número de principios incluyendo como puntos separados, resaltando así su importancia, la composición del órgano de administración y la idoneidad de sus miembros, la responsabilidad del órgano de administración y de sus miembros, la comunicación e información sobre el riesgo, la identificación y control permanente de los riesgos (no solamente su gestión), el cumplimiento normativo, la auditoría interna, la supervisión interna, y el papel de los órganos supervisores (Basel Committee on Banking Supervision, *Consultative document. Guidelines. Corporate Governance Principles for Banks*, 2014, *op. cit.*, *passim*).

formado por un número adecuado de miembros teniendo en cuenta el volumen de actividad económica de la entidad.

Los miembros del órgano de gobierno deberán reunir cualidades profesionales que justifiquen su designación como tales, o al menos en función de tipo de entidad que un número apreciable de ellos lo sea. Se trata de que, al menos, un número mínimo de sus miembros sean independientes, en el sentido de que sean profesionales, y no representen simplemente a unos determinados socios o interesados en la marcha de la IMF. Cabe señalar que en el ámbito de las entidades de crédito se exige acertadamente que no sólo los miembros del órgano de administración, sino también los directores generales o asimilados y los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad financiera reúnan unos requisitos de idoneidad. Concretamente deben contar con "...honorabilidad comercial y profesional, tener conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad" (art. 24.1. Ley 10/2014).

Asimismo, el órgano de gobierno deberá reunirse y sus miembros tendrán el derecho y el deber de informarse de todo lo que resulte necesario para el desempeño del cargo. En este sentido, deben poder dedicarle suficiente tiempo a su cargo. Deben también activamente conocer y adoptar decisiones en torno a la estrategia de negocio y de riesgo de la IMF, de su organización, de su gobierno y de sus estados financieros.

Además, conviene que haya un consejero delegado o una comisión delegada o ejecutiva que se ocupe con mayor intensidad de la gestión de la IMF bajo las instrucciones y supervisión del propio órgano de gobierno o de administración del que forma parte. Es evidente que para ocupar este cargo se debe seleccionar o tratar de nombrar a una persona que destaque por sus aptitudes para el cargo y por sus conocimientos profesionales, que deben estar relacionados en lo posible con la actividad bancaria en general y si es posible con la que desempeñan en particular las IMF.

2.2. Responsabilidad

Todos los miembros del órgano de gobierno o administración de la IMF deben ser responsables por el funcionamiento de la IMF en su conjunto, sin que puedan alegar en ningún momento su desconocimiento. Deben actuar con un nivel de diligencia elevado correspondiente a un empresario o profesional, aunque se trate de una IMF no lucrativa.

Igualmente, deben desempeñar el cargo como un representante leal, esto es, deben actuar ante todo en el mejor interés de la IMF, y nunca en provecho propio o de terceros distintos de la propia IMF. En este sentido, conviene que haya un protocolo de actuación claro en caso de conflictos de interés. No es nada negativo *per se* que un miembro del órgano de administración incurra en un conflicto entre un interés particular y el interés de la IMF, lo que no debe suceder es que no se comunique dicha situación de conflicto de interés, y que el miembro afectado pueda participar en la adopción de decisiones en las que pueda verse tentado a no actuar en el mejor interés de la IMF.

2.3. Remuneración

La política retributiva es un aspecto importante en el gobierno corporativo de cualquier tipo de entidad. No obstante, esta relevancia es mayor en el ámbito de las entidades de crédito debido al riesgo que asumen y que puede comprometer la sostenibilidad no sólo de la propia entidad, sino también del propio sistema financiero en el caso de que tenga riesgo sistémico. En el caso de las IMF, aunque es difícil que tengan riesgo sistémico, salvo que se trate de entidades de crédito consolidadas que concedan también microcréditos como una parte de su negocio, sí asumen unos riesgos mayores que cualquier otro tipo de empresa. Por esta razón, debería diseñarse y fijarse con mayor cuidado y previsión la política retributiva no solamente de los miembros del órgano de administración, sino también del resto de las personas que asumen significativamente riesgos en la IMF.

Se trata de propiciar a través de la retribución una debida y adecuada alineación de los intereses de los miembros del órgano de administración y de los intereses de la IMF. En este contexto, en las IMF no lucrativas como las fundaciones en las que no es posible fijar una retribución para el cargo de patrono, más allá del resarcimiento de los gastos ocasionados por su desempeño, pero sí para las personas que ejercen cargos de alta dirección en la fundación o para el patrono pero no por su desempeño como tal sino en virtud de otras relaciones jurídicas que se hayan establecido entre él y la entidad, tareas que en ocasiones pueden ser difícilmente distinguibles de las de patrono, deberá procurarse dicha alienación de intereses en estas partidas que puede percibir el patrono aunque no sean propiamente retribuciones por ello.

El hecho de que, al menos, una parte de la retribución sea variable resulta conveniente para incentivar la labor del administrador, pero los criterios que se fijen con tal fin deben ser objetivos a medio y a largo plazo, y no únicamente a corto plazo. Esto último podría llevar a la maximización del valor de la IMF en un determinado momento, pero podría incidir en la sostenibilidad de la entidad. Asimismo, debe evaluarse la consecución de los objetivos que determinan la obtención de la retribución variable que no debería estar garantizada, al menos, íntegramente. Además, y lo más importante es que contenga cláusulas de devolución o de reducción de la remuneración en caso de que se verifique finalmente que no se han cumplido los objetivos o criterios determinados previamente para poder obtener dicha retribución variable.

3. Mecanismos de control

3.1. Mecanismos de control internos

Como el hecho de que el órgano de administración se ocupe de todo lo que tiene que ver con la entidad, puede ser difícil y, sobre todo, poco efectivo, resulta necesario que haya un consejero delegado o miembro del órgano de administración que ejerza funciones ejecutivas, que se encargue más del día a día de la entidad.

Igualmente, es conveniente que haya comisiones ejecutivas o delegadas que se ocupen de determinados aspectos relevantes de la vida de la IMF, fundamentalmente debería haber una comisión de auditoría, una de riesgo y una de retribuciones. Dependiendo de las características de la IMF puede ser aconsejable también la creación de una comisión de nombramientos, así como una comisión ética o de cumplimiento normativo¹⁶. De este modo, se podría lograr una mayor eficacia en el funcionamiento del órgano de administración de la IMF que revise periódicamente sus actuaciones con el fin de poder implementar mejoras continuas y detectar problemas o errores.

3.2. Mecanismos de control externos

Es necesario que la IMF facilite información sobre su estructura de gobierno, sobre su política retributiva, sobre sus políticas de buen gobierno y cumplimiento normativo como pueden ser códigos de buenas conductas, buen gobierno¹⁷, o protocolos de actuación en caso de conflictos de interés, sobre su política de riesgo, sobre sus cuentas anuales y sobre demás información financiera no sensible.

Esta información deberá ser clara, accesible fácilmente para cualquier interesado, y deberá proporcionarse en tiempo adecuado y razonable para poder servir a su finalidad.

Esta transparencia en la gestión de la IMF plasmada en la posibilidad de consultar la información señalada anteriormente supone la posibilidad de que los *stakeholders* o personas interesadas en la buena marcha de la IMF puedan supervisar, verificar el cumplimiento de sus objetivos tanto sociales como financieros.

¹⁶ Son las comisiones ejecutivas o delegadas que se recomiendan en Basel Committee on Banking Supervision, *Consultative document. Guidelines. Corporate Governance Principles for Banks*, 2014, *op. cit.*, pp. 17-19.

¹⁷ Vid., entre otros, los siguientes Códigos o Guías de conducta para IMFs, Council of Microfinance Equity Funds, *Declaración de Consenso, La práctica de la gobernabilidad corporativa en Instituciones microfinancieras*, 2012; Fundación BBVA Microfinanzas, *Código Universal de Gobierno Corporativo para Instituciones Microfinancieras y Guía para la Adopción de Principios de Buen Gobierno en Instituciones Microfinancieras*, Marzo 2011.

Además, este mecanismo de información es esencial en las IMF debido a que las que no son, a su vez, entidades de crédito no están sujetas a la supervisión del Banco de España. Por consiguiente, no se cuenta con un órgano de supervisión especializado en el tipo de actividad económica que realizan. Así sucede con las IMF no lucrativas, asociaciones y fundaciones, que aunque cuenten con organismos públicos de supervisión, éstos desde luego no están especializados en el sector financiero, aparte de que se pueda cuestionar su propia eficacia como órganos de supervisión, especialmente así ocurre con el Protectorado en las fundaciones.

Por todo ello, y especialmente en las fundaciones que carecen de socios, ante la ausencia de un órgano supervisor público, es vital el control de los *stakeholders*. En este contexto, se puede plantear la conveniencia de que hubiese un organismo público supervisor que garantizase que las IMF cumplen, sobre todo, con la dualidad de su misión. De este modo, se evitaría que se emplee la noción de microcrédito engañosamente. En otras palabras, se trata de impedir que ante la falta de reserva legal de la actividad de concesión de créditos haya entidades que empleen la noción de microcrédito concediendo créditos en condiciones más duras de las que lo otorgaría el sector bancario “ordinario” por las garantías que se pidan, por el tipo de interés exigido y/o por las consecuencias derivadas del incumplimiento de alguno de los plazos debidos.

V. CONCLUSIONES

Las IMF pueden adoptar diversas formas jurídicas, se pueden encontrar principalmente IMF no lucrativas (asociaciones y fundaciones), IMF lucrativas e IMF cooperativas o mutualistas. A pesar de que su estructura legal de gobierno no es uniforme, tienen problemas comunes y específicos como son la dualidad de su misión, la dificultad para identificar a sus *stakeholders* o personas legítimamente interesadas en la buena marcha de la IMF, y la

relevancia del riesgo que asumen, sobre todo, mediante la concesión de microcréditos.

En particular, la misión dual de las IMFs consiste en que tienen que cumplir no sólo objetivos financieros, sino también objetivos sociales que implican el acceso a los servicios financieros de personas excluidas financiera y/o socialmente. Precisamente la consecución de estos objetivos sociales, puede permitir considerar a las IMFs como entidades de economía social, incluso a las IMFs lucrativas. No obstante, esta calificación no resulta de gran utilidad debido a la ausencia de principios comunes y asentados sobre las entidades de economía social dada la escasa regulación legal al respecto.

En cambio, sí es relevante valorar si a las IMFs se les debería aplicar, aun teniendo en cuenta sus particularidades, las reglas o principios de gobierno corporativo de las sociedades de capital o las más específicas de las entidades de crédito. Si se toma en consideración la actividad económica que realizan las IMFs, parece que lo más acertado sea aplicar los principios de gobierno corporativo de las entidades de crédito, que también se extienden a las cooperativas de crédito y a las cajas de ahorro.

En esta dirección, debe incidirse, fundamentalmente en el funcionamiento del órgano de administración. Éste debe estar compuesto por personas idóneas por su trayectoria, conocimiento y experiencia. Los miembros del órgano de administración deben actuar con diligencia y ante todo en el mejor interés de la IMF, y asumir la responsabilidad por todo lo que suceda en la IMF. Asimismo, debe fijarse una retribución que responda a los intereses de la IMF, y que sea un incentivo para el desempeño diligente y leal de sus funciones por parte del administrador, sin que suponga un aliciente para una gestión cortoplacista de la misma contraria a su sostenibilidad.

Se deben reforzar también los mecanismos de control internos, sobre todo en relación con la evaluación, control y gestión del riesgo. En cuanto a los mecanismos de control externos, tiene que subrayarse la importancia de la transparencia, que conlleva la publicación de información relevante que permita el control de la gestión de la entidad por parte de las personas legítimamente interesadas en su buena marcha. Igualmente, la supervisión de las IMFs por

parte del órgano supervisor de las entidades de crédito o la creación de un órgano supervisor especializado podría mejorar el buen gobierno de las IMFs y aumentar la confianza en ellas consiguiendo así una mayor financiación para sus objetivos sociales. No obstante, la supervisión externa debe combinarse con una adecuada regulación legal o, al menos, una autorregulación.

Se trata, en suma, de conseguir la alineación de todos los intereses implicados en una misma dirección común. De esta forma se podrá conseguir en mayor medida que las IMFs sirvan realmente para reducir la pobreza y la desigualdad, lo que no está reñido con la obtención de un lucro que permita seguir manteniendo dicha actividad.

CONCEPTO DE MICROCRÉDITO SOCIAL: JUSTIFICACIÓN, CARACTERÍSTICAS, Y BASE PARA UN NUEVO SECTOR DE LAS MICROFINANZAS EN ESPAÑA

Jaime DURÁN NAVARRO¹

RESUMEN

Este escrito resume los caracteres, fundamentación y noción del microcrédito social o de finanzas sociales, con el propósito de diferenciarlo de otras figuras similares, en particular del microcrédito o crédito de pequeño tamaño concedido por las instituciones del mercado de crédito o entidades de crédito. A su vez, este propósito está conectado a otro más general, que es la creación de un sector microfinanciero social específicamente regulado en España, que es uno de los propósitos justificativos de la acción de la Asociación Española de Microfinanzas, miembro español único de la European Microfinance Network

I. EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL MICROCRÉDITO

La definición de Microcrédito que es reconocida internacionalmente es la adoptada en la Primera Conferencia Internacional de Microfinanzas celebrada en Washington DC, en febrero de 1997².

“los microcréditos son programas de concesión de pequeños créditos a los más necesitados de entre los pobres para que éstos puedan poner

¹ Presidente de la Asociación Española de Microfinanzas e investigador del Proyecto Interfacultativo UNIJÉS “Instituciones microfinancieras: régimen y gobierno eficiente” (dir. IBÁÑEZ JIMÉNEZ).

² Definición adoptada en la Primera Conferencia Internacional sobre los Microcréditos. Febrero 1997, Washington, Estados Unidos.

en marcha pequeños negocios que generen ingresos con los que mejorar su nivel de vida y el de sus familias.”

Sin embargo, esta definición adolece de las características principales del microcrédito que lo han hecho una herramienta importante en la lucha contra la pobreza y que popularizó Muhammad Yunus, premio nobel de la paz y fundador del Banco Grameen³. Estas son:

1. Ausencia de aval.
2. Ausencia de garantía.
3. Devoluciones frecuentes y en pequeños importes.
4. Sucesión de créditos.
5. Formación y acompañamiento.

La Comisión Europea minimiza aún más el concepto de microcrédito y los define como “préstamos por valor inferior a 25.000€ para o bien apoyar el desarrollo del autoempleo y microempresas, o bien cubrir necesidades personales o de consumo del prestatario”⁴. Esto ha llevado a que en algún documento incluso se llegue a equiparar a micro-préstamos.

Otro aspecto importante para la definición del microcrédito propiamente dicho, es la propia ausencia de tal definición (microcrédito social o de finanzas sociales o inclusivas) en muchas legislaciones microfinancieras, tanto en países desarrollados como en desarrollo.

³ Entrevista en la revista Forbes de Megha BAHREE a Muhammad YUNUS el 10.01.2010. <http://www.forbes.com/global/2010/1011/companies-akula-yunus-iskenderian-clinton-global-big-split.html>

⁴ Red Europea de Microfinanzas; v. <http://www.european-microfinance.org/index.php?rub=microfinance-in-europe&pg=introduction>, acceso enero 2015.

Lo que suelen hacer los reguladores es clasificar los créditos concedidos por sus características, y establecer montos y tipos de interés máximos, entre otras condiciones del contrato; pero no definen por lo general el microcrédito.

En aquellas legislaciones que definen el microcrédito, es común hacerlo por sus características pero no por su finalidad⁵. Como reconoce el CGAP (Grupo Consultivo de Ayuda a los Pobres del Banco Mundial) en su “Guía para la regulación y la supervisión de las microfinanzas” de octubre de 2012⁶:

“Las definiciones reglamentarias de “microfinanzas” y “microcrédito” deberían encuadrarse estrechamente para ajustarse a objetivos reglamentarios específicos y no deberían derivarse sencillamente de obras generales en materia de microfinanzas.”

No hay ninguna definición reglamentaria estándar de “microcrédito” que parezca adecuada para su uso a nivel mundial. Sin embargo, a este respecto hay algunas consideraciones prácticas derivadas de la experiencia en países que han elaborado sus propias definiciones para diversos objetivos reglamentarios:

1. Uso de los fondos.

Determinar la principal finalidad de los préstamos en particular puede ayudar a las IMF y a sus clientes a gestionar los riesgos (sobre todo alejándolo de los micropréstamos al consumo). Sin embargo, la definición reglamentaria no debería exigir que el préstamo se use exclusivamente para financiar a una microempresa ya que muchos estudios revelan que una parte del dinero se utiliza también para cubrir necesidades urgentes de la familia (educación, salud, nutrición, etc.).

⁵ Argentina Ley 26.117 para la Promoción del Microcrédito para el Desarrollo de la Economía Social. ARTICULO 2º A los efectos de esta ley se entenderá por Microcrédito: Aquellos préstamos destinados a financiar la actividad de emprendimientos individuales o asociativos de la Economía Social, cuyo monto no exceda una suma equivalente a los DOCE (12) salarios mínimo, vital y móvil.

⁶ CGAP (2012): “Guía para la regulación y la supervisión de las microfinanzas”. Banco Mundial. Washington.

2. Monto máximo.

Las autoridades reguladoras que fijan un monto máximo de micropréstamo pueden crear problemas para el sector, pero por otra parte, un elevado monto máximo diluye la focalización en las personas de bajos ingresos. Una solución a esta disyuntiva sería fijar el límite del tamaño medio de los préstamos⁷ que mantiene la focalización general en las personas de bajos ingresos, pero al mismo tiempo permitir aumentar el tamaño de cada préstamo una vez reembolsado el anterior.

3. Determinación del cliente.

Determinar el tipo de cliente específico en la reglamentación es necesario, aunque introduciendo cierto grado de flexibilidad. Por ejemplo, combinar al excluido financiero con la exclusión social permite un abanico considerable de clientes objetivos para las microfinanzas sin alejarse de los más necesitados. Pero el considerar a las microempresas como destinatarias de las microfinanzas, por un lado las deshumaniza (ya no es una persona física la destinataria), y por otro lado puede inducir a pensar que la viabilidad de la empresa es el fin de las microfinanzas, y no la mejora de las condiciones de vida del microempresario/a y su familia.

4. Requisitos relativos a la garantía.

Uno de los elementos definitorios de los microcréditos desde su origen fue la ausencia de garantías, y esto junto a la metodología era lo que propiciaba el acceso a los más pobres. Para diferenciar los

⁷ Obsérvese que hay dos varas de medición distintas en este caso, a saber: con el tiempo, el saldo medio de préstamos pendientes de reembolso de una cartera de microcréditos, por lo general, es de un poco más de la mitad del monto medio inicial desembolsado de los préstamos de la cartera. Por lo tanto, si se impone un monto máximo de 200 para el saldo medio pendiente de reembolso (la cartera de préstamos dividida por el número de préstamos activos) y un límite máximo de 2000 para el monto inicial desembolsado para cualquier préstamo individual, esto significaría que el máximo para cualquier préstamo individual sería de aproximadamente cinco veces el promedio permitido de préstamos

en toda la cartera. Véase Rosenberg (1999).

microcréditos de los bancos minoristas convencionales es importante que en la definición se haga mención a la ausencia de garantía.

5. Definición de “microcrédito” en la ley o en las reglamentaciones. Aunque la definición de microcrédito suele ser general en la ley y más específica en las reglamentaciones, esta debe contener los elementos definitorios y que la diferencian de los micropréstamos de la banca comercial.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE MICROCRÉDITO SOCIAL

En el marco europeo comunitario, las microfinanzas, y especialmente el microcrédito, están dominadas por instituciones financieras. Estas no solo otorgan más del 70% de los microcréditos en Europa, este porcentaje es mayor en España, sino que copan la mayor parte de las ayudas de los instrumentos de apoyo al microcrédito de la Comisión Europea⁸.

Por otro lado, la Comisión Europea está desarrollando nuevos instrumentos de apoyo a la promoción de Empresas Sociales. Y las Instituciones Microfinancieras que son un claro ejemplo de Empresa Social, no existen en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado tenemos, entidades financieras (que otorgan créditos) y por otro ONGs (que dan formación y seguimiento). Carecemos de Instituciones Microfinancieras, quizás porque no entendemos que pueden aportarnos respecto a las entidades financieras. Para ello, es importante incorporar la figura del microcrédito social con las características iniciales que le hicieron un instrumento innovador:

1. Sin aval.
2. Sin cualquier otro tipo de garantías personales ni reales.

⁸ <http://ec.europa.eu/social/main.providers>. Listado por países de las entidades receptoras de fondos por parte de la Comisión Europea.

3. Sucesión o encadenamiento de créditos.
4. Devolución adecuada a la capacidad del beneficiario/a.
5. Formación de los beneficiarios y acompañamiento durante la vida del préstamo.
6. Objetivo exclusivo de mejorar las condiciones de vida del receptor y su familia.

Esta restricción ayudaría sin duda a que los sistemas financieros dispusieran de dos sectores claramente diferenciados dentro de las microfinanzas: uno financiero (con ánimo de lucro) y otro social (sin ánimo de lucro). El primero, desarrollado y conducido por entidades financieras; y el otro, por instituciones microfinancieras (entidades sociales) especializadas en finanzas sociales.

Un primer ejemplo de esto es el sector microfinanciero de Hungría⁹, y un segundo ejemplo más cercano sería Francia. En el sector microfinanciero húngaro está claramente diferenciado un sector comercial y un sector social de las microfinanzas tanto a nivel regulatorio como a nivel de instrumentos de financiación y apoyo gubernamental. El sector microfinanciero francés es claramente social con un fuerte apoyo del gobierno, en este caso no es un sector sostenible ya que está fuertemente subvencionado.

En Francia, la distribución de créditos es el objeto de una reglamentación estricta establecida en el Código Monetario y Financiero. Según el artículo L. 511-5 de ese código, «está prohibido a toda persona distinta de una institución de crédito el efectuar operaciones bancarias habituales...está prohibido a cualquier empresa distinta de una institución de crédito recibir fondos del público »

Desde 2001, con el fin de apoyar la creación de empresas y luchar contra la exclusión también y bajo la presión de las asociaciones, se promulgan una serie de derogaciones a esta ley.

⁹ DURAN, J., SZEKFU, T., (2013), “La importancia de una legislación microfinanciera para el desarrollo del sector”, paginas 49-74. Cuaderno Monográfico nº 20 del Foro de Microfinanzas.

Al artículo L. 511-5 se le une el artículo L.511-6 del código monetario y financiero que estipula que « las prohibiciones relativas a las operaciones de crédito no se aplican a:

- Organizaciones sin ánimo de lucro que en el marco de su misión y por motivos de orden social, otorgan en base a sus propios recursos préstamos en condiciones preferenciales a determinados beneficiarios;
- Asociaciones sin ánimo de lucro y a las fundaciones reconocidas de utilidad pública que otorguen en base a sus propios recursos y sobre préstamos obtenidos de instituciones de crédito, o de instituciones o servicios mencionados en el artículo L. 518-1, préstamos para la creación y el desarrollo de empresas con un número de empleados limitado por decreto o para la realización de proyectos de inserción a personas físicas. Estas organizaciones están habilitadas y controladas por condiciones definidas en decreto en Consejo de Estado;
- Las personas morales para los préstamos participativos que ellas consientan en virtud de los artículos L.313-13 al L.313-17 y a las personas morales mencionadas en el artículo L.313-21-11 para la disponibilidad de garantías previstas en dicho artículo»

La ley nº 2001-420 de 15 mayo 2001 sobre las nuevas regulaciones económicas (NRE) abrió la posibilidad a las organizaciones sin ánimo de lucro no solamente de financiarse a través de instituciones de crédito o similares, pero también de otorgar créditos a desempleados o receptores de prestaciones sociales. Esto llevo al desarrollo del sector, introduciendo dos tipos de microcréditos que examinamos a continuación:

- a) El llamado “microcrédito profesional”;
- b) El “microcrédito personal”, contrapuesto al anterior.

1. El llamado Microcrédito profesional francés

Tiene por objeto financiar la creación, el relanzamiento o la consolidación de una pequeña empresa, conforme a los límites establecidos por la ley. El consenso europeo fija el límite de esta financiación individual recibida por un empresario o empresa en 25.000€. En Francia, los préstamos acordados son de un montante medio de 5.000€ y una duración de 2 a 3 años.

2. El Microcredito personal (social) en Francia

Se denomina así a los préstamos destinados a financiar y al acompañamiento de proyectos de vida en familias excluidas. EL Fondo de Cohesión Social gracias a acuerdos firmados con diversos bancos, se ocupa de garantizar los microcréditos sociales. Se forman alianzas con entidades especializadas en el acompañamiento de los beneficiarios de los microcréditos personales.

Basándose en esas experiencias del país vecino, la Asociación Española de Microfinanzas acuñó la definición de Microcrédito Social que se expone a continuación.

III. DEFINICIÓN DE MICROCRÉDITO SOCIAL EN ESPAÑA

La definición de Microcrédito Social ha sido acuñada para los microcréditos sociales concedidos en España por la Asociación Española de Microfinanzas, y la fórmula elegida por la Asociación (2013) ha sido esta:

“Se entiende por microcrédito social aquellos de hasta 25.000 euros, concedidos sin avales ni garantías reales, para personas físicas excluidas de los cauces tradicionales de financiación en España, cuya finalidad sea poner en marcha o reforzar actividades profesionales o de emprendimiento, y/o mejorar las condiciones de calidad de vida”.

Debe tenerse en cuenta, complementariamente, que la Asociación también acopla a este concepto de microcrédito el de IMF o instituciones microfinancieras, además definidas con relación al concepto de microcrédito social, y así:

“Se entiende por Instituciones Microfinancieras aquellas Fundaciones y Asociaciones reconocidas de utilidad pública que cuenten con la oferta de microcréditos entre sus actividades ordinarias.

Debe tenerse presente que, en la concepción de la Asociación Española, las Instituciones Microfinancieras que otorguen microcréditos deberán ofrecer, bien directamente o asociadas a otras entidades, labores de acompañamiento y formación de los beneficiarios. Por consiguiente, estas instituciones (IMF) deben perseguir un único objetivo esencial como entidades que otorguen microcréditos, y ese objetivo debe ser siempre la promoción del emprendimiento y la generación de empleo, y/o la inclusión social y financiera, y/o la lucha contra la pobreza.

De este modo, no cualquier crédito bancario o privado, por pequeño que sea su importe, es social en el sentido de inclusión o sostenibilidad que la Asociación promueve; solo puede serlo cumpliendo su finalidad inclusiva o de finanza social para el desarrollo sostenible del sistema y personal del prestamista o sus beneficiarios asociados.

IV. CONCLUSIÓN

Es para el sector muy importante que las microfinanzas, o en este caso específico los microcréditos, retomen su esencia original y definan el sector de las microfinanzas por su finalidad en la lucha contra la pobreza y la exclusión. El éxito en este combate evidentemente pasa por ayudar a las personas a desarrollar una actividad productiva que les permita aumentar sus ingresos y mejorar el nivel de vida de su familia. En el microcrédito social, este es el

objetivo y no la devolución del crédito. El foco de la acción esta puesto en la persona y no en el crédito, como ocurre en el sector financiero.

La formación, el seguimiento, el apoyo son elementos básicos del microcrédito social, pero también el diseñar el crédito en beneficio de las personas y no de la institución. El beneficio del microcrédito social es ayudar a las personas no el maximizar beneficios o tener una buena cartera de clientes.

Bajo estos parámetros, es fácil diferenciar el sector microfinanciero del sector financiero. Y en base a ello, llegamos a la conclusión de que no podemos regular de igual manera a los dos sectores.

El sector microfinanciero no puede estar sujeto a una regulación prudencial ya que no podría responder a sus requerimientos. Y además al ser un sector sin ánimo de lucro y con una finalidad social debería regularse bajo parámetros distintos que el sector financiero.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA (2008): Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion”. Directorate General for Employment. Brussels.

CONSULTATIVE GROUP TO ASSIST THE POOR (CGAP) (2009): “About Microfinance”. www.cgap.org

- (2003): “Regulation and Supervision of Microfinance”, Donor Brief N° 12, CGAP. Whashington, D.C.

DURÁN, J., MÁRQUEZ, J., LACALLE, M., RICO, S. (2007): *El Banco Grameen*. Cuaderno Monográfico N° 8. Foro de Microfinanzas. ISBN: 84-88934-29-7

DURÁN, J. (Coord.) (2013): *La importancia de una legislación microfinanciera para el desarrollo del sector en España*. Cuaderno Monográfico N° 20. Foro de Microfinanzas

DURÁN, J., MÁRQUEZ, J., LACALLE, M., RICO, S. (2010): *Glosario Básico sobre Microfinanzas*, Cuaderno Monográfico N° 12. Foro de Microfinanzas. ISBN: 978-84-693-2691-6

YUNUS, M. (1998): *Banker to the Poor*. The University Press Limited

YUNUS. M. (1998): "What is microcredit", Grameen Bank, www.grameen-info.org

NATURALEZA JURÍDICA DEL MICROCRÉDITO Y CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS¹

Marta GARCÍA MANDALÓNIZ

RESUMEN

Quienes encuentran cerrado el acceso a los servicios financieros formales se sirven del microcrédito para atender sus necesidades personales y familiares más básicas. Frente a esta concepción amplia del microcrédito, una visión restringida queda circunscrita a los microcréditos para el apoyo y la promoción de la actividad empresarial. Siendo la concesión para la producción y no para el consumo, el microcrédito tiene siempre carácter mercantil. Las reflexiones en torno a la naturaleza mercantil del microcrédito para la microempresa sirven como antecedente para emprender un camino convergente: la necesidad de que en nuestro país la actividad de concesión del microcrédito mercantil se amplíe más allá de las entidades bancarias y, al tiempo, la búsqueda de la caracterización societaria de las instituciones microfinancieras (IMFs) no bancarias y no lucrativas. Fundaciones, asociaciones de utilidad pública e, incluso, cooperativas pueden ser “ropajes” jurídicos bajo los que actúen las IMFs no bancarias y sin ánimo de lucro. La pregunta inmediata a plantear es si también una IMF no lucrativa, en su consideración de empresa social, pudiera adoptar la forma jurídica de sociedad mercantil de capital. Con independencia

¹ Este estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación interuniversitario UNIJÉS del CEI ARISTOS CAMPUS MUNDUS 2015: “Régimen jurídico eficiente de las IMFs” (RGIM2013/15 –Propio UPCO), del que la autora es miembro, bajo la dirección del profesor propio de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia Comillas Javier Wenceslao IBÁÑEZ JIMÉNEZ. El análisis jurídico que se plasma en estas páginas procede con fidelidad y con el añadido de las correspondientes notas a pie de la ponencia que, con el título: “Caracterización societaria de las IMFs y naturaleza del microcrédito en España y el Derecho comparado”, la autora impartió en el Seminario de la Cátedra Garrigues de modernización del Derecho de sociedades, “Derecho de sociedades y estatuto jurídico de las Instituciones Microfinancieras”, celebrado en la Universidad de Deusto, el 23 de enero de 2015, bajo el auspicio de las siguientes entidades organizadoras: Grupo de investigación “Derecho, mercado y sociedad global sostenible” de la Universidad Pontificia Comillas, Asociación Española de Microfinanzas y Cátedra Garrigues de modernización del Derecho de sociedades.

de su caracterización societaria, para el conjunto de las IMFs propiamente dichas se insta la aprobación de un marco jurídico específico que aconsejaría estar situado al margen de la normativa de ordenación y supervisión de las entidades de crédito. La legislación bancaria contempla reglas que entrañan excesiva rigidez para unas IMF no bancarias y no lucrativas cuyo cometido principal es atender y cumplir una función social.

SUMARIO

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MICROCRÉDITO. 1. Los enfoques, amplio y restringido, del microcrédito. 2. El microcrédito mercantil *versus* el microcrédito civil. II. LA CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS IMFs. 1. El “abanico” de formatos jurídicos de las IMFs. 2. La “bancarización” de las IMFs. III. LA NECESARIA AMPLIACIÓN DE LA CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS IMFs. 1. La búsqueda de la caracterización societaria de las IMFs no bancarias y no lucrativas. 1.1. Las fundaciones para las IMFs no lucrativas. 1.2. Las asociaciones de utilidad pública para las IMFs no lucrativas. 1.3. Las cooperativas para las IMFs no lucrativas. 1.4. ¿Las sociedades mercantiles de capitales para las IMFs no lucrativas? 1.4.1. ¿Las IMFs no lucrativas como empresas sociales? 1.4.2. ¿Las sociedades mercantiles de capitales no lucrativas? IV. EL RETO DE UNA REGULACIÓN *AD HOC* PARA LAS IMFs NO BANCARIAS Y NO LUCRATIVAS

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MICROCRÉDITO

Con unas palabras prestadas quisiéramos comenzar la presente investigación. Tomamos en préstamo las que, en 2007, escribiera el profesor ILLESCAS ORTIZ: “El microcrédito constituye la faceta más humana, más ciudadana, de los esfuerzos para el desarrollo. [...] El micro solo tiene como destinatario y protagonista a la persona. Nada más que por ello, merece ser potenciado al

máximo”². Los destinatarios son, en concreto, las personas que se encuentran fuera de los cauces habituales del sistema financiero y que solicitan y emplean el microcrédito para atender sus necesidades personales y familiares más básicas³.

1. Los enfoques, amplio y restringido, del microcrédito

El que acaba de mostrarse es el enfoque amplio del microcrédito. *Lato sensu*, se englobarían en él tanto los microcréditos familiares y personales como los microcréditos empresariales. En la Comisión europea, “*micro-credit is defined by its target: micro-entrepreneurs, the self-employed, and socially excluded people lacking access to traditional sources of capital*”⁴. Los microcréditos familiares y personales son para las personas o unidades familiares de bajos ingresos que buscan financiar situaciones urgentes o imprevistas ante *shocks* sistemáticos que afectan a su entorno, como los desastres naturales, o idiosincráticos que les afectan directamente, frecuentemente relacionados con la salud, la discapacidad, la vivienda, el transporte, la educación o el reagrupamiento familiar. Empresariales son los microcréditos para el apoyo y la promoción del emprendimiento y el autoempleo. En esta última dirección, la primera Conferencia internacional de microfinanzas, que tuvo lugar en el mes de febrero de 1997 en Washington DC, adoptó la siguiente definición: “los microcréditos son programas de concesión de pequeños créditos a los más necesitados de entre los pobres para que éstos puedan poner en marcha pequeños negocios que generen ingresos con los que mejorar su nivel de vida y el de sus familias”.

² Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., “Una oportunidad para lo micro”, *DN*, año 19, núm. 199, abril 2007, p. 2. Es la segunda vez que estas palabras las tomamos en préstamo. La primera vez fue para la siguiente publicación: GARCÍA MANDALONIZ, M., “No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas: la necesidad de una regulación internacional”, *RDBB*, año 31, núm. 127, julio-septiembre 2012, pp. 103-159 (también publicado en: *Derecho & Sociedad*, núm. 41, 2014), que ahora sirve como base que sustenta el presente trabajo de investigación.

³ Vid. GUTIÉRREZ NIETO, B., “Microcrédito y desarrollo local”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 18, noviembre 2003, pp. 123-124.

⁴ Esta definición se encuentra en el Anexo 1 (p. 14) de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones: “Iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo del crecimiento y del empleo” (COM (2007) 708 final/2, 20 diciembre 2007, *corrigendum*; COM (2007), 0708 final, 13 noviembre 2007).

El enfoque restringido y ampliamente reconocido en el ámbito internacional quedaría ceñido *stricto sensu* a los proyectos empresariales y negocios de calibre micro. Desde esta última óptica (mercantil), los microcréditos son para los microempresarios o, en términos más acertados, para las microempresas⁵. Circunscritos los microcréditos para las microempresas siguen acaparando un vasto campo en función de la geografía y la finalidad (pobreza, desarrollo, inclusión, emprendimiento o autoempleo)⁶ a la que se destinan. La microempresa y el microcrédito para el fomento del emprendimiento y el autoempleo en las Economías desarrolladas solo se unirían en una relación de círculos concéntricos dentro del menor de esos círculos. En uno más amplio se cobijarían, para las (muy) microempresas, los microcréditos que favorecen la inclusión y el desarrollo. En el mayor de esos círculos estarían los microcréditos para aquellas (menores) microempresas puestas en marcha por personas fustigadas por la pobreza extrema y el hambre en las Economías en desarrollo.

2. El microcrédito mercantil *versus* el microcrédito civil

A efectos de delimitar desde estos estadios iniciales la locución “microcrédito”, la anteposición del adjetivo “micro” a la voz “crédito” en ningún caso puede hacernos perder de vista que nos hallamos ante un crédito. En realidad, más que ante un crédito (que también pudiera ser) estamos ante un préstamo. Es clásica la distinción jurídica (que no económica) entre préstamo y

⁵ Aun cuando coloquial e, incluso, académica y legislativamente se hable de “microempresario” resulta más adecuado –y nos atreveríamos a decir que menos despectivo– emplear el vocablo de “microempresa”. No son los empresarios (personas físicas o jurídicas) los que han de calificarse como “micro” –o, en su caso, “pequeños”, “medianos” o “grandes”– sino sus empresas. Ésta es la terminología que la Comisión europea ha seguido desde que aprobara en 1996 una primera Recomendación sobre la definición de las pequeñas y medianas empresas (Recomendación de la Comisión europea 96/280/CE, de 3 de abril: DO L 107, 30 abril 1996, pp. 4-9 [96/L 107/04]), luego sustituida por la vigente –a partir del 1 de enero de 2005– Recomendación 2003/361/CE de la Comisión europea, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124, 20 mayo 2003, pp. 36-41. Notificada con el número C (2003) 1422). A la hora, no obstante, de definir el microcrédito (en el Anexo 1 de la nombrada Comunicación sobre la “Iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo del crecimiento y del empleo”) la Comisión prefirió utilizar el término “*micro-entrepreneurs*”.

⁶ En la clasificación que realizó ABBAD, M., en la Mini-plenaria de la pista española de la Cumbre Mundial del Microcrédito, celebrada en Valladolid el 16 de noviembre de 2011, bajo el título: “Microfinanzas para la inclusión social y financiera: modelos para asegurar que nadie sea excluido del acceso a oportunidades”.

crédito. Conocido es que mientras el primero, *grosso modo*, implica la entrega de una cantidad de dinero a restituir en el plazo establecido, el segundo lleva consigo el compromiso de puesta a disposición de fondos hasta un límite y en un plazo prefijado (*revolving credit*). Huelga recordar que en el terreno bancario ambos contratos forman parte de las denominadas “operaciones activas”, al asignar los recursos que reciben las entidades crediticias a la inversión. Las operaciones de activo son operaciones de concesión de crédito. Es esta visión de la operativa de concesión de crédito la contemplada con la habitual expresión de “microcrédito”. Su desdoble en contratos de préstamo o en contratos de apertura de crédito⁷ no desdice la anterior aseveración.

Cuando la concesión es para la producción y no para el consumo, el microcrédito posee carácter mercantil. Lo posee con independencia de que quien lo otorgue sea o no una de las entidades crediticias. En efecto, incluso en la hipótesis de que la parte otorgante fuera una institución microfinanciera (o IMF) propiamente dicha, sin encaje entre las entidades de crédito y aun sin ánimo lucrativo, el microcrédito sería mercantil si el prestatario fuese un empresario que destinase el efectivo a actos empresariales. Sería así a tenor de lo que predica el artículo 311 del Código de comercio cuando alude al doble elemento, subjetivo y objetivo, descrito (bien que referido, en terminología decimonónica, al “comerciante” y a los “actos de comercio”)⁸ a la hora de

⁷ Aunque el Código de Comercio se refiere a la figura de la “apertura de crédito” en el art. 175.7, se trata hasta la fecha de un contrato atípico en el Derecho español, cuya atipicidad legal acabaría con la entrada en vigor del Código mercantil propuesto (Capítulo IV, Título VII, Libro V: “De los contratos mercantiles en particular”).

⁸ Como bien comentara, ILLESCAS ORTIZ, R., “El empresario mercantil individual: reglas generales”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), *Derecho Mercantil I*, 14ª ed., vol. 1, Madrid: Marcial Pons, octubre 2010, pp. 113-114: “el comerciante del texto codificado es sinónimo del empresario de la legislación especial contemporánea”, por lo que existe una “sinonimia definitiva de los términos legales de “comerciante” y “empresario”. También utilizaron de forma intercambiable los conceptos de “comerciante-empresario” y de “comercio-empresa”: GONDRA ROMERO, J. M^a., “La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)”, *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 514-515; GONDRA ROMERO, J. M^a., *Derecho Mercantil. Introducción (Concepto. Sistema. Fuentes)*, T. I, Vol. 1^o, Madrid, 1992, pp. 126 y ss.; o GIRÓN TENA, J., “Concepto del Derecho mercantil en el Derecho español”, *ADC*, núm. 2, 1954, p. 1006, indicando éste último que el empresario es el heredero del viejo comerciante. Aun así, hay quienes abogan por la yuxtaposición y diferenciación. Así, EIZAGUIRRE, J. M^a. DE, *Introducción al Derecho Mercantil*, Bilbao: Librería Carmelo, 1995, pp. 116, 132 y ss. y, en especial, p. 136, al manifestar que “todo comerciante es empresario, pero no todo empresario es comerciante”. Desde esa misma perspectiva de diferenciación entre comerciante y empresario, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 169-172; VICENT CHULIÁ, F., “Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década”, en *Homenaje a*

delimitar el contrato de préstamo mercantil respecto del de préstamo civil⁹. La mercantilidad se desprende inmediatamente de esta doble conexión, subjetiva y objetiva, con la actividad empresarial (o el “comercio”), sin importar a estos efectos el ánimo de lucro o, en su defecto, la ausencia de lucro de la IMF prestamista. Lo que, en cambio, sí importaría sería la situación de exclusión social y financiera de la parte prestataria para diferenciar, no sólo por el montante concedido, al microcrédito del crédito ordinario bancario¹⁰.

Frente al vetusto, pero parcialmente vigente, Código de comercio de 1885, el actualizado, aunque paralizado y sólo ante-proyectado, Código mercantil de 2014¹¹ configura en el artículo 573-1 una noción de “préstamo mercantil” más amplia, al no aludir ni a la condición subjetiva del prestatario ni a la condición objetiva de destinar la cantidad dineraria recibida a actos de empresa. Su tenor literal dice así: “Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés”. El nuevo Código mercantil lo configura como necesariamente retribuido con intereses¹² y a ellos dedica buena parte del articulado referente a este contrato; contraponiéndose, de este modo, al artículo 314 del Código de comercio cuando señala que: “los préstamos [mercantiles] no devengarán interés si no se hubiera pactado por escrito”, en

Manuel Broseta Pont, Valencia, 1995, p. 4096, formula su “teoría de los tres círculos concéntricos”: el círculo más pequeño sería el “comerciante”; el círculo mediano, el “empresario”; y el círculo mayor, la “empresa” o el “profesional”. En cualquier caso, querríamos resaltar que el término “empresario” –y, más recientemente, el de “emprendedor”– no sólo se ha ido incorporando legal y doctrinalmente en nuestro acervo jurídico, sino también de modo coloquial porque como destacara EIZAGUIRRE, J. M^a. DE, *Introducción...*, op. cit., p. 123, “actualmente, lo común, y hasta lo socialmente distinguido es hablar de “empresarios”. A quien, en la vida social actual, se le llamasen “comerciante”, podría incluso sentirse socialmente menospreciado”.

⁹ Definido el contrato de préstamo civil en el artículo 1740 del Código Civil y regulado en sus artículos 1753 a 1757.

¹⁰ En sentido análogo, puede leerse: CARPI MARTÍN, R., “Las instituciones microfinancieras y su relación con las plataformas de financiación participativa que contempla el Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 1, diciembre 2014, pp. 49-50.

¹¹ Aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, procedente (con no pocas diferencias) de la Propuesta de Código mercantil (PCM) que, el 17 de junio del año anterior, se presentaba al Ministro de Justicia por parte del Presidente de la sección segunda de la Comisión General de Codificación, el profesor A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.

¹² A los tipos de interés derivados de un microcrédito dedicamos nuestra atención en la publicación antes citada: GARCÍA MANDALONIZ, M., “No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas...”, op. cit., pp. 143-150, a cuya lectura remitimos a quien estuviera interesado en conocer nuestro parecer al respecto.

línea con la previsión del artículo 1755 del Código Civil “no se deberán intereses [en el préstamo civil] sino cuando expresamente se hubiesen pactado”.

Regresando al cuerpo codificado mercantil en vigor, conviene recordar una conocida matización en relación con la naturaleza jurídica del préstamo cuando el prestamista es una entidad bancaria. Aunque no se destinase el dinero prestado a “actos de comercio”, la mercantilidad no desaparecería si estuviéramos ante una operación bancaria. Bien sabido es que la concesión bancaria de crédito supone, en sí misma, un acto de comercio y, por ende, es de naturaleza mercantil, cualquiera que sea tanto la condición del receptor como el destino de la suma económica recibida, conforme afirmara el Tribunal Supremo en una temprana sentencia de 9 de mayo de 1944¹³. En tal caso, no habría necesidad ni de averiguar si el prestatario es o no empresario ni si el destino del efectivo es el ejercicio de su actividad empresarial. En consecuencia, cuando es bancaria la entidad que concede el microcrédito éste no pierde el carácter mercantil.

II. LA CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS IMFs

Sirvan las reflexiones previas en torno a la naturaleza mercantil o, a *contrario*, civil del microcrédito como antecedente para emprender a partir de estas líneas un camino convergente: la búsqueda de la caracterización societaria de las IMFs otorgantes de microcréditos mercantiles.

1. El “abanico” de formatos jurídicos de las IMFs

Las IMFs que actúan en el vasto campo microfinanciero han venido adoptando muy distintos “ropajes” a lo largo y ancho del mundo. Al pionero *Grameen Bank*¹⁴, se fueron añadiendo entidades sin ánimo de lucro como

¹³ En su sentencia de 9 de mayo de 1944, el Tribunal Supremo calificó a las operaciones bancarias como actos de comercio, basándose en el artículo 2 del Código de comercio, puesto en conexión con los artículos 175, 177, 199, 212 del mismo texto codificado.

¹⁴ El *Grameen Bank* (en traducción literal del bengalí: “Banco de aldea”, “Banco rural” o “Banco de los pueblos”, más conocido como: “Banco de pobres”) fue fundado por el profesor YUNUS en la aldea de Jobra, como proyecto, en 1976 y, como realidad, en 1983. En el *Annual Report 1983* del *Grameen Bank* se relatan los orígenes de este banco: “*Grameen Bank Project was*

fundaciones, asociaciones y ONGs. Fueron ellas las que en su conjunto se fueron ocupando de desarrollar un papel crucial en el desenvolvimiento de las microfinanzas con el propósito de demoler la lacra de la pobreza mundial¹⁵. En un sentido restringido, éstas son las IMFs propiamente dichas. Pero, las opciones desbordan hoy en día esa primigenia configuración. Sin perjuicio de la concreción que más adelante habremos de incluir, entes corporativos con ánimo de lucro, como las sociedades mercantiles, también son estructuras a través de las que distribuir créditos de dimensión micro a las personas más vulnerables. No se cierra el “abanico” tipológico todavía. Fundamentalmente en distintas regiones de Latinoamérica¹⁶ donde el nivel de acceso a los servicios financieros es escaso, existen redes de corresponsales no bancarios, esto es, intermediarios no financieros tales como tiendas, farmacias, quioscos o supermercados, mediante los que actúan los entes financieros para ampliar su cobertura financiera y otorgar microcréditos para la inclusión financiera y social. Es el denominado “*branchless banking*”.

A *priori*, no tendría por qué plantear inconveniente alguno la actuación a través de tan dilatada gama de IMFs, financieras y no financieras, comerciales

born as an action-research Project in Chittagong University in August, 1976 [...]. In September, 1983, Grameen Bank Project was converted into a specialized bank for the poor with a paid-up capital of Tk. 3 crore, and authorized capital of Tk. 10 crore”. Tras un serio reajuste debido a una extendida situación de impagos producida a finales de 1990, el *Grammen Bank* original o *Grammen Bank I* tomó la decisión de reconvertirse y transformarse, en una segunda etapa abierta en 2002, en *Grameen Bank II*, como sistema bancario más flexible. Para los pormenores acerca de esta evolución, vid., ad ex., BORNSTEIN, D., *Cómo cambiar el mundo. Los emprendedores sociales y el poder de las nuevas ideas*, 2ª ed., Barcelona: Debate, mayo 2005, p. 326; LACALLE CALDERÓN, M. (et al.), “El Banco Grameen”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 8, febrero 2007, 95 pp.

¹⁵ Vid. CONSULTATIVE GROUP TO ASSIST THE POOR (CGAP), *Transforming NGO MFIs: critical ownership issues to consider*, núm. 13, june 2008, p. 17.

¹⁶ Es el caso destacado de Colombia. Al respecto, fue de interés la siguiente ponencia: MOYA, C., “Una política para promover el acceso a servicios financieros buscando equidad social”, UNCITRAL *International Colloquium on Microfinance. Panel: the overall policy context for enabling inclusive finance*, UNCITRAL, Viena, 12 enero 2011. Según noticia de la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República de Colombia en febrero de 2008 estaban contabilizados 3.436 corresponsales no bancarios (regulados por Decreto núm. 2233 de 2006), de los cuales 3.251 eran del Citibank. Datos posteriores confirmaron cómo el crecimiento fue de un 72,6%, pasando de 5.617 en diciembre de 2009 a 9.698 en el mismo mes de 2010, conforme a las cifras del Banco de las Oportunidades. En general, en Latinoamérica está obteniendo un gran potencial la práctica de actuar a través de los corresponsales no bancarios. Vid., ad ex., GARCÍA ALBA, J. (coord.), *Telefonía móvil y desarrollo financiero en América Latina*, Barcelona: Ariel, BID, 2009, pp. 27, 31, 42, 87-89, 116-118; WHEATLEY, J., “Small is beautiful for Latin America’s pioneers”, *Financial Times*, 27 february 2009, p. 18.

y no comerciales, con o sin ánimo de lucro. *A contrario*, tendría que ser un elemento a favor del desenvolvimiento mundial de la microfinanciación. *Ab initio*, cuántas más, y más variadas, instituciones actúen mayores posibilidades habrá de realizar una efectiva financiación incluyente de los excluidos.

El problema no está en la forma jurídica adoptada¹⁷. El problema surge cuando se constata cómo en algunos países no todas las IMFs han estado registradas. Las que no se registran escapan de la regulación y supervisión. El escape no se produce para las entidades de crédito, al operar cumpliendo una legislación de ordenación, transparencia, supervisión y control de los correspondientes Bancos Centrales. El escape puede darse, en cambio, respecto de aquéllas que no reciben depósitos u otros fondos reembolsables del público (porque la actividad de captación de depósitos queda reservada a las entidades del sistema financiero) y conceden por cuenta propia créditos, sin ser objeto de consolidación cautelar por parte de una entidad crediticia. En tal caso, las IMFs no están obligadas a someterse a la regulación prudencial y a las estrictas exigencias legales aplicables a las entidades de crédito¹⁸. El Comité de Basilea de Supervisión Bancaria elaboró unas orientaciones para facilitar la tarea de los Estados de regular y supervisar las IMFs, pero en exclusiva respecto de aquellas que aceptan depósitos; pudiendo escapar de este campo de acción las que no los pueden aceptar. El escape podría derivar –como derivó en la India hasta la promulgación, en mayo de 2012, de la oportuna reglamentación de registro, control y supervisión¹⁹– en una situación de informalidad sin supervisión ni control estatal ocasionando abusos perjudiciales para los microprestatarios²⁰. En aras a evitarlos, las IMFs, con

¹⁷ Vid. VEREDA DEL ABRIL, A., *Microcréditos y desarrollo*, Madrid: Fundación Iberoamericana para el Desarrollo, 2001, p. 138.

¹⁸ Para el marco de las IMFs europeas, estúdiense los comentarios reflejados en la página 8 de la reseñada Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo del crecimiento y del empleo”.

¹⁹ Debido a los abusos desencadenados por la falta de registro, control y supervisión de determinadas IMFs en la India, se publicaba en mayo de 2012 la *Micro-Finance Institutions (Development and Regulation) Bill* para prohibir ofrecer servicios microfinancieros sin el oportuno registro de las IMFs, que desde entonces están supervisadas por la RBI (*Reserve Bank of India*). Vid. MAES, J. P.; REED, L. R., *Informe del Estado de la Campaña de la Cumbre del Microcrédito 2012*, Washington: Campaña de la Cumbre del Microcrédito, 2012, pp. 6-7.

²⁰ CABRAL JIMÉNEZ, E., “The microfinance...”, op. cit., denunciaba las negativas prácticas (por ejemplo, de malversación de fondos) a las que la situación filipina de actuación de las

independencia de su caracterización societaria, habrían de desarrollar sus actividades dentro de un marco regulatorio transparente, eficiente y estable y, a la vez, suficientemente flexible como para potenciar su labor de inclusión financiera y social. Según indicara la Comisión europea²¹, “*detailed regulation could [...] stifle innovation*”, pero “*certain minimum standards have to be ensured*”²².

2. La “bancarización” de las IMFs

Aquel “abanico” se despliega aún más. Visto desde el más amplio de los sentidos, las entidades de crédito se han ido introduciendo de lleno y con vigor en el sector²³. Es la “bancarización” de la microfinanciación²⁴. En Europa esta

IMFs sin una reglamentación específica podía conducir. Por ello, instó la creación de un ambiente regulatorio y monetario adecuado.

²¹ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Expert Group Report. The regulation of microcredit in Europe*, European Commission, april 2007, p. 4.

²² Con la matización posterior siguiente: “*although not necessarily through new legislation*”, proclive a la autorregulación (p. 4, también luego en pp. 5 y 27-28).

²³ Por lo que se refiere a la introducción de la banca en el sector de las microfinanzas y al vigoroso impulso que las entidades bancarias han proporcionado al sistema, léase, en extenso: FERRERO FERRERO, I.; MUÑOZ TORRES, M^a. J.; FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M^a. A., “Contextualización del microcrédito en el sistema bancario mundial”, en FERRER RIQUELME, J.; GINÉS VILAR, M. (ed.), *Experiencias internacionales sobre microfinanzas. Manual del microcrédito*, Castellón de la Plana: Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2010, pp. 97-120. Ejemplo nacional es el de Filipinas –galardonado (en segunda posición) por el *Economist Intelligence Unit’s Global Microscope on Microfinance*– donde, al principio, tan solo veinte instituciones actuaban en el campo de las microfinanciación, mientras que en la actualidad superan los dos centenares, de las que aproximadamente el 60% son bancos, y el resto cooperativas y ONG. Vid. CABRAL JIMÉNEZ, E., “The microfinance and inclusive finance agenda: the BSP experience”, UNCITRAL *International Colloquium on Microfinance. Panel: the overall policy context for enabling inclusive finance*, UNCITRAL, Viena, 12 enero 2011.

²⁴ En torno a la amenaza que para los más pobres supone la denominada “bancarización”, léase: DURÁN NAVARRO, J. (coord.), “Conclusiones del primer encuentro nacional de microfinanzas y reflexiones sobre los principales elementos de discusión”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 15, julio 2011, pp. 18, 35. El primer paso fue la “bancarización”, el segundo es la “bursatilización”. Las “bancarizadas” tienen por delante el desafío de compatibilizar la labor social con la rentabilidad que exigen los inversores a unas entidades que, en algunos casos, se han “bursatilizado”. Con el acceso a los Mercados de Valores las IMFs bancarias obtienen recursos propios externos que pueden utilizarse para potenciar sus actividades de microfinanciación. No obstante, el afán por alcanzar el máximo beneficio para satisfacer los requerimientos de los accionistas-inversores, en forma de altos retornos económicos, desembocó en el territorio indio en tácticas agresivas incompatibles con la orientación social que debieran perseguir todos los programas microfinancieros. Para más detalles al respecto, vid. GARCÍA MANDALONIZ, M. “No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas...”, op. cit., pp. 111-112.

bancarización es patente y potente: el mayor proveedor de microcréditos en el presente es el sistema bancario²⁵.

En España, la operativa de concesión de microcréditos ha estado en la praxis copada por las entidades de crédito, quienes han encontrado el apoyo, como intermediarias, de las ESAM (Entidades Sociales de Apoyo al Microcrédito)²⁶, de naturaleza pública o privada. Salvo la aparición meramente testimonial en este ámbito de determinados bancos *stricto sensu* entre los años 2002 a 2004²⁷, las Cajas de Ahorro y el Instituto de Crédito Oficial (ICO)²⁸ han sido quienes han hallado encaje en la praxis tradicional de otorgamiento de microcréditos²⁹. Por su forma jurídica de instituciones de naturaleza privada con finalidad social, con orígenes históricos en los Montes de Piedad, las Cajas de Ahorro (con programas propios o adheridos a una línea promovida por una Administración Pública) han venido otorgando durante una década microcréditos a personas desfavorecidas con dificultades de inserción laboral y financiera que deseaban iniciar o, en su caso, ampliar un negocio³⁰. Esos

²⁵ La aseveración plasmada en el texto principal de que en el territorio europeo el proceso de “bancarización” es potente y patente queda justificado por el porcentaje superior al 70% del total de los microcréditos concedido por el sistema financiero, que es ampliamente rebasado en nuestro país. En EUROPEAN COMMISSION, *Expert Group Report...*, op. cit., pp. 9-10, se confirmaba el “*banking model*” en Europa, ejemplarizado con el caso alemán, aunque recordando que en muchos países como Bélgica, Bulgaria, República Checa, Francia, Rumanía, Suecia o el Reino Unido puede prestarse por parte de entidades no bancarias.

²⁶ Un estudio monográfico sobre las ESAM –como entidades de apoyo que seleccionan y acompañan a los demandantes de la microfinanciación y a sus proyectos empresariales– se recoge en: RICO GARRIDO, S. (et al.) (eds.), “Las Entidades Sociales de Apoyo al Microcrédito: su papel en la concesión de microcréditos en España”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 3, mayo 2005, pp. 7 y ss. Además de en nuestro territorio, en Francia operan entidades análogas a las ESAM.

²⁷ Vid. PÉREZ, C. “La sostenibilidad del sector microfinanciero español”, en DURÁN NAVARRO, J. (coord.), “Conclusiones del Primer Encuentro Nacional de Microfinanzas y reflexiones sobre los principales elementos de discusión”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 15, julio 2011, p. 47.

²⁸ El ICO abrió en 2003 una línea de microcréditos, en colaboración con el Banco Europeo de Inversiones, sin garantías y a tipos de interés más bajos que los habituales en el mercado financiero. En torno a la actividad microcrediticia del ICO, atiéndase de forma específica a: GUTIÉRREZ NIETO, B., *La financiación socialmente responsable. El microcrédito en España*, Navarra: Thomson-Civitas, ICO, 2005, pp. 68-79; MARTÍNEZ ESTÉVEZ, A., “El programa de microcréditos del ICO”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 84, 2005, pp. 25-42.

²⁹ En relación a las Cajas de Ahorro como impulsoras del microcrédito en España, se lee con interés el siguiente documentado trabajo: LACALLE CALDERÓN, M.; RICO GARRIDO, S., “Microfinanzas en España: impacto y recomendaciones a futuro”, *Foro Microfinanzas*, núm. 18, enero 2012, pp. 11 y ss.

³⁰ Desde la pionera Caixa Colonya en 2001, a través de la Fundación Un Sol Món (dependiente de la Obra Social de Caixa Catalunya), otras Cajas de Ahorro mediante sus obras sociales o

microcréditos mercantiles y sociales han estado caracterizados por la falta de exigencia de garantías personales o reales, por no tener intereses ni comisiones en la mayoría de las ocasiones, y únicamente requerir espíritu emprendedor y un *business plan* para analizar la viabilidad del proyecto empresarial³¹.

III. LA NECESARIA AMPLIACIÓN DE LA CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS IMFs

A nadie se le escapa que las Cajas de Ahorro han seguido recientemente un intenso proceso de reestructuración o redimensionamiento, saneamiento y transformación o desaparición³². Ante el desértico panorama microfinanciero en

fundaciones (como CajaSol [luego Banca Cívica), la Fundación CajaGranada para el Desarrollo Solidario, la Fundación BBK Solidarioa, la Obra Social de Caixa Galicia, Caja Segovia, la Caja de Ahorros de la Inmaculada, además de la Obra Social “La Caixa” [en la actualidad subsistiendo con MicroBank]) otorgaron hasta el parón de los años 2008-2010 microcréditos sociales, con la intermediación de las ESAM, a personas de colectivos desfavorecidos que deseaban iniciar o consolidar su actividad empresarial. Un listado no exhaustivo de las que persisten en la actualidad, puede verse *infra* en la nota a pie de página núm. 33.

³¹ Véase la figura 1 (“características generales de los programas de microcréditos en España”) dibujada en: LACALLE CALDERÓN, M^a. C.; RICO GARRIDO, S., “Microfinanzas en España...”, op. cit., p. 15, que toma como fuente la tabla 3.1 de: RICO GARRIDO, S.; LACALLE CALDERÓN, M., MÁRQUEZ VIGIL, J.; DURÁN NAVARRO, J., *Microcredit in Spain*, Madrid: Fundación Nantik Lum; European Microfinance Network, 2005, p. 56.

³² El proceso inicial de reestructuración se vio favorecido por el Real Decreto Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE núm. 155, 27 junio 2009, pp. 53194-53212 [RCL 2009, 10575]), que creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Desde entonces, se ha ido dictando la siguiente serie encadenada de normativa al respecto: Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (BOE núm. 169, 13 julio 2010, pp. 61427-61457 [RCL 2010, 11086]; rect. BOE núm. 173, 17 julio 2010, p. 63091 [RCL 2010, 11425]); Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero (BOE núm. 43, 19 febrero 2011, pp. 19213-19239 [RCL 2011, 3254]; rect. BOE núm. 49, 26 febrero 2011, p. 22651 [RCL 2011, 3703]); Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito (BOE núm. 249, 15 octubre 2011, pp. 107985-107993 [RCL 2011, 16173]); Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (BOE núm. 30, 4 febrero 2012, pp. 9889-9913 [RCL 2012, 1674]); y Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (BOE núm. 114, 12 mayo 2012, pp. 35110-35120 [RCL 2012, 6280]). Información actualizada sobre el proceso de reestructuración del sistema financiero se encuentra disponible en la página web del Banco de España: http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/info_interes/reestructuracion.html (última consulta: 30 abril 2015).

que esta situación se traduce³³, en España aparece la necesidad de acoger en nuestro sistema jurídico el concepto (aun inexistente) de “instituciones microfinancieras”, de ampliar y reformular su caracterización hacia formatos no bancarios (tales como las fundaciones y asociaciones de utilidad pública para las IMF no lucrativas, o las sociedades mercantiles para las IMF lucrativas) y de regularlas de modo específico aportando seguridad jurídica para el fuerte impulso del sector³⁴. Tal necesidad enlaza con las ESAM: no con su actuación pasada y presente como intermediarias sino con la posibilidad futura de que nuestro Ordenamiento abra el camino para que se constituyan como tales IMF³⁵, una vez que este concepto sea interiorizado en nuestro país al modo en que lo ha sido en tantos otros Estados, incluso europeos³⁶.

³³ Donde el “oasis” sería representado por la persistente Microbank, con un porcentaje que supera el 90% del total de microcréditos nacionales concedidos en la actualidad. La BBK Fundazioa (con microcréditos BBK solidario), Cajastur, Fundación microfinanzas BBVA y algunas ESAM (*Fundació privada per a la promoció de l'autocupació de Catalunya*, Mita-ong, OMEGA, Trinijove o Valdocco), no sin dificultades, han venido manteniendo sus programas. Otras muchas han cerrado sus “puertas” tras la unificación o desaparición de las Cajas de Ahorro. Entre ellas, las líneas de microcréditos de Cajasol, Caixa Galicia, Caja Segovia, Fundación Un Sol Mon o Fundación Caja Granada.

³⁴ La Comisión europea recomendaría en el informe: *Expert Group Report...*, op. cit., p. 4, que “national legislation should allow the operation of a range of financial institutions including non-bank microfinance institutions”. Como recordaran LAZAR, A.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Los modelos francés y rumano de regulación societaria y contractual de las IMF, y su proyección previsible en España”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 1, diciembre 2014, p. 30: “En España no existe normativa específica para las IMFS. Las mismas se rigen por el modelo/reglas aplicables a las entidades financieras cuando adoptan formas bancarias o de entidad de crédito (por ejemplo banco), y por normas de Derecho civil cuando adoptan forma de organizaciones no gubernamentales (típicamente asociación o fundación). Debe precisarse que el régimen contable bancario especial y las exhaustivas reglas de supervisión bancaria son demasiado rígidas para este tipo de instrumento. Por ello, entre otras razones, se requiere un desarrollo normativo singular de las IMFS en España” (como también requieren en las conclusiones, p. 38). También en: ORTIZ GARCÍA-MIGUEL, C., *El microcrédito. Estudio de su viabilidad y necesidad de desarrollo en el sistema financiero español*, p. 7, se alegó la necesidad de “evolucionar y contar con una legislación que permita la aparición de instituciones microfinancieras para que las microfinanzas tengan un mayor alcance social y tengan mayor poder para crear microempresas”. Los términos concretos de la propuesta de legislación que lanzó el Grupo de Trabajo de Legislación Microfinanciera Española, a partir de lo acordado en el II Encuentro Nacional de Microfinanzas, celebrado en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid del 18 al 20 de abril de 2012, se plasmaron en: DURÁN NAVARRO, J., “Conclusiones”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013, pp. 82-84.

³⁵ De acuerdo a lo que se prevé en el marco de las actuaciones que ha venido llevando a cabo el Grupo de Trabajo de Legislación Microfinanciera Española, explicado en: DURÁN NAVARRO, J., “El Grupo de Trabajo de Legislación Microfinanciera Española”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013, pp. 6-11 y concretado en: DURÁN NAVARRO, J., “Conclusiones...”, op. cit., pp. 82-84.

³⁶ Como Francia, Italia, Rumanía o Hungría.

Para ello, abogamos por la aprobación de un marco normativo *ad hoc* para las microfinanzas y, en especial, para los microcréditos y las IMFs no bancarias y sí sociales, que les permita captar no depósitos reembolsables del público pero sí otros recursos externos para la óptima financiación de su actividad³⁷. Dicho entorno jurídico aconsejaría estar situado al margen de la normativa de ordenación y supervisión de las entidades de crédito que contemplan la Ley 10/2014, de 26 de junio³⁸, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero³⁹. A nuestro parecer, el eventual sometimiento a esta legislación entrañaría una excesiva rigidez para unas IMFs no bancarias y no lucrativas que, sin poder captar depósitos, cumplen una función social. Por esta razón, no encajaría su consideración como Establecimientos Financieros de Crédito (EFC), entendidos como empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito, se dedican con carácter profesional, entre otras, a la actividad de la concesión de préstamos y créditos, en la definición que de ellos contiene el artículo 6.1.a) de la reciente Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial⁴⁰. En palabras del epígrafe segundo de su Exposición de Motivos, los EFC “pierden su condición de entidades de crédito, pero mantienen intacta su inclusión dentro del perímetro de supervisión y estricta regulación financieras”, correspondiendo al Banco de España la función supervisora de conformidad con lo establecido en el título III de la Ley 10/2014, que rige también con especialidades para su solvencia⁴¹. Opinamos que normas demasiado restrictivas podrían conducir al pronto ahogamiento del sector microfinanciero, aunque reglas demasiado permisivas podrían desembocar en el aprovechamiento de la situación vulnerable de los microprestatarios⁴². Por eso, la clave es hallar el equilibrio en

³⁷ Vid. SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada para instituciones microfinancieras”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013, pp. 12-13.

³⁸ BOE núm. 156, 27 junio 2014, pp. 49412-49549 (RCL 2014, 6726); rect. BOE núm. 157, 28 junio 2014, p. 49755 (RCL 2014, 6761).

³⁹ BOE núm. 39, 14 febrero 2015, pp. 12319-12398 (RCL 2015, 1455).

⁴⁰ BOE núm. 101, 28 abril 2015, pp. 36599-36684 (RCL 2015, 4607).

⁴¹ Artículo 12, apartados 1 y 2, de la Ley 5/2015.

⁴² Vid. CLIFFORD CHANCE, “Key issues in microfinance legislation and regulation”, *Client Briefing*, november 2011, p. 4.

esta “balanza” con el fin último de alcanzar y mantener buenas prácticas microfinancieras⁴³.

Fuera de nuestras fronteras, Italia, Francia o Rumanía han abierto la vereda con una normativa que alude y, de forma directa o indirecta, regula a las IMFs⁴⁴. Sus experiencias pudieran servirnos, en su caso, como guía.

Para la península itálica, la modificación operada por el Decreto Legislativo número 141, de 13 de agosto de 2010, en el *Testo Unico Bancario*⁴⁵ admite, en sus artículos 111 y 113, la posibilidad expresa de operar formalmente como IMF, configurando en el primero de los preceptos citados tanto los formatos jurídicos adoptables (*forma di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa*) como las clases de microcréditos ofrecidos (para microempresas y autónomos o para afrontar situaciones de vulnerabilidad social)⁴⁶. Pese a este contexto legislativo bancario para las IMFs y los microcréditos, el sector italiano se muestra favorable a la promoción de una legislación específica como motor para su crecimiento.

Por su parte, con una regulación no específica, pero sí indirecta⁴⁷, en la consideración de las IMFs como “*établissements de crédit*” y, en particular, como “*sociétés financières*”, la supervisión prudencial bancaria que en los términos del *Code monétaire et financier* (CMF) se les aplica en Francia se nos antoja excesiva⁴⁸. Pero, con la excepción del artículo L511-6-5 CMF –revisado

⁴³ Conforme apuntáramos previamente en: GARCÍA MANDALONIZ, M., “No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas...”, op. cit., p. 139.

⁴⁴ Con una extensión y profundidad que en el presente estudio no nos es posible abordar, nuestra doctrina ha analizado los sistemas de Francia y Rumanía en: LAZAR, A.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Los modelos francés y rumano...”, op. cit., pp. 27 y ss.

⁴⁵ *Decreto Legislativo núm. 385, 1 settembre 1993: testo unico delle leggi in materia bancaria e crediticia (versione aggiornata al Decreto Legislativo núm. 53, 4 marzo 2014)*. Versión de abril 2014 disponible: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/TUB_aprile_2014.pdf (última consulta: 30 abril 2015).

⁴⁶ En torno a esta regulación microfinanciera italiana, léase: PIZZO, G., “La Ley del microcrédito en Italia: de la Ley bancaria a una legislación específica”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013, pp. 42-46.

⁴⁷ Vid. LAZAR, A.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Los modelos francés y rumano...”, op. cit., pp. 30, 32.

⁴⁸ Como antes se opinó en: *Ibidem*, p. 32.

por última vez por el artículo 15 de la *Ordonnance núm. 2014-559, du 30 mai 2014, relative au financement participatif*– se abrieron las “compuertas”⁴⁹ para que las asociaciones sin ánimo de lucro y las fundaciones concedieran microcréditos mercantiles para microempresas o civiles para proyectos de inserción de personas físicas a partir de los fondos propios y de los préstamos bancarios obtenidos. Todo ello con la habilitación del *Conseil d’Etat* y bajo las condiciones de experiencia y normas prudenciales que inicialmente fijó el *Décret 2012-471, du 11 avril 2012, relatif à l’agrément et au contrôle des associations, fondations et sociétés autorisées à pratiquer certaines opérations de crédit*, en los artículos R518-57 a 518-64 CMF, luego modificados por la *Loi 2013-672, du 26 juillet 2013, de séparation et de régulation des activités bancaires* y por el *Décret 2014-1315, du 3 novembre 2014*.

El caso rumano sería el ejemplo a adoptar *mutatis mutandis* en lo que al diseño de un régimen especial para las actividades microfinancieras se refiere, pese a los altibajos de su aplicación práctica⁵⁰. Sus primeros antecedentes se remontaron al año 2000, para luego ser revisados por la Ley 240 de junio de 2005, de entidades de microcrédito; completados por la Ordenanza gubernamental 28/2006; y derivados a la Ley 93/2009 sobre instituciones financieras no bancarias⁵¹ con la pretensión de unificar y estabilizar el sector financiero no bancario en su conjunto⁵². No obstante, tanto la regulación presente como la pasada han sido acertadamente calificadas de “sobre-regulación”, en la consideración de que el registro y la supervisión ejercida por el Banco Nacional y el Ministerio de Finanzas de Rumanía adoptan un restrictivo esquema ideado para el sistema bancario sin tomar en cuenta suficientemente las características y especialidades del sistema extra-bancario

⁴⁹ Por estas “compuertas” ha pasado ADIE (*association pour le droit a l’initiative economique*). Se trata de la organización más representativa del sector en Francia que, además, fue promotora allí de la regulación microfinanciera. Vid. NOWAK, M., “El microcrédito en Francia. La experiencia de ADIE”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, mayo 2013, pp. 34 y ss.

⁵⁰ En lo que a la legislación rumana en vigor se refiere, comentaron LAZAR, A.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Los modelos francés y rumano...”, op. cit., p. 37, que “la experiencia de la regulación ha sido negativa debido a los casos de desviación de poder de los gestores públicos y a las ineficiencias dimanantes de un exceso de intervención administrativa”.

⁵¹ <http://lege5.ro/Gratuit/gezdimrxge/legea-nr-93-2009-privind-institutiile-financiare-nebancare> (última consulta: 30 abril 2015).

⁵² Sobre estos antecedentes legislativos, léanse los detalles plasmados en: DOICIU, M., “¿Es la legislación importante para el desarrollo del sector microfinanciero? Estudio de caso sobre Rumanía”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013, pp. 47-41.

microfinanciero⁵³. Aparte de recoger los requisitos mínimos de capital o el principio de protección de los acreedores para el ejercicio de la actividad, en lo que hace a la caracterización societaria de las IMFs, esa Ley número 93 permite estructurarlas como asociaciones civiles, cuando son sin ánimo de lucro, o como sociedades comerciales, en caso de ser lucrativas⁵⁴.

1. La búsqueda de la caracterización societaria de las IMFs no bancarias y no lucrativas

En el ordenamiento jurídico español, como fórmulas jurídicas adecuadas para unas IMF no bancarias sin ánimo de lucro, se muestran *ab initio* las fundaciones y las asociaciones, más aún las de utilidad pública, e, incluso, algunas cooperativas: las no lucrativas.

1.1. Las fundaciones para las IMFs no lucrativas

En otros países se conocen e, incluso, abundan las IMF de naturaleza fundacional o similar⁵⁵. En el nuestro las fundaciones también serían formas jurídicas aptas⁵⁶ (las más aptas junto con las asociaciones de utilidad pública) para desarrollar actividades microfinancieras sin ánimo de lucro. Aparte de la Fundación del ICO que en 2008 abrió, en colaboración con la Fundación Cajasol, el proyecto piloto de microcréditos en España⁵⁷, fundaciones privadas, en su caso dependientes o en cooperación con entidades de crédito, han concedido y siguen concediendo (aunque en un reducido porcentaje, por sus limitados recursos para estas funciones) microcréditos para los más desfavorecidos de nuestra geografía⁵⁸.

⁵³ *Ibidem*, p. 50. En igual sentido, respecto de la Ley de 2005, vid. EUROPEAN COMMISSION, *Expert Group Report...*, op. cit., p. 15, donde quedó recogido que: “*many practioners consider the [...] law as too expensive, bureaucratic and therefore restrictive*”.

⁵⁴ Artículo 6 de la Ley 93/2009.

⁵⁵ Estados europeos donde las IMFs adoptan, entre otras, la forma de fundación son Bulgaria, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, Rumanía, Eslovaquia y Reino Unido.

⁵⁶ Vid. SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada...”, op. cit., pp. 14-19.

⁵⁷ <http://www.fundacionico.es/index.php?id=114> (última consulta: 30 abril 2015).

⁵⁸ Vid. *supra* notas a pie de página núm. 30 y 33.

Con el control del Protectorado, la fundación es, efectivamente, un molde jurídico apropiado para la IMF por tener afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Entre los fines de interés general que enumera el artículo 3.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones⁵⁹ se encuentran la asistencia social e inclusión social, la promoción de la acción social, el fomento de la economía social y la promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión, con perfecto encaje entre las labores microfinancieras. En el apartado segundo del mismo precepto se obliga a que la finalidad fundacional beneficie a colectividades genéricas de personas. Con arreglo a las normas de libre y leal competencia, las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado o sea complementario o accesorio de los fines fundaciones, así como participar en sociedades mercantiles de capital, incluso mayoritariamente comunicándolo al Protectorado. A través del ejercicio de estas actividades económicas obtienen ingresos que en un 70% irá destinado a los fines fundacionales⁶⁰ y en el 30% restante al incremento de la dotación o las reservas. Finalmente, téngase presente que las fundaciones siempre gozan de los incentivos fiscales que establece la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo⁶¹; beneficiándose de las exenciones en los impuestos sobre sociedades⁶², bienes inmuebles, actividades económicas o sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, en los términos, con los requisitos y para las rentas establecidas en la citada legislación de corte fiscal.

⁵⁹ BOE núm. 310, 27 diciembre 2002, pp. 45504-45515 (RCL 2002, 25180). Anótese que el 29 de agosto de 2014 el Gobierno aprobaba un Anteproyecto de Ley de fundaciones.

⁶⁰ Artículo 27 de la Ley de fundaciones.

⁶¹ BOE núm. 307, 24 diciembre 2002, pp. 45229-45243 (RCL 2002, 25039).

⁶² La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, 28 noviembre 2014, pp. 96939-97097 [RCL 2014, 12328]) incorpora múltiples variaciones en el anterior texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, una de las cuales interesa destacar por su relación indirecta a los efectos de lo dispuesto en nuestro texto principal: la eliminación de la excepción a la obligación de presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades para aquellas entidades sin ánimo de lucro que no puedan acogerse al régimen dispuesto por la Ley 49/2002 (artículo 136.3 Real Decreto Legislativo 4/2004). Para intentar regresar a la situación anterior, se presentaba en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley de modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en materia de simplificación de las obligaciones tributarias para las entidades sin ánimo de lucro de pequeño tamaño (BOCG 27 enero 2015, núm. 210-1).

1.2. Las asociaciones de utilidad pública para las IMF's no lucrativas

La asociación se alza en otro de los formatos jurídicos elegibles, por su aptitud, para una IMF sin ánimo de lucro⁶³. Conforme indica la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación⁶⁴, “resulta patente que las asociaciones desempeñan un papel fundamental en los diversos ámbitos de la actividad social [...], desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo [...], promoción de los derechos humanos [...] o creación de empleo”⁶⁵. Aunque pudiera argumentarse como elemento en contra de la elección de la asociación por parte de una IMF⁶⁶ que, hasta la inscripción en el correspondiente registro administrativo (regional o nacional), los asociados responden personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceros, hay que indicar que el plazo de inscripción en el correspondiente Registro es de tres meses desde la recepción de la solicitud en el órgano competente, según dispone el artículo 30; que añade que, transcurrido este plazo sin que se haya notificado resolución expresa, el silencio es positivo. Una vez inscrita decae esa responsabilidad personal y solidaria de los asociados.

Huelga recordar que las asociaciones son de muy diversa índole. Para diferenciar dentro de ese heterogéneo entramado asociativo, a la IMF le interesaría –si pudiera– ser calificada como una asociación de utilidad pública. Para ello, habría que llevar, al menos, dos años inscrita como asociación, desempeñando adecuadamente los fines estatutarios y, asimismo, cumplir las condiciones recopiladas en el artículo 32 de la citada Ley orgánica y en el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, de procedimientos relativos a las

⁶³ En contra se posicionaría SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada...”, op. cit., p. 13, por los siguientes motivos: “aunque se ajustaría al modelo que se quiere plantear [de IMF sin ánimo de lucro], habría que declararla específicamente de interés general para distinguirla de aquellas que únicamente buscan el interés de los miembros, y supondría adaptarse al régimen fiscal de las mismas. Adicionalmente plantea el problema de la complejidad a la hora de diferenciarse de otras asociaciones. [...]. A esto hay que sumar que el proceso hasta la inscripción en el registro correspondiente es dilatado”. Aun con estos condicionantes, en sus conclusiones (p. 19) considera que la IMF podría constituirse como asociación, aunque la fundación sería “la que mejor parece ajustarse al futuro deseable”. Sin objeciones se planteó la posibilidad de que tanto las fundaciones como las asociaciones de utilidad pública pudieran otorgar microcréditos en la propuesta del régimen jurídico de los microcréditos que se aprobó en el Grupo de Trabajo de Legislación Microfinanciera Española, tal cual se resume en: DURÁN NAVARRO, J., “Conclusiones...”, op. cit., p. 83.

⁶⁴ BOE núm. 73, 26 marzo 2002, pp. 11981-11991 (RCL 2002, 5852).

⁶⁵ Segundo párrafo del apartado VI de la Exposición de Motivos.

⁶⁶ Como argumentara SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada...”, op. cit., pp. 13-14.

asociaciones de utilidad pública⁶⁷. Aquel artículo 32 destaca, en su primera letra, que los fines estatutarios deben tender “a promover el interés [...] y ser, [...], de carácter cívico, de promoción de los derechos humanos, de asistencia social, de fomento de la economía social, de promoción del voluntariado social, de promoción y atención a la personas en riesgo de exclusión por razones sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otros de similar naturaleza”. Y, en la segunda letra, su tenor literal es el que sigue: “Que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines”. La declaración de utilidad pública estatal, no obstante, no es de tramitación sencilla. Requiere el previo informe de la Administración competente en función de los fines estatutarios y, en todo caso, del Ministerio de Hacienda, siendo órgano competente el Ministro de Interior. No habiendo obtenido respuesta en el plazo máximo de seis meses, el silencio es negativo. Habiendo sido declarada de utilidad pública, se beneficia de asistencia jurídica gratuita, así como de las exenciones fiscales que establece la nombrada Ley 49/2002.

1.3. Las cooperativas para las IMFs no lucrativas

Una inicial idoneidad de la cooperativa como estructura societaria para las IMFs se vislumbra cuando se atiende a los valores éticos de solidaridad, democracia, igualdad y vocación social que inspiran los principios cooperativos⁶⁸. Proceden de la “Declaración sobre identidad y principios cooperativos”⁶⁹ de la Alianza Cooperativa Internacional de 1966 y, según manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 27/1999, de 16 de julio, general de cooperativas⁷⁰, tienen cabida en esta ley como elementos indispensables para construir una empresa viable con la que los socios se identifiquen.

⁶⁷ BOE núm. 11, 13 enero 2004, pp. 1067-1071 (RCL 2004, 615).

⁶⁸ Recuérdese que los principios cooperativos son básicamente los siguientes: el de puerta abierta, el principio democrático, el principio mayoritario para la aprobación de los acuerdos, el principio de no pago de dividendos, el de educación o formación cooperativa y difusión del espíritu cooperativo, y el fomento del cooperativismo y de las relaciones inter-cooperativas.

⁶⁹ Manchester, 1995.

⁷⁰ BOE núm. 170, 17 julio 1999, pp. 27027-27062 (RCL 1999, 15681). Publicaciones tempranas en torno a esta Ley estatal fueron, por ejemplo: LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., “Régimen

En atención a esos valores, las cooperativas persiguen fines sociales realizando una actividad empresarial. Con una caracterización societaria⁷¹, la cooperativa sirve, en efecto, a la realización de actividades empresariales encaminadas a satisfacer las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de sus miembros. Su finalidad es satisfacer el interés colectivo de sus miembros, sin perjuicio de que pueda realizar actividades respecto de terceros. No obstante, el artículo 4, relativo a la operativa externa, permite las actividades y los servicios cooperativizados con terceros bajo los siguientes límites: “sólo cuando lo prevean los Estatutos, y en las condiciones y con las limitaciones que establece la [propia] Ley, así como otras Leyes de carácter sectorial que les sean de aplicación”. Bajo este carácter limitado o excepcional de la operativa ajena, la cooperativa va perdiendo, aun sin desaparecer, su primigenia idoneidad como figura jurídica propicia para las IMFs⁷².

En la amplia clasificación cooperativa⁷³ de *numerus clausus*, la de crédito parecería, *a priori*, la clase ideal para una IMF. No obstante, hay que tener en cuenta su calificación como “entidad de crédito” en el artículo 1 de la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, bajo la que rigen su operativa y funcionamiento. Insistamos una vez más en que las exigencias financieras a las que se encuentran sometidas legislativamente las cooperativas de crédito se avienen mal con los condicionantes microfinancieros que debieran regir las IMFs, también con forma societaria de cooperativa, para el pleno desenvolvimiento de su actividad

económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (BOE de 17 de julio)”, *RdS*, nº 13, 1999, pp. 190-228; MORILLAS JARILLO, M^a. J., “La nueva regulación estatal de las sociedades cooperativas”, *DN*, núm. 111, año 10, 1999, pp. 1-13.

⁷¹ Respecto de la consideración de la cooperativa como sociedad y, más en específico, como sociedad mercantil, léase *infra* la nota a pie de página núm. 76.

⁷² Da la inicial impresión de que para SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada...”, *op. cit.*, p. 13, esta limitación sí haría, en cambio, desaparecer su idoneidad como forma jurídica adecuada para una IMF, aunque luego en las conclusiones (p. 19) admita que la IMF podría constituirse como sociedad cooperativa. Recuérdese como en el artículo 111.2.a) del *Testo Unico Bancario* se alude expresamente a la cooperativa como forma jurídica para las IMFs italianas. Aparte de en Italia, en Rumanía también las IMFs han adoptado en ocasiones el formato cooperativo.

⁷³ Al respecto, léase: PORTELLANO DÍEZ, P., “El sistema de clases en la Ley de cooperativas: un alegato a favor de la simplicidad legal”, *RdS*, núm. 19, 2002, pp. 57-72.

social⁷⁴. Además, careciendo la IMF de ánimo de lucro hay que tomar otro camino que conduzca hacia una clase de cooperativa sin este ánimo. Aun cuando la naturaleza jurídica de la cooperativa como sociedad⁷⁵ parecería *ab initio* conllevar implícito el ánimo de lucro, su ausencia no obsta al carácter cooperativo. Carece de lucro la cooperativa de iniciativa social y por esta carencia se alza en ejemplo de relieve como clase capaz de encuadrar a la IMF, en una interpretación amplia de la pretensión de “satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado” que dispone para ella el artículo 106 de la Ley estatal de cooperativas. En realidad, la de iniciativa social no sería propiamente una nueva clase de cooperativa, en tanto ha sido entendida “como especialidad de cualquier tipo de cooperativa dentro de las

⁷⁴ También en: SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada...”, op. cit., p. 13.

⁷⁵ Dilatada ha sido la discusión doctrinal surgida en torno a la naturaleza jurídica de la cooperativa. De manera monográfica, en la literatura mercantil, consúltense los siguientes estudios publicados en los años sesenta y setenta del siglo pasado: GÓMEZ CALERO, J., “Sobre la “mercantilidad” de las cooperativas”, *RDM*, núm. 137, julio-septiembre 1975; SÁNCHEZ CALERO, F., “Los conceptos de sociedad y de empresa en la Ley de cooperativas”, en *Libro homenaje a Ramón M^a. Roca Sastre*, vol. III, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977; SÁNCHEZ CALERO, F.; OLIVENCIA, M., “Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas”, en *El cooperativismo de la coyuntura española actual. Anales de moral social y económica*, vol. 6, Madrid: Centro de Estudios Sociales de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, 1964. Con la vigente Ley general de cooperativas –en el concepto que de “cooperativa” recoge el artículo 1.1 (“La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático”)– se difuminan las dudas que hubieran podido subsistir, al señalar expresamente este precepto que la cooperativa es una sociedad que realiza actividades empresariales. Esta evidente aproximación hacia el concepto de sociedad mercantil queda reforzada cuando el artículo 1.2 permite que “cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley” y el artículo 4 admite que puedan llevarse a cabo actividades cooperativizadas con terceros no socios. En general, sobre la inspiración e influencia que para el régimen jurídico de las organizaciones sin ánimo de lucro (como las cooperativas o fundaciones) tiene el Derecho de sociedades de capital, “mercantilizando” sus normas, léase: EMBID IRUJO, J. M., “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 2003, pp. 79 y ss. y, en especial, p. 88. Pese al hecho de que las Comunidades Autónomas han asumido competencias legislativas en materia de cooperativas – que, en principio, chocaría con su calificación como “sociedades mercantiles”, a tenor del artículo 149.1.6º de la Constitución que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la “legislación mercantil”–, en palabras de MORILLAS JARILLO, M^a. J.; FELIÚ REY, M. I., *Curso de cooperativas*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2002: “La cooperativa es [...] una sociedad mercantil especial” [...] y “desde cualquiera de las posibles definiciones del concepto “legislación mercantil” que emplea el artículo 149.1.6ª CE, las cooperativas están dentro de él”. Esta calificación se ve confirmada con el artículo 211-1.1ºf) del Anteproyecto de Código mercantil donde de manera expresa se indica que son sociedades mercantiles las sociedades cooperativas.

clasificaciones que se contemplan legislativamente⁷⁶. De este modo, una cooperativa de iniciativa social y, más en general, una cooperativa sin ánimo lucrativo podría ser cualquiera de las clases de cooperativas existentes, aunque la praxis luego las cercene entre las de trabajo asociado, las de consumo o las de servicios⁷⁷.

1.4. ¿Las sociedades mercantiles de capitales para las IMFs no lucrativas?

Tras la observación de la caracterización de las IMFs no lucrativas, procedería analizar en la hipótesis de que el presente estudio tuviera un campo de análisis más profundo el supuesto opuesto: el de una IMF con ánimo lucrativo, cuya generación de beneficios no sólo se destinara a la sostenibilidad autónoma de la propia IMF sino al reparto entre sus miembros de las ganancias, vía dividendos, tras el correspondiente acuerdo del órgano generador de la voluntad social. Para este otro caso, más aún que las cooperativas con ánimo de lucro, las sociedades mercantiles serían el molde jurídico óptimo mediante el que operar, en línea con lo que dispone de modo expreso la Ley rumana de instituciones financieras no bancarias y el *Testo Unico Bancario* italiano. De entre la amplia panoplia de sociedades mercantiles existentes, las capitalistas, serían las que habría que adoptar si los socios de la IMF pretendieran tener responsabilidad limitada a lo aportado sin responder personal e ilimitadamente por las obligaciones que esta institución contrajera, en el ejercicio de sus funciones, frente a terceros. Sin poder ahondar, sin embargo, en este trabajo de investigación en las IMFs lucrativas y, en consecuencia, tampoco en el régimen dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capitales⁷⁸ para las sociedades limitadas, anónimas y comanditarias por acciones, interesa lanzar la siguiente pregunta desde el “otro lado del espejo”: ¿podría una IMF no lucrativa adoptar como forma jurídica una

⁷⁶ En las palabras literales de: ARGUDO PÉRIZ, J. L., “Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a nuevas necesidades sociales?”, *GEZKI*, núm. 3, 2007, p. 183.

⁷⁷ En la conclusión a la que se arriba en: *Ibidem*, p. 200.

⁷⁸ BOE núm. 161, 3 julio 2010, pp. 58472-58594 [RCL 2010, 10544]).

sociedad mercantil y, en especial, una sociedad capitalista?⁷⁹ Este interrogante conecta con dos cuestiones previas: la primera, si la IMF no lucrativa puede ser considerada una empresa social y, de ser así, si una empresa social puede adoptar como forma jurídica una sociedad de capital⁸⁰.

1.4.1. ¿Las IMFs no lucrativas como empresas sociales?

Para proporcionar respuesta a la primera de las dos últimas cuestiones planteadas se ha de buscar e intentar encontrar una definición válida de “empresa social”⁸¹. En un escenario tan variado y disperso de empresas sociales como el existente *ad intra* y *ad extra* de nuestras latitudes, no es viable conceptualizarlas de manera onmicomprensiva⁸², empero. Ante la inviabilidad, la definición ha de ser mutada por la descripción⁸³. “Las empresas sociales han

⁷⁹ “La ausencia de ánimo de lucro por parte de las IMF desaconseja, por inadecuada, todas las formas de sociedad mercantil”, aseveraría sin cuestionamientos ni matices: SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada...”, op. cit., p. 19.

⁸⁰ Se plasmó y ofreció respuesta a este último planteamiento por parte de FELIÚ REY, J. en: “Las empresas sociales: un nuevo reto para el Derecho de sociedades”, *Pensar en Derecho*, año 2, núm. 3, diciembre 2013, pp. 194 y ss., y con más profundidad, en: “Empresa social, ánimo de lucro y sociedad de capital. Hacia un replanteamiento, de nuevo, del Derecho de sociedades”, 2015, 41 pp. (trabajo mecanografiado prestado por el autor).

⁸¹ Va siendo cada vez más abundante la literatura (no jurídica) que define y estudia a las empresas sociales. En idioma español: BORNSTEIN, D., *Cómo cambiar el mundo...*, op. cit.; ESTIVILL, J.; BERNIER, A.; VALADOU, CH., *Las empresas sociales en Europa*, Barcelona: Hacer, 1997; YUNUS, M., *Las empresas sociales. Una nueva dimensión del capitalismo para atender las necesidades más acuciantes de la humanidad*, Madrid: Paidós, febrero 2011; YUNUS, M., “Negocio social: una respuesta a la nueva reforma económica mundial”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. extraordinario, 2011. Publicación jurídica que tomamos como referencia a nuestros efectos es: FELIÚ REY, J., “Las empresas sociales...”, op. cit., pp. 185-207 y, en especial, pp. 189 y ss. Del mismo autor, de manera más extensa: “Empresa social, ánimo de lucro...”, op. cit., 41 pp. (en prensa). Alusiones más breves a las empresas sociales en otros estudios jurídicos hay, verbigracia, en: ARGUDO, PÉRIZ, J. L., “Las cooperativas sin ánimo de lucro...”, op. cit., pp. 179-183.

⁸² *Ibidem*, p. 189. También en: EUROPEAN COMMISSION; ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Policy brief on social entrepreneurship. Entrepreneurial activities in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, p. 3, se insistió en que: “*There is, as of yet, no uniform language and understanding around the idea of “social enterprise” [and] “many definitions exist and a wide variety of organizational forms are adopted by social enterprises around the world”*”.

⁸³ En este sentido, en la “Iniciativa a favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales” de 25 de octubre de 2011 (COM (2011) 682 final) (SEC (2011) 1278 final), “la Comisión [europea] no pretende dar una definición normativa que se imponga a todos y dé lugar a un corsé reglamentario. Propone una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros” (p. 4). Y así por ellas “entiende las empresas para las cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial [...], cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social; y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejos de su misión” (p. 2). Esta Iniciativa procede de

de describirse en función de sus especificidades básicas comunes”, en palabras del Comité Económico y Social Europeo⁸⁴, que las encuentra en “sus objetivos sociales, la reinversión de los beneficios, la variedad de formas jurídicas y la participación de las partes interesadas”. El mínimo común denominador se halla, en efecto, en el propósito de dar solución a una necesidad social actuando a través de un esquema empresarial que sea sostenible económicamente sin que la rentabilidad a alcanzar tenga como objetivo el reparto de los beneficios entre los socios. Este denominador común parte de los siete principios esenciales que delimitan a las empresas sociales en el parecer de quien “inventara” los microcréditos, el profesor YUNUS⁸⁵: primero, el propósito no de maximizar los beneficios sino de combatir los problemas (entre otros, de pobreza, acceso a la educación, a la salud o a la tecnología) que amenazan a los más vulnerables de la Sociedad; segundo, la sostenibilidad económica y financiera de la compañía; tercero, el no retorno del capital a los socios a través del pago de dividendos; cuarto, la internalización de los beneficios para la expansión y la mejora de la actividad empresarial; quinto, la conciencia medioambiental; sexto, la mejora de las condiciones de empleabilidad respecto del estándar medio; y, por último, el disfrute en el desarrollo de la actividad que caracteriza a cada empresa social. Destacando el criterio de la sostenibilidad y expansión financiera y económica con el propósito último de cumplir un fin social reinvertiendo las ganancias para seguir ofreciendo servicios sociales a los beneficiarios finales⁸⁶, las IMF no lucrativas pueden ser calificadas sin reparos como empresas sociales⁸⁷.

“Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (COM (2010) 2020), así como del “Acta del Mercado Único – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” de 13 de abril de 2011 (COM (2011) 206 final).

⁸⁴ En su Dictamen sobre el “Espíritu empresarial social y las empresas sociales” de 26 de octubre de 2011 (INT/589 – CESE 1584/2011), p. 2 (más, en específico, en p. 4). A través de este Dictamen el Comité Económico y Social Europeo respaldó el lanzamiento por parte de la Comisión de la reseñada Iniciativa a favor del emprendimiento social.

⁸⁵ En: YUNUS, M., “Social business and microfinance: building partnerships with corporations and other entities to speed the end of poverty”, en DALEY-HARRIS, S.; AWIMBO, A. (eds.), *New pathways out of poverty*, USA: Kumarian Press, 2011, p. 126.

⁸⁶ En la línea de los criterios esenciales que para las empresas sociales planteara YUNUS, M., *Las empresas sociales...*, op. cit., pp. 29-31.

⁸⁷ Conforme con esta calificación se mostraría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Desarrollos recientes (2012-2014) de la financiación para el emprendimiento social y del régimen de las sociedades e instituciones microfinancieras (IMFs) en el Derecho europeo y español”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 1, diciembre 2014, p. 18, para quien: “Desde [una] óptica inclusiva y coordinada [...], las IMF son, a no dudar, “empresas sociales”, pues reinvierten su excedente

1.4.2. ¿Las sociedades mercantiles de capitales no lucrativas?

Habiendo llegado a una respuesta afirmativa para la primera de las dos últimas preguntas planteadas, se precisa averiguar, acto seguido, si la empresa social podría estructurarse como sociedad de capital o, en otros términos, si sería admisible una sociedad mercantil, aun de capital, sin ánimo lucrativo. Arribando a terreno movedizo y resbaladizo, a los limitados efectos de este estudio sólo puede indicarse –y simplificarse– que, aunque la doctrina y jurisprudencia clásica⁸⁸ consideraron el fin lucrativo como causa y elemento caracterizador del contrato de sociedad con la base del tenor literal de los textos codificados decimonónicos civil y mercantil, autorizadas voces⁸⁹ han

(como entes no lucrativos) en expandir sus logros colectivos para sus asociados o beneficiarios sociales; y también son empresas sociales en la medida en que encuentran obstáculos para financiarse”. Ejemplo clarificador de la adjetivación como “empresa social” de una IMF es la IMF pionera en el mundo, esto es, el Grammen Bank. En palabras de su fundador, M. YUNUS, “Social business and microfinance...”, op. cit., p. 127: “*Grammen Bank, which is owned by the poor people who are its depositary and customers, is an example of [...] social business*”. No obstante, se trata de una de las empresas sociales de las que él califica como tipo II, caracterizadas por ser lucrativas cuyos socios son personas pobres. En ellas, bien que existiendo el lucro, no se desdice su carácter social, en tanto el reparto de los beneficios sirve para reducir una situación de pobreza extrema.

⁸⁸ La asociación *lato sensu* es el género del que la sociedad es la especie, comentaría URÍA, R., *Derecho mercantil*, 26ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 166. Una definición de lo que sea “sociedad” la ofreció el Código Civil en su artículo 1665: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. De forma similar, el artículo 116 del Código de Comercio afirmó que es “el contrato [...], por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro”. A la vista de estas definiciones codificadas, la distinción entre la asociación en sentido estricto y la sociedad parecería residir en el ánimo de lucro. El profesor URÍA, R., *Ibidem*, pp. 166-167, se encargaría de manifestar que la sociedad mercantil es: “La asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan”. “De ahí que no puedan considerarse verdaderas sociedades mercantiles aquellas uniones de personas que no persigan un fin económico lucrativo [...] o que, aun procurando la obtención de ganancias, no se propongan la distribución de éstas entre los coasociados”. El que acaba de ser descrito es el planteamiento clásico del concepto de “sociedad” que, siguiendo la orientación francesa, vertebraba al ánimo de lucro en elemento esencial del contrato de sociedad, es decir, en principio configurador. Como causa o razón del contrato de sociedad (arts. 1275-1276 C.C.), se ha entendido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 2 de febrero de 1966, de 22 de noviembre de 1991 o de 25 de noviembre de 1997; así como por el Tribunal Supremo en tempranas sentencias de 11 de marzo de 1983, de 10 de noviembre de 1986, de 19 de enero de 1987, de 18 de noviembre de 1988, de 7 de abril de 1989 o de 19 de febrero de 1991 o en otras posteriores como la de 29 de noviembre de 2007. No falta tampoco en la actualidad autorizada doctrina (como los profesores J. I. FONT GALÁN y F. VICENT CHULIÁ) fiel a esta concepción del lucro como causa del contrato de sociedad.

⁸⁹ El planteamiento clásico ha sido superado por una corriente doctrinal, inspirada en el sistema alemán, tendente a desmitificar el lucro como elemento esencial (amparada por los profesores J. GIRÓN TENA, C. PAZ-ARES, J. M. GONDRA ROMERO, F. MARTÍNEZ SANZ o J. Mª. DE EIZAGUIRRE). Léase, entre todos: GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 25 y ss.; PAZ-ARES, C., “Comentario al artículo 2.1 LAIE”, en PAU PEDRÓN, A. (coord.), *Comentario a la Ley de agrupaciones de interés económico*, Madrid: Tecnos, 1992; PAZ-ARES,

venido defendiendo –en un intenso y rico debate de replanteamiento de fondo– que el ánimo de lucro no es esencial al concepto de “sociedad”. Desde esta otra perspectiva, la sociedad sería el género; engrandeciendo el Derecho societario su campo de aplicación. Bajo esta panorámica surge la conveniencia de distinguir un concepto amplio de un concepto restringido de “sociedad”. Mientras que el estricto abarcaría aquellas sociedades que tuviesen ánimo de lucro, para, en cambio, situarnos ante el amplio⁹⁰ tan sólo serían precisos estos dos elementos: el primero, el acuerdo entre los socios u origen comercial y, el segundo, el fin común, lucrativo o no. El lucro podría, entonces, faltar porque sería un elemento natural y no esencial del contrato de sociedad⁹¹. No siendo el lucro el elemento causal, la causa del contrato de sociedad sería el fin común, que –se recalca– no tendría por qué ser lucrativo. En el entendimiento doctrinal del concepto de “sociedad” en sentido amplio, las sociedades

C., “Ánimo de lucro y concepto de sociedad. (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)”, en *Derecho mercantil de la Comunidad europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 731-756, quien define la “sociedad” como: “Cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de la finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros”.

⁹⁰ En este concepto dilatado de “sociedad” se englobarían las comunidades de bienes que ejercen un negocio, en tanto hay un acuerdo de voluntades y un fin común. También encontrarían cabida dentro de aquél las cuentas en participación, aunque siga sin existir acuerdo doctrinal ni jurisprudencial acerca de su naturaleza jurídica. Al contrario de lo que hizo el primer Código de Comercio, de Sainz de Andino, incluyéndolas entre las compañías mercantiles en la Sección 4ª del Título II del Libro II (arts. 354-358), el parcialmente vigente Código de Comercio de 1885 –a semejanza del *Codice de Commercio de Zanardelli* de 1882 y del *Codice Civile* de 1942–, las regula en el Libro II (“De los contratos especiales del comercio”), pero en un Título separado (Título II: arts. 239-243) al de las compañías mercantiles (Título I: arts. 116-237), pareciendo poner de manifiesto que no estaríamos ante un contrato societario. Aun así, J. GARRIGUES comentó que habría que acudir a la regulación de las sociedades mercantiles personalistas y, en concreto, a las sociedades comanditarias (por ser la figura de más proximidad) para rellenar analógicamente las lagunas del régimen de las cuentas en participación. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1960 defendió, en cambio, que las normas a las que habría que acudir para suplir las deficiencias legales a este respecto eran los preceptos civiles sobre la comunidad de bienes, por aplicación de los artículos 2 y 50 del propio Código. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Código mercantil indica que el contrato de participación “coincide en lo esencial con la figura de las cuentas en participación” y esta coincidencia “excluye cualquier pronunciamiento legal sobre su naturaleza jurídica”; regulándolo en el Libro V, “De los contratos mercantiles en particular”, y situándolo entre el contrato de mediación y el de depósito.

⁹¹ Como posición doctrinal intermedia se situaría la de aquellos autores (como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO; DE LA CÁMARA, M.) que defienden la esencialidad del ánimo de lucro, bien que proponiendo un concepto amplio de “lucro”. Como el artículo 116 del Código de Comercio no exige que el lucro se reparta inter socios, sería suficiente con que la sociedad les proporcionase una ventaja económico-patrimonial, aunque no consistiese en puridad en un beneficio repartible.

mercantiles pueden ser sin ánimo de lucro; como lo es en el entendimiento expreso legal que para las agrupaciones de interés económico hace el artículo 2.2 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico⁹², a las que otorga carácter mercantil y aplica en el artículo 1, de modo supletorio, las reglas de la sociedad colectiva. Más allá de las personalistas, podrían ser sin ánimo de lucro las sociedades capitalistas, aun con la adopción del criterio de forma, con independencia de su objeto social, para su caracterización mercantil. Ello conduciría a que las clásicas figuras de las sociedades de capital, esto es, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada fuesen aptas para “arropar” bajo su “manto” a las empresas sociales.

Partiendo de esta vasta concepción, a continuación hay que desentrañar si el régimen dispuesto en nuestro Derecho positivo para las sociedades de capital es capaz de responder a las nuevas y cambiantes necesidades que plantean las empresas sociales, ajustándose con corrección a sus intereses y requerimientos⁹³. Sin olvidar que uno de los derechos mínimos y abstractos de los que goza el socio es el de participar en el reparto de las ganancias sociales que, tras el correspondiente acuerdo de la junta general, se transforma en el derecho concreto al dividendo activo⁹⁴, ¿la autonomía de la voluntad permitiría efectuar ese ajuste? Aun cuando pudiera realizarse a través de los mecanismos estatutarios o, incluso, extra-estatutarios de los pactos parasociales⁹⁵, para la cabal contestación a esta pregunta no habría que perder de vista que la renuncia voluntaria al reparto de beneficios afectaría a un gran número de disposiciones legales articuladas en torno a ese reparto al que se renuncia, tales como el dividendo preferente en caso de participaciones sociales o acciones sin voto, los privilegios en el reparto de las ganancias en forma de dividendos preferentes, el (suspendido) derecho de separación en caso de no distribución, la sanción por la morosidad del socio, la participación

⁹² BOE núm. 103, 30 abril 1991, pp. 13638-13641 (RCL 1991, 10511).

⁹³ Conforme planteó y resolvió acertadamente FELIÚ REY, J. en: “Las empresas sociales...”, op. cit., pp. 199 y ss.; “Empresa social, ánimo de lucro...”, op. cit., pp. 18 y ss.

⁹⁴ Por todos, léase: ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, núm. 16, 1973, 219 pp.

⁹⁵ De forma monográfica sobre los pactos parasociales, léase: FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012, 478 pp.

en la cuota de liquidación, aparte de, en su caso, la retribución de los administradores vía participación en beneficios o entrega de acciones⁹⁶.

Las dificultades son salvables, pero no son desdeñables. Para tratar de suplirlas sin cortapisas, con vistas a conseguir el pleno encaje que conduzca a vertebrar la sociedad capitalista –paradigma de la eficiencia empresarial– como vehículo jurídico apto para afrontar las demandas de las empresas sociales, opinamos que sería provechoso reformular en su conjunto el Derecho de sociedades de capital⁹⁷, sin que, a estos efectos, nos sirva la reforma que planea el Anteproyecto de Ley de Código mercantil. Con la Propuesta de nuevo Código Mercantil desapareció del concepto de “sociedades mercantiles”, dibujado en el primer párrafo del artículo 211-1, la mención al lucro, por cuanto se entendió por ellas las “que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado”. Pero, más allá de esta correcta desaparición que se mantiene en el artículo 211-1 del Anteproyecto de Ley de Código mercantil, las reglas jurídicas que para todas las sociedades mercantiles y, en especial, las de capitales recoge luego este texto pre-legislativo siguen encorsetadas en el pensamiento de base del reparto de los beneficios como derecho mínimo. La reforma que defendemos sería, en general, para dotar a la regulación societaria de suficiente simplicidad y flexibilidad⁹⁸, otorgando mayor primacía al principio “rey” de autonomía de la voluntad; y, en particular, para acoger en su seno sin obstáculos legales (aun salvables) a las sociedades sin ánimo de lucro. En suma, reclamamos una vez más⁹⁹ la reestructuración de la persistente duplicidad tipológica societaria dotándola de un único marco jurídico que, sin descuidar la tutela de los intereses de las distintas partes implicadas, sea suficientemente flexible, simple

⁹⁶ Con minuciosidad y precisión, consúltese, al respecto, las siguientes investigaciones del profesor FELIÚ REY, J. que en este punto tomamos como punto de partida y llegada de nuestra argumentación: “Las empresas sociales...”, op. cit., pp. 200-202; “Empresa social, ánimo de lucro...”, op. cit., pp. 18 y ss.

⁹⁷ En la línea que propusiera de manera extensa y, a nuestro juicio, justificada el profesor FELIÚ REY, J. en: *Ibidem*, pp. 36-37; “Las empresas sociales...”, op. cit., pp. 189, 202-205.

⁹⁸ Por una mayor flexibilidad y simplicidad del Derecho de sociedades de capital ya tuvimos ocasión de abogar nosotros en las conclusiones del siguiente capítulo de libro: GARCÍA MANDALONIZ, M., “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 335-336.

⁹⁹ Como reclamáramos en la publicación de nuestra autoría indicada *supra* en la nota a pie de página previa.

y moldeable para cubrir las características de las grandes, medianas y pequeñas sociedades cerradas o abiertas, lucrativas o no lucrativas.

De no lograrse tal reforma estructural, convendría estudiar la necesidad de configurar *ex novo* un molde jurídico-privado propio para las entidades sin ánimo de lucro (más allá de la clasificación, concepto y régimen fiscal que contiene para ellas la Ley 49/2002)¹⁰⁰, donde se acoplarían con holgura las empresas sociales¹⁰¹ y, dentro de ellas, las IMFs sin lucro. En la Iniciativa en favor del emprendimiento social, de 25 de octubre de 2011, la Comisión europea propuso reflexionar sobre la posibilidad de crear un estatuto común europeo para las empresas sociales¹⁰². Legislación y formas jurídicas previstas para las empresas sociales han ido apareciendo ya en varios Estados miembros de la Unión Europea como el Reino Unido, Italia, Finlandia y Eslovenia¹⁰³. En el nuestro se consideró “necesario crear un marco jurídico que facilite las actividades de los emprendedores sociales” al hilo de la tramitación parlamentaria de la Ley de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo¹⁰⁴, donde se planteó (y pronto rechazó)

¹⁰⁰ En particular, léase el artículo 3 de esta Ley 49/2002.

¹⁰¹ PARODI LUNA, M^a. B., “Las empresas sociales. ¿Un nuevo desafío legal?”, *Blog cristal roto*, septiembre 2011, pp. 3, 5, disponible en: <https://blogcristalroto.wordpress.com/2011/09/08/las-empresas-sociales-%C2%BFun-nuevo-desafio-legal/> (última consulta: 30 abril 2015), planteó la necesidad y/o conveniencia de crear un tipo legal propio para las empresas sociales alternativo a los existentes para, confiriendo identidad legal formal, potenciar el desarrollo de sus iniciativas.

¹⁰² En la página 12 de la citada Iniciativa comunitaria en favor del emprendimiento social.

¹⁰³ En el Reino Unido la *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* por la que se introduce en 2005 la *Community Interest Company* (CIC); en Italia la *Legge ordinaria núm. 118, 13 giugno 2005, que delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale* y el *Decreto Legislativo núm. 155, 24 marzo 2006, della disciplina dell'impresa sociale*; en Finlandia la *Act on social enterprises (Laki núm. 135/2003, 30-12-2003, sociaalisista yrityksistä)*, en vigor desde el 1 de enero de 2004; y en Eslovenia la *Social Entrepreneurship Act 2011*, son nombradas por el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre el espíritu empresarial social y propuestos para su evaluación por parte de la Comisión europea de cara a comprobar su utilidad (p. 5 y, en especial, nota a pie de página núm. 6). Por lo que al caso destacado del Reino Unido respecta, BLEND, J., *Social Enterprise solutions for 21st Century challenges. The UK model of social Enterprise and experience*, Publications of Ministry of Employment and the Economy, 25/2010, pp. 39 y ss., comentaría que existe un variado rango de formales legales y organizativas para las empresas sociales, donde encuentran un papel preponderante las *Industrial Provident Societies* (IPS), como *limited companies*, y las CIC, específicamente establecidas desde 2005 para las empresas sociales con la característica de que hasta un máximo del 35% de los beneficios totales puede ser distribuidos a los inversores. Aunque hasta 2010 había más de cuatro mil CIC, la más común sigue siendo la IPS, regulada por la *Industrial and Provident Societies Act 1965* con dos submodalidades: la primera, la *bona fide co-operatives* y, la segunda, la *benefit of the community (bencom)*, ambas bajo el registro de la *Financial Services Authority*.

¹⁰⁴ BOCG núm. 43-3, Serie A, 29 mayo 2013, p. 158, en la enmienda número 187 planteada por el Grupo Parlamentario Catalán.

la inclusión (en el Título XV de la Ley de sociedades de capital) de un nuevo subtipo de sociedad limitada calificado “de interés general”. En el futuro sería pertinente retomar en nuestro país el estudio en torno a esa necesidad de un marco jurídico-societario propio para la empresa social. Si el resultado que ofreciera ese eventual análisis fuese bien la imposibilidad y la no necesidad o bien la posibilidad pero la no necesidad de añadir al complejo organigrama tipológico una fórmula particularizada para las empresas sociales como entidades sin ánimo de lucro, proseguiríamos solicitando *de lege ferenda* la flexibilización del régimen jurídico-positivo de las sociedades de capitales, en aras a atender la multiplicidad de esquemas mediante los que se canalizan las actividades empresariales en el tráfico económico actual.

IV. EL RETO DE UNA REGULACIÓN *AD HOC* PARA LAS IMFS NO BANCARIAS Y NO LUCRATIVAS

El primer apartado de la “Iniciativa europea para el desarrollo del microcrédito en apoyo del crecimiento y del empleo” insta a los Estados miembros a “mejorar [o, en su caso, crear] el entorno legal e institucional” “que permita el desarrollo de las IMFs”, adaptando los mecanismos de “control y supervisión a las especificidades de la microfinanza”. El legislador español ha de saber afrontar este desafío de elaborar una regulación *ad hoc* para los microcréditos y las IMFs no bancarias y no lucrativas. Tal regulación microfinanciera actuaría a modo de “tabla de salvación”, en tanto su finalidad sería extender y fortalecer a futuro las debilitadas finanzas sociales o inclusivas dentro de nuestros confines¹⁰⁵. Para ello, habría de cumplir las bases que sostienen el Derecho del mercado financiero, esto es, los principios de seguridad jurídica, transparencia, claridad, protección, accesibilidad, facilidad en la resolución de conflictos y ética profesional. No obstante, no debieran quedar sujetas las IMFs a la regulación prudencial ni a los parámetros propios de la supervisión y solvencia aplicable a las entidades de crédito y a los EFC

¹⁰⁵ Como bien señalara ORTIZ GARCÍA-MIGUEL, C., *El microcrédito...*, op. cit., p. 12: “En España la falta de una legislación especializada sobre las microfinanzas y sus entidades hace más difícil su desarrollo”.

por desempeñar su actuación en el campo extra-bancario en pro de una finalidad social. Al tiempo, esa especial regulación del sector microfinanciero aconsejaría venir acompañada de una flexibilización y simplificación del Derecho de sociedades mercantiles de capital, capaz de adecuarse con propiedad a las estrategias de las empresas sociales sin descuido ni de la seguridad ni de la protección de los distintos intereses en juego en el marco societario. Con este doble reto normativo se concluye la presente investigación, al modo en que se comenzó: tomando prestadas unas palabras, esta vez, del profesor KOZOLCHYK¹⁰⁶: “El camino es arduo, pero la meta merece el esfuerzo sostenido de todos los que [creemos] en el Derecho como un vehículo para [la mejora] de la condición humana”.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAD, M., “Microfinanzas para la inclusión social y financiera: modelos para asegurar que nadie sea excluido del acceso a oportunidades”, *Mini-plenaria de la pista española de la Cumbre Mundial del Microcrédito*, Valladolid, 16 de noviembre de 2011.

ARGUDO, PÉRIZ, J. L., “Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a nuevas necesidades sociales?”, *GEZKI*, núm. 3, 2007.

BLEND, J., *Social Enterprise solutions for 21st Century challenges. The UK model of social Enterprise and experience*, Publications of Ministry of Employment and the Economy, 25/2010.

BORNSTEIN, D., *Cómo cambiar el mundo. Los emprendedores sociales y el poder de las nuevas ideas*, 2ª ed., Barcelona: Debate, mayo 2005.

CABRAL JIMÉNEZ, E., “The microfinance and inclusive finance agenda: the BSP experience”, *UNCITRAL International Colloquium on Microfinance. Panel:*

¹⁰⁶ Vid. KOZOLCHYK, B. “El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza”, *DN*, núm. 199, abril 2007, p. 20 (también publicado en: *Foro de Derecho Mercantil*, 2007).

the overall policy context for enabling inclusive finance, UNCITRAL, Viena, 12 enero 2011.

CARPI MARTÍN, R., “Las instituciones microfinancieras y su relación con las plataformas de financiación participativa que contempla el Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 1, diciembre 2014.

CLIFFORD CHANCE, “Key issues in microfinance legislation and regulation”, *Client Briefing*, november 2011.

CONSULTATIVE GROUP TO ASSIST THE POOR (CGAP), *Transforming NGO MFIs: critical ownership issues to consider*, núm. 13, june 2008.

DOICIU, M., “¿Es la legislación importante para el desarrollo del sector microfinanciero? Estudio de caso sobre Rumanía”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013.

DURÁN NAVARRO, J., “El Grupo de Trabajo de Legislación Microfinanciera Española”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013.

___ “Conclusiones”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013.

___ (coord.), “Conclusiones del primer encuentro nacional de microfinanzas y reflexiones sobre los principales elementos de discusión”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 15, julio 2011.

EIZAGUIRRE, J. M^a. DE, *Introducción al Derecho Mercantil*, Bilbao: Librería Carmelo, 1995.

EMBID IRUJO, J. M., “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 2003.

ESTIVILL, J.; BERNIER, A.; VALADOU, CH., *Las empresas sociales en Europa*, Barcelona: Hacer, 1997.

EUROPEAN COMMISSION. *Expert Group Report. The regulation of microcredit in Europe*, European Commission, April 2007.

EUROPEAN COMMISSION / ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *Policy brief on social entrepreneurship. Entrepreneurial activities in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

FELIÚ REY, J., “Empresa social, ánimo de lucro y sociedad de capital. Hacia un replanteamiento, de nuevo, del Derecho de sociedades”, 2015 (trabajo mecanografiado prestado por el autor).

___ “Las empresas sociales: un nuevo reto para el Derecho de sociedades”, *Pensar en Derecho*, año 2, núm. 3, diciembre 2013.

___ *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

FERRERO FERRERO, I.; MUÑOZ TORRES, M^a. J.; FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M^a. A., “Contextualización del microcrédito en el sistema bancario mundial”, en FERRER RIQUELME, J.; GINÉS VILAR, M. (ed.), *Experiencias internacionales sobre microfinanzas. Manual del microcrédito*, Castellón de la Plana: Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2010.

GARCÍA ALBA, J. (coord.), *Telefonía móvil y desarrollo financiero en América Latina*, Barcelona: Ariel, BID, 2009.

GARCÍA MANDALONIZ, M., “No es oro todo lo que reluce en las microfinanzas: la necesidad de una regulación internacional”, *RDBB*, año 31, núm. 127, julio-septiembre 2012 (también publicado en: *Derecho & Sociedad*, núm. 41, 2014).

___ “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976.

___ “Concepto del Derecho mercantil en el Derecho español”, *ADC*, núm. 2, 1954.

GÓMEZ CALERO, J., “Sobre la “mercantilidad” de las cooperativas”, *RDM*, núm. 137, julio-septiembre 1975.

GONDRA ROMERO, J. M^a., “La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)”, *RDM*, núm. 228, 1998.

___ *Derecho Mercantil. Introducción (Concepto. Sistema. Fuentes)*, T. I, Vol. 1º, Madrid, 1992.

GUTIÉRREZ NIETO, B., *La financiación socialmente responsable. El microcrédito en España*, Navarra: Thomson-Civitas, ICO, 2005.

___ “Microcrédito y desarrollo local”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 18, noviembre 2003.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Desarrollos recientes (2012-2014) de la financiación para el emprendimiento social y del régimen de las sociedades e instituciones microfinancieras (IMFs) en el Derecho europeo y español”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 1, diciembre 2014.

ILLESCAS ORTIZ, R., “El empresario mercantil individual: reglas generales”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), *Derecho Mercantil I*, 14^a ed., vol. 1, Madrid: Marcial Pons, octubre 2010.

___ “Una oportunidad para lo micro”, *DN*, año 19, núm. 199, abril 2007.

___ *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, núm. 16, 1973.

KOZOLCHYK, B. “El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza”, *DN*, núm. 199, abril 2007 (también publicado en: *Foro de Derecho Mercantil*, 2007).

LACALLE CALDERÓN, M. (et al.), “El Banco Grameen”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 8, febrero 2007.

LACALLE CALDERÓN, M.; RICO GARRIDO, S., “Microfinanzas en España: impacto y recomendaciones a futuro”, *Foro Microfinanzas*, núm. 18, enero 2012.

LAZAR, A.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Los modelos francés y rumano de regulación societaria y contractual de las IMF, y su proyección previsible en España”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 1, diciembre 2014.

LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., “Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (BOE de 17 de julio)”, *RdS*, núm. 13, 1999.

MAES, J. P.; REED, L. R., *Informe del Estado de la Campaña de la Cumbre del Microcrédito 2012*, Washington: Campaña de la Cumbre del Microcrédito, 2012.

MARTÍNEZ ESTÉVEZ, A., “El programa de microcréditos del ICO”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 84, 2005.

MORILLAS JARILLO, M^a. J., “La nueva regulación estatal de las sociedades cooperativas”, *DN*, núm. 111, año 10, 1999.

MORILLAS JARILLO, M^a. J.; FELIÚ REY, M. I., *Curso de cooperativas*, 2^a ed., Madrid: Tecnos, 2002.

MOYA, C., “Una política para promover el acceso a servicios financieros buscando equidad social”, *UNCITRAL International Colloquium on*

Microfinance. Panel: the overall policy context for enabling inclusive finance, UNCITRAL, Viena, 12 enero 2011.

NOWAK, M., “El microcrédito en Francia. La experiencia de ADIE”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, mayo 2013.

ORTIZ GARCÍA-MIGUEL, C., *El microcrédito. Estudio de su viabilidad y necesidad de desarrollo en el sistema financiero español*.

PARODI LUNA, M^a. B., “Las empresas sociales. ¿Un nuevo desafío legal?”, *Blog cristal roto*, septiembre 2011, <https://blogcristalroto.wordpress.com/2011/09/08/las-empresas-sociales-%C2%BFun-nuevo-desafio-legal/> (última consulta: 30 abril 2015).

PAZ-ARES, C., “Comentario al artículo 2.1 LAIE”, en PAU PEDRÓN, A. (coord.), *Comentario a la Ley de agrupaciones de interés económico*, Madrid: Tecnos, 1992.

— “Ánimo de lucro y concepto de sociedad. (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)”, en *Derecho mercantil de la Comunidad europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991.

PÉREZ, C. “La sostenibilidad del sector microfinanciero español”, en DURÁN NAVARRO, J. (coord.), “Conclusiones del Primer Encuentro Nacional de Microfinanzas y reflexiones sobre los principales elementos de discusión”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 15, julio 2011.

PIZZO, G., “La Ley del microcrédito en Italia: de la Ley bancaria a una legislación específica”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013.

PORTELLANO DÍEZ, P., “El sistema de clases en la Ley de cooperativas: un alegato a favor de la simplicidad legal”, *RdS*, núm. 19, 2002.

RICO GARRIDO, S. (et al.) (eds.), “Las Entidades Sociales de Apoyo al Microcrédito: su papel en la concesión de microcréditos en España”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 3, mayo 2005.

RICO GARRIDO, S.; LACALLE CALDERÓN, M., MÁRQUEZ VIGIL, J.; DURÁN NAVARRO, J., *Microcredit in Spain*, Madrid: Fundación Nantik Lum; European Microfinance Network, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Los conceptos de sociedad y de empresa en la Ley de cooperativas”, en Libro homenaje a *Ramón M^a. Roca Sastre*, vol. III, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977.

SÁNCHEZ CALERO, F.; OLIVENCIA, M., “Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas”, en *El cooperativismo de la coyuntura española actual. Anales de moral social y económica*, vol. 6, Madrid: Centro de Estudios Sociales de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, 1964.

SERRANO, P., “Forma jurídica recomendada para instituciones microfinancieras”, *Foro de Microfinanzas*, núm. 20, marzo 2013.

URÍA, R., *Derecho mercantil*, 26^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1999.

VEREDA DEL ABRIL, A., *Microcréditos y desarrollo*, Madrid: Fundación Iberoamericana para el Desarrollo, 2001.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 23^a ed., vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

___ “Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho Mercantil en la última década”, en *Homenaje a Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995.

WHEATLEY, J., “Small is beautiful for Latin America’s pioneers”, *Financial Times*, 27 february 2009.

YUNUS, M., *Las empresas sociales. Una nueva dimensión del capitalismo para atender las necesidades más acuciantes de la humanidad*, Madrid: Paidós, febrero 2011.

___ “Negocio social: una respuesta a la nueva reforma económica mundial”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. extraordinario, 2011.

___ “Social business and microfinance: building partnerships with corporations and other entities to speed the end of poverty”, en DALEY-HARRIS, S.; AWIMBO, A. (eds.), *New pathways out of poverty*, USA: Kumarian Press, 2011.

**ANEXO: RESEÑA DEL SEMINARIO DE LA CÁTEDRA GARRIGUES DE
MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES**

**“DERECHO DE SOCIEDADES E INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS”
(UNIVERSIDAD DE DEUSTO, BILBAO, 23 DE ENERO DE 2015)**

Director: Javier Ibáñez Jiménez

I. ENTIDADES ORGANIZADORAS

GRUPO DE INVESTIGACIÓN “DERECHO, MERCADO Y SOCIEDAD GLOBAL
SOSTENIBLE” (UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS)

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MICROFINANZAS

CÁTEDRA GARRIGUES DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES

II. OBJETIVOS

- Promoción del conocimiento del derecho de sociedades actual y su aplicación al régimen futuro de las instituciones microfinancieras españolas
- Reflexión entre especialistas en derecho microfinanciero y microfinanzas el estado actual de la regulación global de las instituciones microfinancieras
- Exposición de un modelo óptimo gobierno societario de las instituciones microfinancieras
- Análisis de las relaciones entre microprestamistas, sociedades y asociaciones de apoyo al microcrédito, y sociedades microprestatarias, desde diversos ángulos del régimen jurídico español y comunitario.

III. DESTINATARIOS

Investigadores predoctorales y doctores especializados en microfinanzas, profesores de las áreas de derecho privado concernidas; operadores jurídicos especializados en derecho de las instituciones microfinancieras; gestores y promotores de instituciones microfinancieras

IV. PROGRAMA

12:30 h PRESENTACIÓN

12:40 h *DERECHO DE SOCIEDADES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS INSTITUCIONES MICROFINANCIERAS*

Javier Ibáñez Jiménez

Profesor Propio de la U. P. Comillas. Co-director de la Cátedra Garrigues de Modernización del Derecho de Sociedades

13.00 h *CONCEPTO DE MICROCRÉDITO SOCIAL: DISTINCIÓN DEL MICROCRÉDITO Y DEL MICROCRÉDITO SOSTENIBLE, Y RELEVANCIA DE LA EXCLUSIÓN DEL ÁNIMO DE LUCRO SOCIETARIO*

Jaime Durán Navarro

Presidente de la Asociación Española de Microfinanzas. Investigador del Proyecto Interfacultativo UNIJÉS “Instituciones microfinancieras: régimen y gobierno eficiente”

13:20 h *CARACTERIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS IMF Y NATURALEZA DEL MICROCRÉDITO EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO*

Marta García Mandalóniz

Profesora Titular de la U. Carlos III. Investigadora del Proyecto Interfacultativo UNIJÉS “Instituciones microfinancieras: régimen y gobierno eficiente”

13.40 h *ANTE UNA POSIBLE ORDENACIÓN DE LAS IMF DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA*

Stella Solernou Sanz

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto

14.00 h *ASPECTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS IMF*

Belén García Álvarez

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Deusto

14.20 h *LAS IMF EN LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN (GENERALES Y HOMOLOGADOS)*

Inmaculada Herbosa Martínez.

Profesora Titular de Derecho Civil (Deusto) Investigadora del Proyecto Interfacultativo UNIJÉS “Instituciones microfinancieras: régimen y gobierno eficiente”

14:40 h CLAUSURA