

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

DISCURSO INAUGURAL DEL AÑO ACADÉMICO 1965 - 1966



ANTE UNA NUEVA REFORMA
DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

POR EL

DR. D. ANTONIO POLO

CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECH

BARCELONA

1965

*Magnífico y Excelentísimo Señor Rector,
Excelentísimos e Ilustrísimos Señores,
Queridos compañeros y estudiantes universitarios,
Señoras y Señores:*

Pocas veces comporta tanta pesadumbre el cumplimiento de un estricto deber académico. La Universidad española, en sus dos estamentos de maestros y escolares, vive hoy momentos de honda inquietud. Sería pueril silenciarlo; mas no es esta la ocasión, ni soy yo el indicado para analizar las causas de aquella ansiedad. Estoy seguro que cada uno de vosotros, queridos compañeros y estudiantes, habéis encontrado ya en vuestra intimidad la respuesta más acorde con vuestros particulares puntos de vista.

En este solemne momento, yo sólo quiero rogar que el Señor ilumine por igual a todos, tanto a los que tienen la responsabilidad del mando como a los que con vocación sincera desempeñamos nuestra función docente en el ámbito universitario, como a aquellos otros cuya formación profesional y humana tenemos confiada, para que de nuevo la concordia reine dentro y fuera de las aulas, en beneficio de la grandeza y esplendor de la Universidad española.

Cuando en virtud del turno correspondiente fui designado para pronunciar el Discurso inaugural, no he de ocultaros que el hecho me produjo viva satis-

facción y que me sentí muy honrado con el encargo, porque honor es el tomar la representación de la Universidad y de la propia Facultad en ocasión tan solemne como la de iniciación de un nuevo curso, con todo su haz de ilusiones y de buenos propósitos y con todo el cordial anhelo de volver a ponernos en contacto con nuestros estudiantes, los que continúan todavía sus estudios y aquellos que hoy los inician llenos de fe y esperanza que no debemos ni podemos defraudar.

Muy pronto aquella inicial satisfacción cedía el paso a una sensación de preocupación y de responsabilidad. Había que decidir entre los varios que se ofrecían como posibles temas del Discurso y esta elección en mi sentir debía venir presidida por un lógico condicionamiento: que fuera un tema de carácter general, que gozara a ser posible de una cierta actualidad y, sobre todo, que yo pudiera decir sobre él algo que tuviera interés para vosotros. Como tema que mejor reunía las condiciones anteriores, sobre todo las dos primeras, se me ofreció, desde el principio, la posibilidad de situarme ante la anunciada reforma de la Sociedad Anónima, lo que me daba la oportunidad de hacer unas reflexiones sobre esta importante forma social en un momento como el actual en que España inicia su desarrollo económico y el Ministerio de Justicia ha elaborado un Proyecto de reforma parcial de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

PRIMERA PARTE

EL MOVIMIENTO DE REFORMA EN EUROPA Y
LAS ORIENTACIONES QUE EN EL MISMO HAN
SIDO DEBATIDAS

CAPÍTULO PRIMERO

PERSISTENCIA DEL MOVIMIENTO DE REFORMA EN EUROPA

Cuando parecía que el movimiento de reforma de la Sociedad anónima en Europa había quedado cerrado para un largo período con la publicación de los nuevos ordenamientos legales de Suiza (1936), Alemania (1937), Italia (1942), Inglaterra (1948) y España (1951), inmediatamente comienzan a manifestarse en los países respectivos, con más brío si cabe que en los años que precedieron a la aparición de aquéllos, vivas aspiraciones de nueva reforma, aspiraciones que llegan a constituir una constante y que han motivado la publicación de diversos trabajos y Proyectos legislativos y de numerosos estudios consagrados a la reforma en aquellos países. De ellos, solamente Alemania ha conseguido recientemente dar cima a este nuevo proceso de reforma. El 25 de mayo de este año, el Bundestag ha votado por unanimidad, en tercera lectura, con muy pocas modificaciones, el Proyecto del Gobierno de Ley de Sociedades por acciones y la Ley de introducción a la misma. El nuevo texto legal requiere solamente la aprobación del Bundesrat, antes de entrar en vigor el 1.º de enero de 1966.

Recientemente este movimiento de reforma ha trascendido también a España. En efecto, en los momentos actuales, por decisión de quien podía hacerlo, España tiene abierto nuevamente el proceso de reforma de la Sociedad Anónima y ya las revistas y publicaciones económicas y financieras, en este aspecto más rápidas y acaso más sensibles que las jurídicas, se han hecho eco de ello, adelantando algunas de las directrices que lo informan.

La orientación que en general presidía aquel movimiento europeo de reforma de la Sociedad anónima de los años 30 y 40, que desembocó en la promulgación de las importantes leyes citadas, respondía, fundamentalmente, a un deseo de perfeccionamiento técnico-jurídico de la institución que, regulada todavía por las tradicionales normas de los Códigos de Comercio, sobre un patrón que arrancaba en lo esencial de la venerable Ley francesa de Sociedades anónimas de 1867, se había mostrado insuficiente para continuar regulando eficazmente una institución cuyo auge era cada día creciente, como quedó puesto de relieve a consecuencia de la crisis económica que, iniciada en 1929, caracterizó con su signo de depresión los años 30.

Sin embargo, al iniciarse la segunda mitad del siglo XX, surge un nuevo movimiento revisionista que podríamos designar como de reforma de la reforma. Son los propios países que se habían situado a la cabeza del anterior proceso de renovación legislativa, que por los logros conseguidos parecía que debían sentirse satisfechos de su labor —al ser tomados sus ordenamientos como modelo por otras legislaciones dictadas con posterioridad—, los que comienzan a sentir de nuevo la necesidad de revisar sus propios ordenamientos, pero en esta ocasión no tanto con un simple afán de mejora o perfeccionamiento técnico-

jurídico de aquéllos, cuya bondad de principio se acepta y reconoce, sino con el más ambicioso de poner sobre el tapete nada menos que las bases constitucionales y de organización de la Sociedad anónima, bien que luego, la prudencia de los propios redactores y en ocasiones de los gobernantes haya hecho prosperar un sentido más conservador de la reforma, dejando aplazadas para otro momento, o acaso para siempre, la adopción de reformas más profundas.

No se trata tanto de eliminar o corregir los defectos de técnica-jurídica de que aquellas normas pudieran adolecer, cuanto de adaptar la estructura interna y de funcionamiento de la Sociedad anónima a las nuevas exigencias de la economía. La preocupación que ahora inspira los nuevos movimientos de reforma pretende tener en cuenta las modificaciones y en ocasiones esenciales transformaciones de las concepciones económico-políticas y político-sociales de los tiempos nuevos, que en algunos países y para algunos autores, parecen reclamar el abandono de los cauces jurídico-privados para entrar de lleno en el de las instituciones públicas, lo cual, dado el número y el volumen creciente de las empresas que hoy se cobijan bajo la forma de la Sociedad anónima, está muy cerca de desembocar en una socialización de la economía, favorecida por aquella tendencia a la auto-socialización que se manifiesta en las grandes empresas y que ya había sido puesta de relieve con ocasión del anterior proceso de reforma (GARRIGUES).

Esta nota de permanencia que caracteriza el movimiento de reforma de la Sociedad anónima en Europa nos plantea forzosamente un interrogante. Cabe preguntarse, ante la reiteración de aquellos propósitos de reforma, si esta circunstancia de que la institución no acierte a encontrar su estatuto jurídico propio, pese a los esfuerzos realizados y a la extra-

ordinaria calidad de las inteligencias puestas al servicio de aquella idea, lejos de anunciar una necesidad de reforma de la Sociedad anónima, lo que denuncia es la propia crisis de la institución. En otros términos, si la transformación interna que se opera en el seno de la Sociedad anónima, y que se refleja en una subversión de fuerzas y de intereses entre la Junta general y el Consejo de Administración, lejos de acusar un defecto técnico de la institución, lo que pone al descubierto es un fallo en la base misma de la Sociedad anónima tal como hasta ahora había sido tradicionalmente concebida.

Si como se ha dicho —sin duda entonces con acierto—, se tratara de una simple discordancia o divorcio entre el derecho positivo y los nuevos hechos de la Sociedad anónima, si solamente hubiera de procurarse corregir aquella desviación, adaptando, en la medida de lo posible, el derecho a los hechos, la reforma de la Sociedad anónima quedaría reducida a una simple labor de puesta al día de los textos legales, lo cual es misión para la que la técnica jurídica moderna está suficientemente preparada.

Mas acaso en los momentos actuales no se trate solamente de una simple discordancia, sino más bien de una abierta oposición entre la teoría y la realidad, entre el derecho positivo y el derecho vivo de Sociedades anónimas. La gravedad del fenómeno, puesto de manifiesto en repetidas ocasiones, especialmente a partir de RATHENAU, a través de la antítesis entre los términos *Aktienrecht* y *Aktienwesen*, se agiganta al proyectarse sobre una institución jurídica que tan directa influencia ejerce sobre la economía.

La razón de esta supuesta crisis de la Sociedad anónima quizá haya de buscarse en su ocasional vinculación al capitalismo moderno. Indudablemente la Sociedad anónima, nacida originariamente para la

realización de las grandes empresas coloniales de comienzos del siglo xvii, queda muy pronto vinculada al capitalismo, del que resulta ser su mejor y más apto instrumento. La Sociedad anónima asiste al crecimiento, plenitud y... ¿crisis?... del capitalismo. La historia de éste se confunde en muchos momentos con la de aquélla. A la Sociedad anónima, como forma de organización económica, se deben, sin duda, las grandes conquistas y progresos del capitalismo, esa su maravillosa fuerza creadora, que lo justifica cumplidamente en un determinado momento histórico; pero sobre ella pesan también sus grandes abusos. Son estos últimos —factor importantísimo en la evolución de las formas económicas y políticas de los tiempos nuevos—, los que motivan la intervención del Estado moderno, con el designio de encarnar e infundir un contenido social en la empresa y restablecer dentro de ella la natural jerarquía de sus elementos, subvertida por el capitalismo, como sistema económico, en favor del capital con menosprecio y posesión, cuando no abandono, del elemento humano de la misma.

Cuando todo este complicado aparato técnico que es el sistema capitalista, parecía haber alcanzado su plenitud y con ella su máximo rendimiento, comienzan a manifestarse síntomas de crisis o al menos de posible inquietud. Aquellas gigantescas proporciones de las grandes Sociedades Anónimas, rebeldes a toda captación y medida, a toda disciplina ordenada, alcanzadas merced al crecimiento patológico y anormal de las construcciones del sistema, favorecidas por el fenómeno de la concentración de empresas, había de conducir fatalmente a la crisis.

La organización económica de los distintos países sufre en estos últimos años transformaciones sin igual. No son meras evoluciones, más o menos rápidas y

contradictorias, sino auténticas transformaciones que trasmutan radicalmente la faz de las instituciones económicas y reclaman con urgencia normas y sistemas nuevos. Se conmueven las bases sobre las que hasta ahora se había asentado la economía liberal y capitalista, cuando aún no ha sido alumbrado en condiciones de viabilidad el sistema que haya de sustituirla. Me limito de propósito a registrar esquemáticamente el hecho.

No me incumbe, ni sería éste el momento adecuado para ello, dilucidar si la actual crisis económica que gravita sobre nuestro mundo será una de tantas crisis cíclicas o de coyuntura, que pueda ser superada con las propias fuerzas internas del sistema, o si, calando más hondo, se trata de una verdadera crisis total, es decir, si nos hallamos solamente, como se ha dicho por la mayoría, ante una crisis en el sistema y por tanto, funcional, o si, por el contrario, como pretenden los que adoptan posiciones más avanzadas y radicales, estamos en presencia de una crisis del sistema y por lo tanto, orgánica.

Al designio propuesto en este trabajo importa solamente destacar cómo la Sociedad anónima, a la cual se vinculan los mayores abusos de ese capitalismo financiero, para algunos periclitante y en crisis, resiste incólume y sale airosa y aun robustecida de los fuertes embates que le dirigen los enemigos del capitalismo, no sólo los que militan en el campo marxista, sino también aquellos otros que por igual se sitúan frente a capitalismo y comunismo.

La Sociedad anónima que, por efecto de un espejismo muy explicable, ha tenido que soportar los más duros ataques, dirigidos —ahora se ve claro—, no tanto contra la Sociedad por acciones como forma social de organización económica, sino contra el capitalismo como sistema, a cuyos fines de dominación

había servido fielmente como instrumento, se afirma una vez más en esta coyuntura de reforma y todos los países se preocupan de darle una constitución y organización adecuadas para que pueda continuar cumpliendo los fines que de ella exigen la economía y la política.

Esta pervivencia de la Sociedad anónima como concepto estructural de organización económica, fue puesta de relieve entre nosotros, hace ya mucho tiempo, por Joaquín GARRIGUES, quien expresa su pensamiento con estas palabras: «La Sociedad por acciones, que comenzó su vida bajo la tutela del Estado, organizándose a semejanza de éste, se acerca hoy nuevamente a la esfera del Derecho público, apartándose del tipo mercantilista y capitalista puro con el que obtuvo su máximo esplendor durante el pasado siglo. Cobijando bajo una forma jurídica que subsiste en esencia hace más de tres siglos los más heterogéneos elementos y las más contradictorias tendencias, adaptándose a los fines más dispares, la Sociedad anónima, especie de *perpetuum mobile*, sigue viviendo y sale vigorizada de los múltiples conflictos que en su estructura cada día plantea la nueva economía».

Afirmada esta subsistencia de la Sociedad anónima con sentido instrumental, como pura forma de organización económica, no debemos silenciar que una concepción tan excesivamente formal de la institución podría conducir a degeneraciones perniciosas, por cuanto como puro concepto estructural, fruto de la técnica y de la racionalización de la vida moderna, neutro en sí mismo, se presta a potenciar y actualizar cualquier actividad, sin consideración a su intrínseca bondad o malicia. Se hace preciso, por tanto, buscar para la Sociedad anónima, como para la empresa que ella está llamada a cobijar, un criterio permanente de justificación, que sólo puede encon-

trarse estableciendo un puente entre el campo de la pura técnica y los dominios de la ética.

He aquí una de las directrices que deben presidir toda reforma.

CAPÍTULO II

ASPIRACIÓN HACIA UN DERECHO UNIFORME DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE TIPO EUROPEO

Este reconocimiento casi unánime de la necesidad de la reforma del ordenamiento de la Sociedad anónima que se advierte en la mayoría de los países europeos, en el que coinciden juristas, economistas y políticos, y la extraordinaria similitud de muchos de los problemas en torno a aquella reforma planteados, permite preguntarse si nos hallamos en camino de que aquel llamado «derecho universal» de Sociedades anónimas, al que hacía referencia la exposición de motivos de la Ley española de 1951 —invocando aquel denominador común integrado por unas normas prudentes, cuya bondad y justicia están acreditadas por un siglo de experiencia en los países de mayor sensibilidad jurídica y de más floreciente economía—, pudiera convertirse, en un mañana no lejano, en un «derecho uniforme» de Sociedades anónimas, o como se ha repetido últimamente, si aquellos coincidentes y simultáneos movimientos de reforma, al estar presididos por este denominador común de problemas y de soluciones para los mismos ofrecidos, conducirán

fatalmente a la formulación de una legislación uniforme de Sociedades anónimas o más modestamente a la articulación de una «Sociedad anónima de tipo europeo».

Este movimiento hacia la uniformidad de las normas que rigen la Sociedad anónima recibe, en los momentos actuales, un doble impulso. De una parte, la tendencia general y permanente del Derecho mercantil hacia la unificación, que se manifiesta en mayor o menor grado en todas sus instituciones, mediante la eliminación de las eventuales diferencias entre las distintas legislaciones nacionales, cuya supresión haga posible en su día alcanzar un derecho uniforme de Sociedades anónimas, como ya se ha logrado en diversos sectores de aquel derecho (letra de cambio y cheque, patentes y marcas, etc.). De otra, las exigencias que comporta el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, creador de la Comunidad económica europea, encaminadas, como es sabido, a promover el armónico desarrollo de las actividades económicas en el seno de la Comunidad, suprimiendo o reduciendo obstáculos a la libre circulación de personas, servicios, capitales y mercancías, eliminando las restricciones a la libertad de establecimiento de los súbditos de un Estado miembro en el territorio de otro y a la libertad de creación de agencias, sucursales y filiales; y, en fin, coordinando en la medida necesaria y con vistas a hacerlas equivalentes las garantías ofrecidas en cada Estado miembro para proteger los intereses tanto de socios como de terceros y acreedores de la Sociedad (arts. 2, 3, 52, 54, 57, 67 y 220).

El tema, cuyo interés no es necesario ponderar, ha sido recientemente objeto de numerosos estudios y comunicaciones, no sólo en el seno de las instituciones rectoras y consultivas de la Comunidad, sino también por parte de las Asociaciones y Colegios pro-

fesionales de juristas de los diversos países integrados en el Mercado común, que en muy diversas formas y bajo muy distintos aspectos y ángulos han abordado el problema de la posibilidad y conveniencia de alcanzar una Sociedad anónima de tipo europeo, ponderando cuidadosamente las dificultades y obstáculos que se opondrán al logro de aquel objetivo, así como la utilidad y las ventajas que del mismo habrían de derivar para la futura expansión económica, finalidad primordial de la Comunidad europea.

Coinciden casi todos los autores en afirmar que las normas del Tratado de Roma, encaminadas a favorecer aquella expansión económica, aun siendo muy importantes, no son, ni mucho menos, suficientes para superar los obstáculos y la sensación de incertidumbre e inseguridad que derivan del mantenimiento de las distintas legislaciones nacionales de los Estados miembros, generalmente desconocidas o mal conocidas, sobre todo desde el ángulo de su aplicación e interpretación jurisprudencial y práctica, por los posibles interesados en acogerse a las instituciones reguladas en aquéllas, que se sienten por esto en una posición de desventaja frente a los nacionales del Estado a cuya legislación estaría sometida la Sociedad de la que pretenden ser socios o accionistas (en este sentido VASSEUR, SANDERS, RAULT).

Difieren, en cambio, al juzgar de su utilidad y de cual sea el procedimiento más adecuado para mejor alcanzar el objetivo propuesto. Naturalmente, aquella utilidad estará muchas veces en función del procedimiento seguido y del resultado obtenido, pues no puede ser la misma la utilidad que derive en uno y otro caso, pudiendo afirmarse que la utilidad está en razón directa con las dificultades del objetivo perseguido.

Para unos, la solución ideal y más simple, en cuanto evitaría toda posibilidad de ulteriores conflic-

tos de leyes, sería la unificación de las legislaciones nacionales, merced a la formulación de una Ley uniforme de Sociedades anónimas que las sustituya. Otros, menos ambiciosos, se contentan con llegar a la creación y articulación de una Sociedad anónima de tipo europeo, dentro del marco de la Comunidad Económica de los Seis, sin olvidar que el Tratado no reconoce al Consejo un poder de decisión, sino solamente competencia para emanar directrices a los Estados miembros, cuya adopción, por tanto, sería facultativa para éstos, a los que podrían adherirse también los países asociados —Grecia y Turquía— y aquellos otros que llegaran a serlo en lo sucesivo o que sin llegar a serlo lo creyeran conveniente a sus intereses; dentro de esta línea se ha propugnado también la redacción de unos Estatutos tipos de Sociedad anónima, que harían más explícitas y darían adecuado desarrollo y forma a las reducidas disposiciones que figuraran en una posible Ley o Acuerdo uniforme.

Se ha propuesto asimismo que la regulación de la Sociedad anónima de tipo europeo se inserte en el *corpus* legislativo nacional de cada país, pero correspondiendo a un tipo suplementario de Sociedad anónima, idéntica, por supuesto, en cada uno de los países que la adoptaran. Por último, se ha apuntado igualmente que la Sociedad anónima de tipo europeo sea una Sociedad de carácter supranacional, que no se supeditaría, en principio y de modo principal, a ninguna legislación nacional determinada y cuyo Estatuto general podría inspirarse en aquel por el que se rigen algunas Sociedades supranacionales particulares ya existentes y en especial las «empresas comunes» previstas por el Tratado de la Euratom (artículos 45 y siguientes).

A nadie se le ocultan las dificultades extraordinarias que cualquiera de los procedimientos apuntados

ofrece a la hora de pretender llevarlo a ejecución. El propósito de lograr una Ley uniforme tendría que vencer no sólo la resistencia natural de los Estados miembros a abandonar una parcela de su soberanía legislativa, sino también los obstáculos de orden técnico-jurídico que derivan de las singularidades que —pese a la general coincidencia en muchos puntos— conservan todavía las distintas leyes nacionales y de las cuales se muestran celosos defensores no sólo los políticos, los economistas y los juristas, sino también los propios interesados, es decir, los comerciantes, industriales y financieros, quienes además de resistirse a abandonar sus propias normas tradicionales, se muestran siempre propicios a considerar mejores las soluciones ofrecidas por sus respectivas legislaciones, que llevan aplicando y viviendo muchos años, aun cuando muchas veces esta creencia obedezca sólo a la circunstancia de que las conocen mejor, mientras que de las suministradas por otros países apenas toman conocimiento de sus diferencias esenciales, pero desconocen e ignoran las ventajas y los inconvenientes que de su aplicación práctica pueden derivar.

Menores dificultades parece que ofrecería la creación de una Sociedad anónima de tipo europeo en el marco del Mercado Común, con subsistencia de las distintas legislaciones nacionales, que seguirían aplicándose a todas aquellas Sociedades que no se hubieran decidido por someterse a las normas de la Sociedad de tipo europeo. También serían menores las que encontrarán las demás fórmulas enunciadas, si bien no se puede ser demasiado optimista al respecto, atendidas las notables diferencias que habría que vencer para llegar a una formulación que pudiera ser aceptada por todos.

Ciertamente que el camino ha sido allanado por una serie de trabajos encaminados a contrastar las re-

gulaciones de la Sociedad anónima en los distintos países del Mercado Común, no sólo mediante la publicación de todas ellas, en los textos original y francés, sino por estudios de comparación y exposición paralela, habiéndose llegado incluso a formular una tabla comparativa a seis columnas en las que se recogen las características esenciales de las Sociedades anónimas de los seis países de la Comunidad Económica Europea, a la que se agrega una séptima columna en blanco destinada a recoger los elementos que a juicio de cada uno deberían integrarse en la futura Sociedad de tipo europeo (LACAN). La utilidad de dichos trabajos no puede desconocerse y sin duda habrán de contribuir muy eficazmente a los objetivos de unificación o uniformidad que se tratan de alcanzar.

Indudablemente, la dificultad principal con que está llamado a tropezar este movimiento unificador reside —como observa RAULT— en la considerable importancia que tienen en los diversos países las disposiciones de orden público que presiden la constitución y el funcionamiento de las Sociedades anónimas, dado que en algunos de ellos la esfera de la autonomía privada de los particulares queda notablemente restringida, lo que haría necesaria siempre la intervención de los respectivos Estados que pudieran ver afectado su sistema por el que se adoptara como común. Los problemas derivados del reconocimiento de la personalidad jurídica, que entraña la creación de nuevos sujetos de derecho, con patrimonio propio, con órganos de administración y representación, cuya actividad da lugar a innumerables y complejas relaciones de derecho, que no interesan exclusivamente a los socios, es decir, las partes del contrato, sino también a los terceros, especialmente a los acreedores sociales, y en fin, la concentración de capitales, la absorción

de una mano de obra considerable y la constitución de complejos económicos dotados de extraordinario empuje, etc., justifican hasta en los países de economías más liberales la intervención del Estado mediante numerosas reglas imperativas por las que el Poder público tiende a protegerse a sí mismo a la vez que defiende el ahorro y el crédito que pudiera resultar afectado por la actuación de aquellas instituciones económicas.

Contrapartida natural de las dificultades apuntadas serían las ventajas y la utilidad que el logro de una regulación uniforme para la Sociedad anónima europea había de reportar, ventajas mayores, claro está, si el procedimiento seguido fuera el de la aprobación de una Ley uniforme de Sociedades anónimas, aun cuando tampoco serían desdeñables las que derivarían de cualquiera de las fórmulas antes enunciadas. No podemos detenernos ahora en la consideración separada de aquellas ventajas, pero sí parece oportuno su simple enunciación siguiendo la exposición del propio RAULT, desde el punto de vista psicológico, económico, jurídico y de la Comunidad europea de los Seis.

Desde un ángulo psicológico es evidente que la formulación de una Sociedad anónima europea reduciría extraordinariamente el natural recelo y desconfianza de los socios a integrarse en una forma social sometida a la legislación de otro país, cuyo derecho apenas conoce, con el riesgo de cometer errores, especialmente en lo que concierne a la apreciación de los poderes de los órganos de dirección y representación, pues tendrán una tendencia natural a obrar según las reglas conocidas de su derecho nacional.

Bajo el prisma económico las ventajas resultan igualmente considerables, por cuanto la formación de una Sociedad anónima de tipo europeo facilitará



la organización interna de las empresas y la solución de los problemas financieros que éstas deben resolver, sin las dificultades y complicaciones que derivan de los problemas de organización, gobierno y financiación, tales como órganos competentes, aumentos de capital, emisión de obligaciones, cotización de los títulos emitidos, etc.

En el plano jurídico la utilidad de la institución de una Sociedad anónima de tipo europeo sería inapreciable. Al quedar sometidas a un texto único la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de las Sociedades anónimas, automáticamente quedarían superados todos los posibles conflictos de leyes, y favorecería un gran progreso en el campo de la técnica jurídica, al ofrecer una reglamentación que superando y mejorando las legislaciones nacionales realizara complementariamente aquel triple objetivo al cual debe tender la reglamentación de las Sociedades anónimas, a saber: estimular el espíritu de empresa, defender el crédito y proteger el ahorro.

Finalmente, la Sociedad anónima de tipo europeo sería el instrumento jurídico más apto para realizar los fines de la Comunidad Económica Europea, ya que a través de ella quedarían suprimidos los obstáculos a la libre circulación de las personas, de los servicios, de los capitales y de las mercancías; se eliminarían las restricciones a la libertad de establecimiento y de creación de Agencias, Sucursales y filiales y, en fin, se unificarían las garantías en favor de socios y de acreedores, que el Tratado se proponía hacer equivalentes, consumándose el acercamiento de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del Mercado Común, que constituía una de las aspiraciones de la Comunidad. La Sociedad anónima de tipo europeo sería, a no dudarlo, el instrumento más apto para cumplir aquella finalidad que

el artículo 2.º del Tratado enuncia con estas palabras: «Promover un armonioso desarrollo de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una creciente estabilidad, una acelerada elevación del nivel de vida y unas más estrechas relaciones entre los Estados que reúne».

Conviene, sin embargo, no exagerar cuando se enumeran las posibles ventajas y utilidad que reportaría el logro de una Ley uniforme europea o la creación de una Sociedad anónima de tipo europeo. No debe silenciarse la consideración formulada por algunos autores de que el objetivo perseguido de una uniformidad de normas reguladoras de la Sociedad anónima sólo interesaría, hoy por hoy, a un número relativamente reducido de empresas, ya que la actividad de las otras no pasará, en general, el marco de las fronteras nacionales. No cabe desconocer que fuera del ámbito de las estrictas relaciones internacionales, las formas actuales vigentes en cada país responden a necesidades económicas propias, que no son necesariamente las mismas en los seis países del Mercado Común, por lo que no resulta indispensable e incluso podría ser peligroso el generalizar un régimen legislativo estructurado en función de las necesidades de una minoría (RAULT).

Por otra parte, debe tenerse presente que las principales beneficiarias de la uniformidad perseguida son precisamente las pequeñas y medianas empresas, en las cuales reside al mismo tiempo el punto de mayor resistencia a prescindir de las propias regulaciones nacionales, más adaptadas, generalmente, a sus peculiares necesidades y exigencias. Son las medianas y pequeñas empresas las que han de asegurar precisamente el éxito del Mercado Común, pues las grandes Sociedades anónimas no han esperado al Tratado de

Roma para dedicarse al comercio internacional y constituir filiales en el extranjero. Por el contrario, hasta el presente, las pequeñas y medianas empresas rara vez han desarrollado una actividad comercial internacional y menos todavía se han interesado en el extranjero (VASSEUR).

Teniendo solicitado España su ingreso en el Mercado Común, no puede desinteresarse de este movimiento encaminado a lograr la regulación uniforme de una Sociedad anónima de tipo europeo y, en trance de la reforma de su Ley nacional, debe procurar acercarse cuanto pueda a ese derecho universal, que ya fue su meta cuando se redactó la Ley de 17 de julio de 1951, al modo como lo ha entendido Francia con ocasión de la proyectada reforma, según declara la Exposición de motivos del Proyecto de Ley presentado a la Asamblea Nacional el 20 de junio de 1964: «A las razones permanentes que se imponen a todos los espíritus, vienen a añadirse otros motivos no menos imperiosos. A la hora en que los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea son llamados a desenvolver sus relaciones comerciales y, en aplicación del Tratado de Roma, a coordinar sus legislaciones sobre Sociedades, Francia debe renovar y modificar sus textos en la materia».

CAPÍTULO III

NECESIDAD DE CONSERVAR LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN JURÍDICO-PRIVADA

LA TENDENCIA HACIA LA AUTOSOCIALIZACIÓN Y LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DE LA GRAN SOCIEDAD ANÓNIMA

El movimiento universal de reforma de la Sociedad anónima se ha planteado, ahora y siempre, aun cuando no con la misma intensidad en los distintos países y momentos, el problema de determinar si esta forma social, al menos en su manifestación de captación y canalización del ahorro público, característica de las grandes Sociedades anónimas, puede y debe conservar su naturaleza de institución jurídico privada o si, por el contrario, ha llegado el momento de insertar aquélla en la esfera pública o semipública, con el fin de garantizar las condiciones de la inversión y ofrecer una adecuada protección al pequeño ahorro que acude a nutrir los capitales por ella solicitados para el desarrollo de sus actividades.

La evolución y función económica que en cada momento cumple la Sociedad anónima, explica y justifica sus relaciones con el Estado a través de los tiem-

pos. No son las mismas las circunstancias económicas y políticas que, a comienzos del siglo xvii, presiden en Holanda el nacimiento de la Sociedad anónima, con ocasión de la constitución de la primera Compañía Holandesa de las Indias Orientales, que las que en el siglo xix rodean la conversión de aquella Sociedad de clara configuración aristocrática —con absoluta dependencia del Estado, con desigualdad de derechos en su seno, manifestada por la preponderancia de los grandes accionistas y la carencia o exigüidad de derechos de los pequeños accionistas—, en una Sociedad estructurada sobre base democrática, con igualdad de derechos, y sometida rigurosamente al principio mayoritario en el proceso de formación de la voluntad social.

Con la Revolución francesa, favorecida esta evolución por la circunstancia de la generalización de las acciones al portador, aquella primitiva concepción estatal de la Sociedad anónima sufre un cambio radical. Proclamada la libertad de comercio e industria, suprimidos los privilegios incompatibles con aquélla, la Sociedad por acciones se ve reducida —como observa GARRIGUES— a la categoría de persona privada, que nace y vive con independencia del Estado. Gradualmente, el Estado se va desentendiendo del nacimiento de la Sociedad, abandonando primero el sistema de la concesión y después el de la previa autorización administrativa, para dar entrada al criterio de la más absoluta libertad en el nacimiento y régimen de la Sociedad anónima, merced al sistema de las disposiciones normativas, representado por la Ley de 1867 en Francia y por la de 1869 en España, antecedente inmediato de aquella declaración de la Exposición de Motivos de nuestro Código al señalar los tres principios que inspiran la regulación ofrecida: «libertad amplia en los asociados para constituirse como

tengan por conveniente; ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas; publicidad de los actos sociales que puedan interesar a terceros».

A partir de este momento el Estado se coloca frente a la Sociedad anónima como un espectador imparcial, contentándose con el cumplimiento de aquellas normas mínimas dictadas por el legislador no tanto en defensa del Estado y de la Economía nacional cuanto de los singulares accionistas y de los acreedores de la Sociedad. La antigua tutela estatal de los días del mercantilismo se estima ahora innecesaria y embarazosa, afirmándose que el establecimiento de simples reglas «técnicas» para la organización económica e industrial, «es suficiente para evitar posibles extravíos, mientras que el establecimiento de normas éticas no serviría a garantizar la libertad industrial, postulado fundamental de esta época» (MAITANI).

Al mismo tiempo que la Sociedad anónima se emancipa de la intervención y tutela estatal en su nacimiento, también su organización y funcionamiento interior sufren una radical transformación, merced a un proceso de democratización que se manifiesta principalmente en las relaciones entre la Junta general, el Consejo de Administración y los accionistas singularmente considerados, así como en las distintas formas de asegurar a éstos una adecuada protección de sus derechos y en los sistemas de fiscalización y vigilancia establecidos para conocer y censurar la forma en que la Sociedad es administrada por aquéllos.

El último estadio de esta evolución de la Sociedad anónima, cuyo esquema legal es el que todos hemos conocido a través de los viejos Códigos de comercio, acusa, mejor que en ninguna otra institución, la divergencia entre los nuevos hechos y el viejo derecho (GARRIGUES), siempre en retraso y fuera de fase res-

pecto de aquellos fenómenos económicos que pretende regular.

Es el derecho vivo de Sociedades anónimas que reclama su puesto frente a unas normas legales que han quedado literalizadas en los ordenamientos positivos, pero a las cuales no se adapta ya la conducta y el comportamiento de quienes se acogen a las mismas. Así, mientras en el orden interno de la Sociedad anónima, más por exigencias de orden económico que político —aunque tampoco debamos desconocer la atracción de este mimetismo y la existencia de un cierto paralelismo entre lo económico y lo político—, se acentúa cada vez más la tendencia hacia un retorno a su inicial configuración aristocrática y oligárquica, frente al exterior y en sus relaciones con el Estado la Sociedad va perdiendo nuevamente su significación jurídico-privada, al ofrecerse como la forma de organización más apta para la gran empresa y para la atracción y canalización del ahorro público, hasta convertirse en órgano de la Economía nacional.

La Sociedad anónima ha sufrido en los últimos tiempos el asalto concéntrico de diversos movimientos de signo y naturaleza contradictorios. De una parte, el individualismo familiar y privado con sus diversas y varias motivaciones, y de otro, las exigencias de un capitalismo financiero, con su tendencia incoercible a la concentración, pretenden aprovecharse, desde un ángulo eminentemente privado de aquel concepto formal finamente estructurado para ponerlo al servicio de sus fines propios y disfrutar de las innegables ventajas que les ofrece su organización, pero siempre manteniendo y en ello ponen gran interés, el carácter privado de la institución.

Pero al mismo tiempo, desde un ángulo más cercano al derecho público, otros dos movimientos van a presionar sobre la Sociedad anónima: de una par-

te, debido a la frecuente utilización de la Sociedad anónima como la forma más apta para la explotación de los grandes servicios públicos (Banca, Seguros, Navieras, Ferrocarriles, Teléfonos, Agua, Gas, Electricidad, etc.), su constitución tiende a aproximarse, cuando alcanza cierta duración y estabilidad y una determinada magnitud económica, al estatuto de una corporación jurídico-pública, distanciándose paralelamente de aquel que se presenta como propio y característicos de la empresa privada. La Sociedad anónima, por efecto de esta influencia y utilización, tiende a socializarse por sí misma, cediendo a la penetración del interés público y social que la índole de los servicios por ella explotados representa. Nadie debe sorprenderse, por tanto, de que las exigencias técnicas y de racionalización inherentes a la explotación de estas grandes Sociedades y empresas de navegación, ferrocarriles, Banca, seguros, teléfonos, agua, gas, electricidad, etc., impusiera de modo inevitable cierto desplazamiento del centro de gravedad de los intereses y móviles que juegan en la empresa (GARRIGUES).

Por otra parte, aquel perfeccionamiento técnico que trae consigo el proceso de concentración industrial y comercial propio del capitalismo alcanza su grado máximo con la tendencia al monopolio que caracteriza esta evolución, a la cual sirve por modo principal la Sociedad anónima. Es entonces, cuando las grandes empresas capitalistas encuentran como técnica superior el monopolio, cuando el derecho de la organización se encamina hacia el logro del dominio del mercado, el momento en que el Estado, que no puede desentenderse de la profunda gravedad de los problemas que estas situaciones monopolistas o cuasi-monopolistas originan, se ve precisado a intervenir para disciplinar su posible peligrosidad, protegiendo y defendiendo la libre concurrencia y subordinando la

actuación de aquellas empresas a los fines de la producción y de la Economía nacional (MAITANI).

Es esta penetración del influjo del Estado —decía hace muchos años Joaquín GARRIGUES y sus palabras continúan conservando actualidad— lo que mejor caracteriza la última evolución que en la Sociedad anónima estamos presenciando y que se proyecta no sólo en las empresas concesionarias de obras o servicios públicos, sino en todas las Sociedades por acciones, y no ya para proteger los derechos privados de los accionistas como punto de transacción entre el liberalismo y el intervencionismo, sino para incorporar la Sociedad por acciones al organismo total de la Economía pública. Este hecho de la paulatina estatificación de la Sociedad anónima, tiene repercusiones importantísimas sobre el Derecho mercantil privado que regula esta clase de sociedades y plantea en el terreno de la doctrina la íntima contradicción que implica esa extraña figura de sociedad mercantil por acciones, en la cual el interés de lucro de los accionistas y sus correspondientes derechos van poco a poco esfumándose. Así vemos como pierde su significación el derecho al dividendo cuando se reduce o se suprime el espíritu de lucro en la dirección de los negocios, o el derecho de voto cuando los negocios se dirigen no conforme a la voluntad de la Junta general, sino de acuerdo con los intereses jurídicos públicos. Subsisten las normas jurídicas de la Sociedad por acciones, pero se aplican en una dirección económica opuesta a los principios capitalistas privados que durante el pasado siglo parecían consustanciales a la Sociedad anónima.

Sucedió así porque no podía suceder de otro modo. Era natural que una zona tan extensa y al mismo tiempo tan sensible de las relaciones de tipo económico no podía sustraerse a la penetración de las ideas colectivas y sociales características de los tiem-

pos presentes. La misma fuerza de razón que las ideas sociales contienen es la que les abre camino a través de un terreno que hasta ahora parecía coto cerrado de las ideas y móviles individualistas. Superados aquellos prejuicios de profunda raigambre individualista y liberal, que postulaban el inhibicionismo del Estado en la vida de la Sociedad anónima, y afirmada cada día más insistentemente la preeminencia del Estado en el campo de la Economía, la intervención del Poder público no sólo se ofrecía como posible, sino como necesaria, reclamada no tanto en interés de los particulares —accionistas, obligacionistas y terceros acreedores de la Sociedad—, sino también y muy principalmente en beneficio de la propia empresa, como síntesis del interés general, cuya conservación a todos interesa y en primera línea a la Economía nacional, y en beneficio también del propio Estado, obligado a defenderse contra posibles abusos de poder de estas empresas anónimas, que llegaban a constituir una fuerza que escapaba a toda disciplina, un Estado dentro de otro Estado.

Mas donde culmina este proceso de estatificación y socialización de la Sociedad anónima y resulta favorecido por ella es en la creciente utilización de esta forma social para la explotación directa por el Estado o por los organismos administrativos inferiores —Provincia y Municipio—, bien de un modo exclusivo, presentándose como únicos accionistas, bien participando con el capital privado a través de cualquiera de las formas de economía mixta. Este fenómeno de recurrir a la Sociedad para aprovecharse de las innegables ventajas técnicas de su organización y de su agilidad comercial e industrial, supliendo así la tradicional incapacidad funcional de sus propios órganos para la explotación directa de determinados servicios públicos o de actividades industriales de interés

nacional, es común a todos los países, cualquiera que sea el meridiano político bajo el que se encuadren. La presencia de este fenómeno en los países de signo económico más diverso, supercapitalista y socialista, indica claramente cómo es en el campo de la Sociedad anónima — como afirma GEILER y subraya GARRIGUES—, donde se observa mejor la plena realización de esta síntesis entre la tesis individual capitalista y la antítesis socialista colectiva.

No constituye una excepción España, donde, como es sabido, abundan las empresas estatales y las Sociedades anónimas de economía mixta, promovidas y financiadas por el Instituto Nacional de Industria, al cual la Ley de su creación de 25 de septiembre de 1941 asignó la finalidad de propulsar y financiar en servicio de la nación la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica, ofreciendo al ahorro español una inversión segura y atractiva (art. 1.º), a cuyo efecto utilizará los métodos de las Sociedades anónimas privadas para sus fines estatales, conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno (art. 2.º), pudiendo constituir por sí las empresas, con capital perteneciente en su totalidad al Instituto o dando participación al capital privado en la medida que se estime conveniente, o interesándose aquél en empresas ya existentes, mediante la adquisición de acciones antiguas o de nueva emisión (art. 6.º del Reglamento del I.N.I.).

En virtud de esta evolución y por la presión de los distintos movimientos aludidos, se opera en la concepción tradicional de la Sociedad anónima una transformación radical.

El interés general por la conservación y la continuidad de la empresa, sancionado y reconocido positivamente en la mayoría de las legislaciones, por influencia inicial del ordenamiento laboral, lleva a la Sociedad anónima a desligarse cada vez más de la voluntad de los accionistas, a los que, en principio, la Ley había concedido la soberanía de las decisiones a través de la Junta general, colocando por encima del contrato social que le dio el ser, el fin o destino último de la empresa, cuya razón de existencia, continuidad y desarrollo no descansa tanto en la voluntad de los socios como en la inserción de la empresa como órgano de la economía nacional.

Frente al interés egoísta y particular de los accionistas singulares, preocupados generalmente por el percibo de un alto dividendo, se alza y triunfa momentáneamente, no sin esfuerzo, el llamado interés social, concebido como superior interés común de la empresa —del que se presentan como valedores los administradores de la Sociedad y una minoría de accionistas erigidos en grupo de mando—, que sitúa en primera línea la necesidad de asegurar la mayor solidez de la Sociedad con vistas al futuro y su propia permanencia y continuidad, mediante un proceso de autofinanciación, constituyendo las reservas adecuadas para la renovación y mejora de su utillaje y maquinaria, pasando a un segundo término, para atracción de nuevos accionistas ahorradores, la conveniencia de ofrecer un congruo dividendo como remuneración del capital aportado por aquéllos.

A medida que se acentúa aquel proceso de autosocialización que venimos reseñando, se advierte que por encima de los intereses particulares de los socios y muchas veces en contraste con ellos, va perfilándose y admitiéndose la existencia de un interés social superior, de carácter colectivo y con una nota de perma-

nencia hasta entonces desconocida, ganando terreno la configuración institucional de esta forma social tradicionalmente articulada sobre la base del contrato. Se siente entonces la necesidad de estructurar sobre nuevas bases la disciplina jurídica de las sociedades anónimas, dando primacía al «interés social», el cual va a contituir un límite natural a los poderes de la mayoría.

El desarrollo de la concepción institucional es conexo a la formación de la gran empresa. Nacida al calor del concepto de la empresa en sí, merced al análisis económico y jurídico realizado por KLEIN y RATHENAU, la teoría de la institución es acogida por gran parte de la doctrina germana y un sector no despreciable de la francesa, llegando a inspirar el artículo 70 de la Ley alemana de Sociedades por acciones de 1937.

No es este el momento ni el lugar adecuado para someter a examen crítico las diversas manifestaciones doctrinales de la teoría institucional, pero sí queremos advertir que esta concepción ha sido sometida recientemente a profundo y severo análisis por la doctrina italiana, que, además de señalar la impregnación de la misma por motivos metajurídicos y emocionales, que caracteriza su formulación originaria, ha puesto de relieve cómo merced a la elaboración de una parte de la doctrina alemana aquella teoría ha desembocado en una concepción esencialmente publicista de la empresa, considerada como una organización colectiva que une a capitalistas y trabajadores, acreedores y consumidores, dejando de ser una organización de intereses de derecho privado para convertirse, ya como fenómeno singular, ya como fenómeno conjunto, en un factor de la Economía nacional perteneciente a la colectividad (JAEGER).

La crítica italiana de la teoría institucional —dice PAVONE LA ROSA— ha sido proyectada sobre dos as-

pectos esenciales: de una parte, la esfera de los intereses comprendida en el concepto de interés social; de otra, las formas de organización interna de la Sociedad. Bajo el primer aspecto se ha observado que la dirección examinada conduce a una artificiosa nivelación de los conflictos de intereses existentes en el interior y en el exterior del conjunto social. Como ha puesto de relieve MIGNOLI, esto proviene de una «visión idílica de la Sociedad, en la que los intereses del empresario, de los trabajadores y de los terceros se funden en una superior armonía, con soluciones, sobre el plano político de solidaridad corporativa».

Bajo el segundo aspecto se atribuye a la teoría institucional un reforzamiento de las posiciones de poder, en cuanto tiende a superar toda valoración de los conflictos de intereses en la Sociedad y a identificar el interés de la empresa con aquel perseguido por el órgano directivo, poniendo así a los accionistas en una posición de subordinación respecto a los grupos de mando. De este modo esta teoría termina por legitimar la situación de hecho existente en las grandes Sociedades anónimas, en las cuales el control se ejercita por unos pocos accionistas, constituidos en grupo de mando, e impide una satisfactoria solución del problema de la relación entre poder de gestión y propiedad de los medios de producción.

Ha sido ASCARELLI quien con mayor calor ha combatido desde este ángulo la teoría institucional, la cual, de un lado constituiría una radical negación de la iniciativa privada, introduciendo un control general sobre ésta, y de otro, acabaría por fomentar los abusos que quiere combatir, puesto que el pretendido interés institucional terminaría fácilmente, especialmente en Italia —dice él—, por ser identificado con el de los grupos de control. La tesis de la «empresa en sí», de la cual la concepción institucional de

la Sociedad anónima es sustancialmente un reflejo, se coordina necesariamente con una rigidez de la estructura económica y con una tutela de las posiciones adquiridas, llamada a traducirse en una tutela de los empresarios actuales frente a posibles concurrentes, así como una tutela de las posiciones de mando en el interior de la Sociedad. Sin embargo, parece inútil decirlo, el problema de la Sociedad anónima no es evidentemente el de tutelar los grupos de control, que teniendo el poder se tutelan muy bien a sí mismos, sino más bien el de disciplinar los grupos en el control, puesto que el problema del derecho, ahora y siempre, es el de la disciplina del «poder». También bajo este aspecto, concluye ASCARELLI, se alcanza la relación entre el problema de la disciplina interna de la Sociedad anónima y aquel general de la estructura económica y el alcance de la tutela del ahorro accionario, como instrumento para el mantenimiento de una estructura elástica de la economía y para obstaculizar la aparición de preponderes en el interior de la Sociedad anónima, que después se convierten en instrumento de formaciones monopolísticas.

Desde otro ángulo examina ASCARELLI la tesis institucional, a saber, el de la exclusión de la noción del interés social de todo otro interés distinto del de los socios. Naturalmente, con ello no se pretende negar la relevancia pública de la actividad económica, ni tampoco el interés de los trabajadores en las vicisitudes de la empresa; pero —según él afirma— estos intereses deben ser satisfechos mediante instrumentos adecuados extraños a la organización interna de la Sociedad y no mediante una ampliación de los poderes de los órganos sociales. El desenvolvimiento de la economía, la tutela del trabajo y del ahorro, pueden y deben ser asegurados mediante la libertad de concurrencia, la composición contractual de los conflictos

sindicales y una particular disciplina de las posiciones de control en la Sociedad, y por tanto, fuera de una concepción institucional del interés social, la cual, presuponiendo una atemperación autoritaria de los mencionados intereses, conduce a un reforzamiento de las posiciones de dominio que obstaculiza la elasticidad y el progreso del sistema económico.

En resumen, la divergencia entre las dos corrientes institucional y contractual se resuelve, según ha apuntado certeramente MIGNOLI, en un conflicto entre una posición autoritaria y otra liberal, entre una posición que quiere predeterminar la clase dirigente y por todos los medios perpetuar su control y una posición que quiere consentir el continuo aflujo de nuevas élites al nivel directivo y dar a todo socio la sensación de que la Sociedad vive en él.

En definitiva, de lo que se trata es de encuadrar la Sociedad anónima dentro o fuera de la esfera de las instituciones jurídico-privadas. En este aspecto, nuestra posición es terminante. Interesa conservar la Sociedad anónima como forma de organización social de Derecho privado, en virtud de un doble fundamento: de una parte, el reconocimiento de la eficacia y agilidad de la iniciativa privada, dentro del cuadro de una economía libre; de otro, la afirmación de la permanencia del principio de la propiedad privada, sin perjuicio de reconocer su función social.

Ambos principios tienen rango de orden constitucional en España, a través de las declaraciones del Fuero del Trabajo y del Fuero de los españoles. El reconocimiento de la eficacia y de la agilidad de la iniciativa privada, como elemento indispensable de la economía nacional, es presupuesto indeclinable que no cabe discutir. La iniciativa del empresario continúa siendo factor importante e indispensable de estructuración económica y ha de ser tenida en cuenta

como fuente fecunda de riqueza y poder. Salvo excepciones, las menos posibles, el Estado no puede ni debe convertirse en empresario; no debe desplazar la iniciativa privada para colocarse en su lugar; no debe atraer enteramente a la esfera pública organismos y entidades económicas que para su más eficaz funcionamiento reclaman un clima de libertad. El Estado debe confiar a las fuerzas económicas interesadas, por un sistema de propia administración y disciplina, la misión de realizar bajo su superior rectoría su política económica.

La propiedad privada, con su nuevo sentido de función y servicio, sin dejar de responder a sus fines esenciales, constituye uno de los estímulos más poderosos en el marco de una economía libre. Desconocer el papel de estos dos grandes factores, propiedad privada y libre iniciativa del empresario, sería tanto como renunciar abiertamente al mantenimiento de una economía libre y de mercado, en la forma en que actualmente impera en Europa y aquellas otras partes del mundo no sometidas a las construcciones socialistas o comunistas.

Mas no debe creerse por ello que capitalismo y tutela del interés general en el desarrollo de la economía sean fenómenos inconciliables, sino que pueden coexistir; su coexistencia —como ha dicho AULETTA— depende de la introducción de una disciplina imperativa de la Sociedad por acciones, que, aun en el borde de un régimen de libertad de la iniciativa económica, dé un mayor relieve a los imperativos del ahorro y del trabajo. La nueva disciplina sobre la Sociedad anónima, por tanto, sólo podrá conseguir resultados provechosos y duraderos si se muestra capaz de atemperar oportunamente las indicadas exigencias, o sea, adecuar la estructura de las grandes empresas por acciones a las finalidades sociales a que debe tender,

según los principios constitucionales, el ejercicio del poder económico, sin destruir, por otra parte, aquellos valores que son la herencia de nuestra civilización capitalista.

CAPÍTULO IV

LOS PROBLEMAS DE LA ESTRUCTURA INTERNA DE LA EMPRESA DEBEN QUEDAR AL MARGEN DE LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

EL FENÓMENO DE LA INTEGRACIÓN DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL PERSONAL EN LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Simultáneamente a la presión de los movimientos anteriores y favorecido en parte por algunos de ellos —el proceso de autosocialización y la concepción institucional de la empresa en sí—, se proyecta también sobre la Sociedad anónima, como forma social de la empresa, un movimiento de acusada penetración de las ideas sociales que reclama una nueva estructura para aquélla. Se entrecruzan en este fenómeno dos corrientes procedentes de campos abiertamente contrapuestos, pero coincidentes en sus líneas fundamentales.

De una parte, los grandes movimientos sociales, de impronta preferentemente marxista, con la bandera de sus reivindicaciones de justicia social en favor de la clase trabajadora, van impregnando poco a poco

aquel reducto que hasta ahora se había creído fortaleza inexpugnable en la que se atrincheraba el espíritu de lucro y especulación característicos del capitalismo moderno.

De otra, la doctrina social de la Iglesia, por la voz de los Pontífices y de sus Encíclicas, reclaman una economía más humana en la cual las fuerzas económicas deben estar subordinadas a la justicia y a la caridad, que son las virtudes rectoras del orden humano en el plano social, para hacer posible —como escribió Pío XI en la *Quadragesimo Anno*— que la justicia social penetre todas las instituciones y la vida entera de los pueblos, manifestándose sobre todo su eficacia operante por la creación de un orden jurídico y social que informe toda la vida económica, por ser más conforme a las actuales condiciones de la vida social atemperar el contrato de trabajo mediante el empleo de elementos sacados del contrato de sociedad.

La formulación más reciente de esta posición de la Iglesia se debe al llorado Juan XXIII, de cuya Encíclica *Mater et Magistra* son las siguientes palabras: «Moviéndonos en la dirección trazada por Nuestros Predecesores también Nos consideramos que es legítima en los obreros la aspiración a participar activamente en la vida de las empresas en las que están incorporados y trabajan. No es posible prefijar los modos y grados de una tal participación, dado que están en relación con la situación completa que presenta cada empresa; situación que puede variar de una empresa a otra y que en el interior de cada empresa está sujeta a cambios a menudo rápidos y fundamentales. Creemos, sin embargo, oportuno llamar la atención al hecho de que el problema de la presencia activa de los obreros existe siempre, sea pública o privada la empresa y en cualquier caso se debe tender a que la empresa venga a ser una comunidad de personas en

las relaciones, en las funciones y en la posición de todos los sujetos a ella... Una concepción humana de la empresa debe, sin duda, salvaguardar la autoridad y la necesaria eficacia de la unidad de dirección; pero no puede reducir a sus colaboradores de cada día a la condición de simples silenciosos ejecutores, sin posibilidad alguna de hacer valer su experiencia, enteramente pasivos respecto a las decisiones que dirigen su actividad».

Sería pueril intentar desconocer la extraordinaria virtud expansiva de un movimiento que cuenta en su favor con el respaldo de aquellas dos poderosas fuerzas que lo impulsan y patrocinan y, además, con la sugestión de una integración armónica entre dos fuerzas que hasta ahora se habían mantenido en posiciones contrapuestas. Como ha dicho FERRI, la idea de esta hermandad entre capital y trabajo, de esta cooperación en el esfuerzo productivo con comunidad de intenciones, es una idea que seduce y conquista.

Sin embargo, no nos proponemos plantear aquí el problema, siempre vivo y atrayente, de las diversas formas de integración del trabajador en la empresa en sus tres conocidas vertientes: *a)* participación en los beneficios o resultados de la empresa; *b)* participación en el capital bajo las distintas modalidades del accionariado obrero o del acceso del trabajador, individual o colectivamente, a la propiedad mobiliaria de la empresa en que presta sus servicios, y *c)* participación del personal en la gestión y dirección de la empresa, mediante su presencia en los organismos de gestión. Lo que nos preocupa ahora es una consideración de otro orden que se concreta en decidir si los problemas que plantea la estructura interna de la empresa, en trance de dar acogida a aquellas tendencias integradoras del mundo del trabajo, deben ser abordados en una futura reforma de la Sociedad anónima

como forma de organización económica o si, por el contrario —como estimamos más correcto, con firme convicción—, aquellos problemas deben quedar al margen de dicha reforma, como ajenos a ella, por ser comunes a todas las manifestaciones de la empresa, con independencia de la forma social que la cobije.

Con gran acierto el legislador español al promulgar la Ley de Sociedades anónimas de 1951, formuló en su Exposición de Motivos una declaración que en mi opinión continúa conservando hoy toda su vigencia: «La Ley —decía entonces— se limita a la reforma mercantil de la Sociedad anónima. Ello no implica desconocer que los problemas de tipo social que se agitan en el seno de la empresa reclaman también su propia regulación. Mas el intentar abordarla dentro del marco estricto de la Sociedad por acciones sería tanto como suponer erróneamente que todas las empresas están regidas por Sociedades anónimas y, aunque así fuese, sería forzoso distinguir entre la empresa, como organización económica caracterizada por la comunidad de trabajo y la Sociedad mercantil como persona jurídica titular de la empresa. El tema de la jerarquía de los elementos que integran la empresa o el de la participación de los trabajadores asalariados en el beneficio del empresario o el de su colaboración en la dirección de la empresa, son problemas que extravasan el contenido propio de una Ley de Sociedades anónimas, y en tal carácter han sido eliminados de la presente, la cual, como todas sus similares, es compatible con cualquier reforma que en el futuro se intente en el terreno de la política social, de acuerdo con los principios inspiradores de nuestro movimiento, que están ya recogidos en el Fuero del Trabajo».

Si entonces se acertó al establecer la distinta entidad de los problemas implicados en la reforma de la

Sociedad anónima y la de aquellos que atañen a la modificación de la estructura interna de la empresa, especialmente bajo el prisma de la integración del trabajador en la misma, sería un error abandonar ahora el buen camino iniciado para entrar por otro del que la experiencia de la mayor parte de los países nos enseña que se ha procurado también mantener alejado el ordenamiento jurídico de la Sociedad anónima.

Sin embargo, la desviación ya se ha iniciado merced a la publicación de la Ley de 21 de julio de 1962 sobre participación del personal en la administración de las empresas que adopten la forma jurídica de Sociedad y el Reglamento para su aplicación de 15 de julio de 1965. Como ya hemos señalado en otra ocasión, el origen de esta desviación reside en no haber acertado a separar claramente el derecho de la Sociedad del derecho de la Empresa. En el orden jurídico mercantil, la empresa es una determinada forma de actividad económica organizada, que como tal necesita de un sujeto titular que organice y ejecute esa actividad. Ese sujeto es el empresario, persona física o persona jurídica, que por sí o por medio de sus órganos, conduce y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, asumiendo personalmente la titularidad de los derechos y de las obligaciones nacidos de esa actividad. Sin embargo, esta idea, tan clara y diáfana para el jurista, ha sido origen de confusión para el economista, para el sociólogo y para el político, que identificando muchas veces empresa y Sociedad han propugnado para ésta principios que solamente son propios de aquélla.

Son planos diversos, niveles distintos, en los cuales no puede ni debe producirse interferencia alguna. Mientras nos situamos en el plano de la Sociedad, titular jurídico de la empresa y medio de aportación de capital a la misma, sólo los aportantes de éste

tienen algo que decir, sólo a ellos les corresponde la organización y la administración del capital por ellos aportado. Si, como se ha dicho, la Sociedad anónima es un capital con personalidad jurídica, es decir, un capital organizado, son los accionistas, dueños y aportantes del capital, quienes deben vigilar el funcionamiento de la Sociedad. El personal de la empresa, cuya actividad se proyecta sobre la explotación como unidad técnica de producción, soporte del centro del trabajo, es en ella donde tiene su puesto, y puesto ciertamente preeminente, pero no en la Sociedad, en la que nada tiene porque el capital no es suyo ni ha sido aportado por él (RIPERT).

Del mismo modo, cuando nos situamos en el otro nivel, es decir, en el plano de la empresa, concebida como unidad económica, o en otros términos, como actividad organizada fruto de la conjunción del capital y del trabajo, el personal tiene unos derechos evidentes y el titular jurídico de la empresa, persona física o jurídica, también, puesto que aquéllos aportaron trabajo y éste proporciona capital —bienes de equipo, utillaje, dinero; en suma, medios de producción—. En cambio, los accionistas singulares nada tienen que hacer en la organización interna de la empresa, porque su presencia se agota en la formación de la voluntad social y en la vigilancia de la administración de la Sociedad a la que aportaron su capital. El no haber comprendido esto ha sido —y lo que es peor, tememos que ha de seguir siendo— causa de numerosas dificultades y malentendidos, de roces y fricciones entre unos y otros que no debieran producirse.

Un ejemplo servirá para aclarar cuanto venimos afirmando. Precisamente cuando la Sociedad anónima, en función de la idea de un interés social superior y en garantía de los poderes de la administración,

limita los derechos del accionista singular, las nuevas tendencias sociales reclaman para el trabajador lo que al accionista se le niega o se le regatea. Recordemos solamente la actual formulación que el derecho de información del accionista alcanza en el artículo 65 en relación con el artículo 110 de la vigente Ley de Sociedades anónimas. Después de proclamar en el primero que los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del día y que los administradores estarán obligados a proporcionárselos, inmediatamente somete este derecho a una fuerte limitación. El Presidente del Consejo podrá negarse a ello cuando a su juicio la publicidad de estos datos perjudique los intereses sociales, con la única salvedad de que lo pidan accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital desembolsado. Si el Presidente hace uso de esta facultad discrecional sólo le queda al accionista el derecho de examen del balance, cuenta de pérdidas y ganancias, propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria explicativa de la gestión, junto con el informe de los censores de cuentas, durante los quince días anteriores a la Junta general en que según el artículo 110 deben estar a su disposición. ¡Bien poca cosa!

Pues bien, si al accionista, aportante de capital, la Ley le somete a estas restricciones y a otras que pudieran enumerarse —como la de condicionar el ejercicio de algunos de los derechos que le otorga a la posesión de una determinada alícuota del capital—, cabe preguntarse qué razón puede haber para que en el plano de la Sociedad —entendámonos bien y que no haya equívocos— el personal tenga iguales y aún mayores derechos que el accionista. Adviértase que

aquel derecho de información del personal se cumple en el plano de la empresa en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento de 1953, para la aplicación de la Ley instituyendo los Jurados de empresa, incluso en medida más amplia que para el simple accionista. Dice así el precepto invocado: «El Pleno del Jurado recibirá, al menos una vez al año, por medio de su Presidente, información acerca de la marcha general de la producción, perspectivas del mercado en cuanto a pedidos, entregas, suministros, etcétera, en la medida necesaria para fortalecer el sentido de solidaridad que los trabajadores han de tener respecto a la situación económica de su Empresa. La Presidencia deberá poner a disposición de los Vocales el balance y cuentas, la Memoria, en su caso, y cuantos otros documentos, y antecedentes considere oportunos la empresa para el fin indicado».

Es cierto, que si uno aportó capital, el otro aportó trabajo, pero entre ambas aportaciones existe una diferencia fundamental: mientras los primeros hacen la aportación a propio riesgo, los trabajadores sólo asumen un riesgo mediato, en cuanto para ellos se establecen en las leyes unos sistemas de preferencia que les amparan no sólo en la estabilidad de su empleo sino en el percibo de lo que por salarios o jornales les corresponde.

En este momento, desde un ángulo estrictamente jurídico y de técnica legislativa, sólo nos interesa destacar la distinta finalidad de las normas que regulan respectivamente el derecho de la Sociedad y el derecho de la Empresa, finalidad que necesariamente, si no queremos perder de vista la realidad, debe condicionar el contenido y la aplicación de dichas normas a distintos niveles, por cuanto lo que se predica de la Sociedad no puede predicarse de la empresa y,

al contrario, lo que se predica de la empresa no puede predicarse de la Sociedad.

El error de las nuevas tendencias, proyectadas sobre la Sociedad, reside en pretender afirmar la legitimación de los trabajadores para participar en la gestión en su misma cualidad de trabajadores, sobre la base de una concepción institucionalista de la empresa y de una comunidad de intereses entre los que —directa o indirectamente— están ligados a la suerte de la misma. De la comunidad de trabajo en la empresa se pasa automáticamente, a través de la identificación entre empresa y Sociedad, a afirmar la comunidad en la gestión social, en el seno de los organismos administradores, a partir de cuyo momento un paso más nos llevaría —como ya se ha intentado— a organizar ésta sobre bases paritarias entre las representaciones de capital y de trabajo, presididas por un tercero imparcial (FERRI).

El legislador español que al promulgarse la Ley de Sociedades anónimas señaló el buen camino y que más tarde, al reglamentar los Jurados de empresa, creados por Decreto de 18 de agosto de 1947 como instrumentos de cogestión o colaboración en lo social, a través de su Reglamento de 11 de septiembre de 1953, quiso y supo, después de un período de meditación de más de seis años, mantenerse en una línea de ponderación y prudencia, moviéndose siempre, con ciertas salvedades, en el plano de la organización interna de la empresa, en cambio, al publicar la Ley de 21 de julio de 1962, se desvía de los cauces naturales por los que venía discurriendo la participación de los trabajadores en la gestión y dirección de las empresas, para entrar abiertamente en el cauce de la estructura de la Sociedad, como titular jurídico de aquélla, con lo cual, además de las dificultades de funcionamiento que ello pueda entrañar en el seno

de la Sociedad, desnaturaliza y altera profundamente el fundamento y la justificación de aquella intervención, que a mi juicio sólo se encuentran en el nivel de la empresa.

Cierto que la Ley de 1962, según su propia Exposición de motivos, se propone limitar la trascendencia de la medida, al declarar que «las normas que ahora se dictan no pretenden implantar en el mundo laboral español un régimen efectivo de cogestión, que en países de vida económica más compleja y desarrollada no se ha consagrado todavía, que en España y en la coyuntura actual podría acarrear consecuencias desfavorables en especial para aquellos a quienes más directamente se pretende favorecer», concretándose a «otorgar una participación restringida en los órganos de gestión de aquellas empresas que adopten la forma de Sociedades en las que se concede tal participación a la pura representación del capital; recíprocamente, se otorga a esta última representación el que colabore con la del trabajo en el seno de la Junta de Jurados, cerrando así debidamente el ciclo de relaciones entre unos y otros elementos integrantes de la empresa».

El error de enfoque padecido por la Ley queda puesto de manifiesto con las anteriores declaraciones de su Preámbulo y se concreta en su articulado. En efecto, parece que no tiene sentido fijar como condición de aplicación de la Ley que se trate de empresas que adopten la forma jurídica de Sociedades administradas por Consejos u organismos similares, que se hallen obligadas a organizar o constituir en su seno Jurados de Empresa (art. 1.º de la Ley de 1962), en los que por definición la Presidencia corresponde al propietario de la empresa, gerente o persona en quien delegue (art. 4.º de la Ley de Jurados y art. 11 de su Reglamento), para luego conceder a la representa-

ción del capital uno o más puestos en el Jurado de Empresa, sin que pueda exceder de la sexta parte de sus miembros (art. 9 de la Ley de 1962).

Por otra parte, si se estima que la presencia de los representantes del trabajo al lado de los representantes del capital en el organismo administrador de las Sociedades, tiene su plena justificación en las ideas de comunidad y solidaridad que anidan en el seno de la empresa, no se comprende en virtud de qué principio aquella presencia se niega cuando la empresa no se cobija bajo una forma social o cuando adoptando esta forma tiene confiada su gestión a uno o varios administradores indistintos y con facultades solidarias, máxime habida cuenta de que suele ser precisamente en estas empresas donde aquellas ideas de comunidad y solidaridad están más desarrolladas y en las que las relaciones humanas entre unos y otros factores productivos se manifiestan con mayor intensidad.

Finalmente, la reciente publicación del Reglamento de 15 de julio último para la aplicación y desarrollo de la Ley, al mismo tiempo que articula y precisa aquellos extremos indispensables para su efectividad, contiene una Disposición transitoria cuya trascendencia y gravedad no puede desconocerse. Según dicha disposición: «Toda empresa que en la fecha de promulgación de la Ley 41/1962, de 21 de julio, tuviese constituido su Consejo de Administración u organismo similar por tres o más personas vendrá obligada, cualquiera que hubieran sido las variaciones numéricas experimentadas con posterioridad a dicha fecha en la composición de tales organismos, a nombrar representantes del personal en la forma y número que se establecen por dicha Ley y este Reglamento para su aplicación».

Prescindiendo del problema de si tal disposición encierra unos efectos retroactivos no declarados por

la Ley —ya que, aun admitiendo la vigencia de ésta, es evidente que la misma no podía tener efectividad hasta la aparición del Reglamento—, lo cierto es que su aplicación a aquellas empresas que en 21 de julio tuviesen constituido su Consejo de Administración u organismo similar por tres o más personas, con independencia de las variaciones numéricas que hayan podido experimentar con posterioridad a aquella fecha, entraña un desconocimiento de lo que es la vida de las Sociedades, al sentar como principio el no reconocimiento de unos acuerdos sociales adoptados por sus Juntas generales de conformidad con sus Estatutos y con la propia Ley de 1962, que en modo alguno limitó ni condicionó la competencia de estas Sociedades para darse a sí mismas el órgano de administración que tuvieran por conveniente.

Bastará plantearse una situación aparentemente extrema, pero muy frecuente en estos últimos años, para darse cuenta de la gravedad de la norma y de las perturbaciones que su incidencia en el funcionamiento de la Sociedad anónima puede acarrear. Nos referimos a las numerosas Sociedades que modificaron sus Estatutos sustituyendo el régimen de Consejo de Administración por el de Administrador único. La aplicación de la Disposición transitoria traería como consecuencia que la Administración de la Sociedad quedaría confiada al representante del capital (Administrador único) junto con el representante del trabajo o del personal, con todos los riesgos derivados de esta situación de paridad de fuerzas y el entorpecimiento que las posibles diferencias de criterio comportarían, con el pernicioso efecto de fomentar aquel antagonismo que se trataba de superar.

También esta consideración viene a confirmar el equivocado enfoque de la Ley: justificar el acceso del representante del personal a la administración de la

Sociedad en función de una «configuración de la empresa como una comunidad de aportaciones de la técnica, la mano de obra y el capital en sus diversas formas» (Exposición de Motivos del Reglamento), para luego condicionar su presencia a que se trate de empresas que, además de adoptar la forma jurídica de Sociedad, estén administradas por Consejos u otros organismos compuestos cuando menos por tres o más representantes del capital, lleva en sí mismo su propia contradicción con el criterio que informa aquella Disposición transitoria, contradicción que no se daría si la norma hubiera proyectado su ámbito en el plano o nivel de la empresa, claramente distinto del propio de la Sociedad. Si se hubiera procedido de esta forma, proyectando la medida sobre la empresa y no sobre la Sociedad, la Disposición transitoria que censuramos hubiera sido innecesaria y vano también el propósito de sustraerse a la Ley, si es que lo hubo, por parte de aquellas Sociedades que modificaron la composición de sus Consejos u organismos administrativos.

Otra incidencia del sistema legal en el normal funcionamiento del órgano de gestión de la Sociedad, que acusa nuevamente el error padecido, puede darse cuando nos situamos ante un Consejo de Administración compuesto por tres miembros, en el cual dos de ellos representen a los poseedores de la mayoría del capital, y el tercero, ya sea voluntariamente o en virtud del principio de representación proporcional —sancionado por el artículo 71 de la Ley de Sociedades anónimas—, represente a los accionistas minoritarios. Al tener acceso al Consejo, por aplicación de la nueva Ley, el representante del personal, la situación de fuerzas puede verse alterada fundamentalmente, de tal modo que si se produce una escisión en el seno del Consejo entre los representantes del capital

y el representante trabajador une su voto al del Consejero minoritario, se habrá producido un empate que, de reiterarse, amenazará con paralizar el funcionamiento del órgano gestor, con daño evidente para la Sociedad. Cuando en su Exposición de Motivos la Ley declara que su propósito es favorecer más directamente a los trabajadores, no podía pensar que indirectamente y de modo mediato viniera a reforzar la posible posición de lucha del Consejero-accionista minoritario frente a los representantes en el Consejo de la mayoría del capital. ¡Juzgad vosotros mismos la subversión que en el funcionamiento del Consejo tal circunstancia puede traer consigo!

Desde otro ángulo la estructura y funcionamiento de la Sociedad resulta afectada por la aplicación de los preceptos de la nueva Ley. Como todos sabéis, el artículo 71 de la Ley de Sociedades anónimas establece un sistema de representación proporcional para la designación de Consejeros, por el procedimiento del cociente, es decir, en función del resultado de dividir el capital por el número de Consejeros. Nos preguntamos: una vez en el Consejo el representante o representantes del personal, ¿cómo se formará el divisor? Caben dos soluciones: solamente con los Consejeros representantes del capital o sumando a éstos los que ostentan la representación del trabajo. Si aplicamos sucesivamente estos dos criterios a un Consejo compuesto por tres representantes del capital y uno del personal, en el primer caso será necesario poseer como mínimo el 33,34 por 100 del capital social para tener derecho a un puesto en el Consejo; por el contrario, en el segundo caso bastará para ello con un 25 por 100, con lo cual resulta evidente que se ha otorgado una prima de favor a la minoría —que la Ley de Sociedades anónimas no le concedió—, en perjuicio de la mayoría, que con el 75 por 100 restante sola-

mente tendría dos puestos en el mencionado Consejo. Mas no se crea que esta desigualdad de trato se produce solamente en un caso límite como el propuesto. Se da también cuando la composición del Consejo es muy numerosa, por cuanto en razón de su número aumenta también la representación del personal. Así, por ejemplo, en un Consejo en que los representantes del capital sean 16, los representantes de los trabajadores serán 3, con lo cual el divisor en uno y otro caso será 16 ó 19, y en consecuencia el cociente disminuye en forma considerable en beneficio también de la minoría.

Finalmente, queremos apuntar otro supuesto que puede darse, en el cual la solución para mí no es dudosa, aunque aparentemente entre en colisión con aquella declaración del artículo 1.º, párrafo 3.º de la nueva Ley, de que en el ejercicio de sus funciones los representantes laborales tendrán idénticas facultades y deberes que los representantes del capital. Me refiero al caso de nombramiento provisional de Consejeros por el procedimiento de cooptación, sancionado por el artículo 73, párrafo 2.º de la Ley de Sociedades anónimas, según el cual «si durante el plazo para que fueron nombrados los administradores se produjeran vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlos, hasta que se reúna la primera Junta general». Se trata, como se ve por la exigencia de que la designación ha de recaer forzosamente en quienes ostenten la cualidad de accionistas, de algo que afecta solamente a los representantes del capital. Pretender ampliar las facultades de los Consejeros representantes del personal, consintiéndoles intervención en estos nombramientos constituiría una nueva alteración de la estructura formal de la Ley de Sociedades anónimas.

El análisis podría continuar. Las observaciones que anteceden y otras muchas que podrían formularse, por ejemplo, acerca de la índole de los asuntos sobre los cuales se llama a decidir a los representantes del personal, muestran las inevitables repercusiones y la anormal incidencia del sistema de participación del personal en los organismos de gestión sobre la estructura actual de la Sociedad anónima, con el consiguiente trastorno y subversión en su diario funcionamiento y son por sí solas suficientemente reveladoras de la extraordinaria dificultad —nos atreveríamos a decir imposibilidad— de pretender aplicar en el plano de la Sociedad unas medidas que sólo en el plano de la empresa tienen su razón de ser y su justificación.

Ya a raíz de la publicación de la Ley de 1962, aun cuando desde un ángulo distinto al hasta ahora contemplado por nosotros, el profesor ALONSO GARCÍA calificaba aquella como «tímida fórmula para reconocer un derecho de intervención en la gestión al trabajador» y «solución híbrida que, como tal, no es solución y cuya efectiva aplicación no satisfará ni a empresarios ni a trabajadores: a aquéllos, por cuanto significará un entorpecimiento —mayor o menor, pero entorpecimiento en fin de cuentas— de la utilización de facultades con criterio unitario y significado de decisión sin consulta previa necesaria; a los trabajadores, porque la Ley viene a restringir sus posibilidades de actuación en el seno del Jurado, y sobre todo, porque los derechos que otorga ni pueden estimarse como de gestión conjunta ni representan una apreciable ampliación de su campo de intervención en la empresa».

Siendo ciertos los defectos apuntados, la razón ha de buscarse en el equivocado planteamiento y enfoque de la Ley, al proyectar sus normas sobre la So-

ciudad como forma de organización y administración del capital, y no sobre la empresa, como unidad económica de producción, perfeccionando y ampliando, si se creía necesario, las facultades y la misión de los Jurados de Empresa. Y todo lo dicho confirma la opinión antes expuesta de que los problemas de la estructura interna de la empresa, sobre todo los que se contraen a la integración del trabajador en la misma, deben quedar al margen de cualquier proyecto de reforma de la Sociedad anónima.

SEGUNDA PARTE

LOS IMPERATIVOS Y PRESUPUESTOS
DE LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA
EN ESPAÑA

CAPÍTULO PRIMERO

LAS RAZONES QUE ACONSEJAN LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN ESPAÑA Y EL PROBLEMA DE SU OPORTUNIDAD

Expuestos hasta aquí aquellos problemas que la reforma de la Sociedad anónima tiene planteados en Europa, y en los cuales la decisión ha de ser adoptada merced a una toma de posición a nivel político, nos proponemos en adelante plantearnos los imperativos de la reforma en España, sin perjuicio de su constante contraste con la legislación y la experiencia de otros países.

Al situarnos ante el problema de la necesidad o conveniencia de la reforma de una institución jurídica, la primera cuestión que debe ser contemplada viene constituida, sin duda alguna, por las diversas razones que pueden determinar la necesidad y la urgencia de la reforma proyectada. En el caso concreto de la Sociedad anónima en España parece indispensable, antes de entrar en el examen de las razones que puedan aconsejar la reforma de su ordenamiento jurídico, realizar una recapitulación sobre la Ley de 17 de julio de 1951, con la perspectiva que ofrece la experiencia de estos años, sin olvidar el momento en que aquélla se promulga.

Al verificar esta recapitulación sobre los años de vigencia de la Ley, el primer camino que se nos ofrece es el de situar frente a frente el esquema legal y aquella realidad económica y social que bajo el mismo se cobija, para poder formular un juicio de valor sobre la Ley que nos permita señalar en qué forma y con qué acierto o desacierto cumple aquélla su cometido normativo. La Ley de Sociedades anónimas vino indudablemente a colmar una auténtica laguna en el ordenamiento positivo español, caracterizado por la insuficiente regulación de tan importante forma social, a la cual, como tantas veces se ha repetido, consagraba solamente veinticuatro artículos nuestro Código de comercio.

Desde un punto de vista general y abstracto, la Ley de Sociedades anónimas de 1951 presentó un considerable avance legislativo merced al cual nos colocamos en línea con los países más adelantados en esta materia. Así ha sido reconocido públicamente y así es de justicia proclamarlo cuando nos situamos en trance de abordar la reforma de aquel ordenamiento. Son muchos, muchísimos, los problemas que la nueva Ley de 1951 vino a resolver. Su balance de aciertos deja oscurecidos y atenuados sus posibles desaciertos o lagunas. Se propuso la Ley, según reza en la Exposición de Motivos, «instaurar entre nosotros las normas prudentes de un derecho universal, cuya bondad y justicia están acreditadas por un siglo de experiencia en los países de mayor sensibilidad jurídica y de más floreciente economía».

Este propósito quedó satisfactoriamente cumplido y así ha sido reconocido dentro y fuera de nuestra patria. Merced a la nueva Ley ha podido España acoger en estos últimos años —y éste es uno de los mayores méritos que no debe regateársele— cuantiosas inversiones de capital extranjero, que de no existir

aquélla, como garantía de seguridad y certidumbre jurídica, difícilmente hubieran acudido a completar el insuficiente ahorro español en estos momentos tan necesario para nuestra política de desarrollo económico. Cuando se haga el balance de la contribución de la aportación extranjera en técnica y capital a las Sociedades anónimas españolas, no deberá olvidarse que el instrumento que la hizo posible fue la Ley de Sociedades anónimas de 17 de julio de 1951.

No obstante esta intrínseca bondad de la Ley, de una parte, por influencia del movimiento europeo de reforma, y de otra, por la presión, sin duda, de conocidas, cuanto escasas y excepcionales anormalidades, surgidas en el funcionamiento de algunas sociedades anónimas, se ha abierto nuevamente en España el proceso de revisión del actual ordenamiento jurídico que las rige, planteándonos el problema de meditar sobre cuáles son las razones que pueden aconsejar aquella reforma.

a) Existen, de una parte, unas razones que podríamos llamar permanentes o de hecho, que se daban ya en 1951, al promulgarse la vigente Ley de Sociedades anónimas y que hoy, lejos de desvanecerse se han afirmado más rotundamente y con mayor fuerza si cabe a través de casi tres lustros de vigencia de la Ley. Son aquellas razones que derivan del hecho de que la Ley de 1951, pensada para cobijar a la gran empresa, apenas atiende las exigencias y necesidades de la Sociedad anónima de tipo familiar o cerrado, a cuyo amparo, sin embargo, viven acogidas la mayor parte de las pequeñas y medianas empresas españolas, no obstante lo cual dos tipos tan dispares de Sociedades anónimas quedan sometidas a un único ordenamiento legal.

Los años transcurridos desde la promulgación de la Ley de Sociedades anónimas de 17 de julio de 1951,

las dificultades que su aplicación práctica suscita, no sólo a las empresas acogidas a sus normas, sino a los profesionales de todo orden llamados a aplicarlas; las numerosas sentencias y resoluciones que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado se han visto precisadas a dictar en los casos sometidos a su conocimiento, han puesto de manifiesto la necesidad de detenerse a meditar, con mayor objetividad y mejor perspectiva que la que nos ofreciera un día la simple publicación de la Ley, acerca de la adecuación o inadecuación de este ordenamiento a la realidad económica y social que se trata de regular.

Sin duda, incurrió la Ley española en un error de enfoque —ciertamente no exclusivo de ella sino común a la mayor parte de las legislaciones europeas—, consistente en haber pretendido someter a un único ordenamiento jurídico dos situaciones tan radicalmente dispares como pueden ser la llamada Sociedad anónima cerrada o familiar y la gran Sociedad anónima abierta. La primera, caracterizada por el reducido número de socios que la integran y el conocimiento personal o la relación familiar que los une; por la dimensión de su capital, generalmente modesto o de proporciones medias, en cuanto llamado a responder a las exigencias de la pequeña y mediana empresa; por la procedencia de sus capitales y las fuentes de su financiación, que han de buscarse predominantemente entre sus propios socios, o los familiares o amigos de éstos; por la coincidencia sustancial entre tenedores del capital y titulares o ejercientes de la administración, etc. La segunda, en cambio, utilizada para acoger un gran número de socios que acuden a ella en forma masiva y anónima, lo que le permite y le ayuda a alcanzar un mayor capital, sirve para cobijar las grandes empresas que requieren inversiones

enormes que sólo pueden lograrse buscando su financiación en el mercado de capitales, acudiendo a la Bolsa mediante un llamamiento al ahorro público y en las que cada día se acentúa más el divorcio entre el capital y la gestión, etc.

b) De otra parte, al lado de las razones apuntadas, aparecen en los últimos tiempos otras nuevas, fruto de la lógica y natural evolución política, económica y social experimentada por nuestra patria durante este período, especialmente en estos años, con la preparación y entrada en vigor del Plan de Desarrollo, precedida y acompañada de la publicación de numerosas e importantes leyes especiales, que al insertar las instituciones por ellas reguladas en el cuadro de la Sociedad anónima, plantean una serie de problemas y exigencias de orden práctico que no encuentran adecuada solución en el texto de la Ley de 1951, sobre la que tan directamente inciden, ya sea como complemento, ya como excepción, ya como corrección de sus normas.

Bastará recordar la reciente y profunda, tanto como aventurada, reforma fiscal, de 11 de junio de 1964; la experiencia derivada de la Ley de regularización de balances, de 23 de diciembre de 1961, tan solicitada por el empresariado español y tan hostilmente recibida, como lo demuestra su sustitución—virgen todavía— por el texto refundido de 2 de julio de 1964; la reforma de nuestro sistema bancario, iniciada por la Ley del Crédito y la Banca, de 14 de abril de 1962, acentuando el sentido de especialización de ésta, mediante la regulación de los llamados Bancos industriales, por el Decreto de 29 de noviembre de 1962; la prematura legislación antimonopolio o de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963; la incompleta, aunque bien intencionada, Ley de Asociaciones

y Uniones de empresas, de 28 de diciembre de 1963; la regulación de las entidades de financiación de ventas a plazos de bienes de equipo, contenida en el Decreto Ley de 27 de diciembre de 1962; las normas sobre dimensiones de las empresas y reforma de sus estructuras, de 26 de enero de 1963 y disposiciones complementarias; los preceptos sobre Sociedades y Fondos de inversión y Bolsas de comercio, recogidos en el Decreto Ley de 30 de abril de 1964 y en las dos Órdenes de 5 de junio del mismo año; y en fin, la llamada Ley de Cogestión o de participación del personal en la Administración de las empresas sociales, de 21 de julio de 1962, y su Reglamento de 15 de julio de 1965, etc. Todas ellas son factores y circunstancias importantes que contribuyen a presentar como más necesaria y urgente la modificación y ampliación del ordenamiento jurídico de aquella forma social sobre la cual inciden y se proyectan preferentemente las disposiciones enumeradas.

No puede desconocerse, además, que la preparación y puesta en práctica del Plan de Desarrollo, iniciada por el Decreto de Directrices y Medidas preliminares del Plan, de 23 de noviembre de 1962 —de las que muchas de las normas antes reseñadas son directa consecuencia— y sancionada por la Ley de 28 de diciembre de 1963, por la que se aprueba el Plan y la política de desarrollo, forzosamente han de tener notoria influencia y profundas repercusiones en los cuadros del Derecho comercial, fomentadas por la instrumentalidad de las formas mercantiles, todo lo cual justifica sobradamente que también desde este ángulo sometamos a examen y consideración el ordenamiento jurídico de las Sociedades anónimas, ya que son éstas fundamentalmente las llamadas a recoger y dar vida a las nuevas manifestaciones de la actividad empresarial.

Sin duda la tarea de la reforma no es fácil, ni tampoco está exenta de peligros. El momento en que la reforma se proyecta acaso no sea el más adecuado para realizarla. Conformes en la necesidad de reformar, actualizándolo, el ordenamiento de la Sociedad anónima. Sin embargo, el momento en que la misma se produce nos obliga a ser muy cuidadosos en las fórmulas propuestas.

Son cosas distintas la necesidad y la oportunidad. Vivimos actualmente una coyuntura de tránsito, de despegue y reajuste de nuestra economía, que no sabemos cuánto durará ni en qué punto va a encontrar su estabilización. De un período de euforia, de abundancia de medios de pago, de velocidad circulatoria llevada al máximo, de un cierto gigantismo industrial, como consecuencia de tantas facilidades y optimismos, propios de toda situación inflacionaria, hemos pasado, sin transición apenas, por obra y gracia de la estabilización, a la vertiente contraria: congestión de negocios, inmovilizaciones excesivas, dificultades de liquidez y de tesorería, restricciones de créditos, cierres, suspensiones de pagos, quiebras, etcétera, para entrar de nuevo ahora en una línea de reactivación y desarrollo, de potenciación al máximo de los recursos nacionales, de atracción y aprovechamiento de los extranjeros, etc.

En esta hora, cuando todavía es difícil predecir cuál será la salida, se pretende abordar una nueva reforma de la Sociedad anónima, en torno a la cual gira y ha de girar durante mucho tiempo la organización de la mayor parte de la economía española del futuro. Esta consideración debe obligarnos a exagerar los cuidados, liberándonos de lo accidental y transitorio para ir directamente a lo permanente y substantivo, si se quiere hacer obra duradera y estable, libre de las contingencias del momento. No

se olvide, como tantas veces, que el cuerpo económico social es tan delicado que no es posible someterlo a continuas mudanzas, pues muchas veces las escasas mejorías que se alcanzan no sirven a compensar los daños que su implantación prematura produce.

El momento en que de nuevo se plantea la reforma en España es, sin duda, uno de los más delicados, estando como está empeñada nuestra patria en una etapa de desarrollo que requiere de instrumentos aptos para llevarlo a cabo, de confianza del cuerpo empresarial basada en la seguridad y certidumbre de aquéllos, por lo que parece aconsejable no aventurarse en grandes reformas, que de ser indispensables quizá no haya llegado todavía el momento de acometer.

No es a nosotros, sin embargo, meros informadores, a quienes corresponde decidir en materia tan delicada. Confiamos en que los llamados a ello, con mejores fuentes de conocimiento, adoptarán la decisión que a su juicio resulte más conveniente desde el punto de vista de la Economía nacional.

CAPÍTULO II

LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, PENSADA PARA LA GRAN EMPRESA, DESATIENDE LAS EXIGENCIAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA FAMILIAR

Es de todos conocido que el propósito inicial de los redactores del Anteproyecto era reservar la forma social anónima para cobijar las grandes empresas mercantiles, llegando, incluso, a señalar —siguiendo la tendencia de otras legislaciones— un importe mínimo de capital, que entonces se fijaba en los cinco millones de pesetas, por bajo del cual no podría constituirse ninguna Sociedad anónima. La oposición cerrada que tal propósito encontró en los medios económicos y financieros, lo mismo que en los profesionales del derecho, que denunciaron los peligros que suponía el dejar al margen de la nueva Ley toda aquella ingente masa de Sociedades anónimas familiares, nacidas al amparo del sistema de libertad del Código de comercio, dio lugar a que en el texto aprobado por las Cortes quedara suprimido dicho límite mínimo de capital, si bien se estableció que por encima de dicha cifra todas las Sociedades que de cualquier forma limitaran la responsabilidad de sus socios deberían revestir necesariamente la forma de Sociedad anónima.

El criterio del legislador quedó reflejado en las siguientes palabras de la Exposición de Motivos: «La Ley, siguiendo en este punto el ejemplo de las legislaciones más modernas, ha querido limitar la forma anónima a las Sociedades llamadas a regir empresas de gran envergadura. Y deseando respetar, por otra parte, el uso arraigado en algunas regiones españolas, de fundar Sociedades anónimas de tipo familiar para negocios modestos, no ha querido fijar un límite mínimo de capital a la Sociedad anónima, y para respetar aquel postulado ha seguido el sistema de imponer con carácter obligatorio la forma anónima, a todas aquellas Sociedades que, a más de limitar de cualquier forma la responsabilidad de sus socios, tengan un capital superior a los cinco millones de pesetas. Como suplemento del sistema adoptado, en breve se someterá también a las Cortes un proyecto de Ley que, con carácter más flexible que el actual, regule la Sociedad de responsabilidad limitada, totalmente huérfana de regulación en nuestro ordenamiento positivo, a pesar del gran número de Sociedades de este tipo que funcionan en nuestra Patria. De este modo los beneficios de la limitación de responsabilidad podrán ser conseguidos por el cauce de la Sociedad anónima para las empresas de gran entidad económica y por el de la Sociedad de responsabilidad limitada para las de tipo económico más modesto».

En virtud, pues, de esta solución de compromiso, representada por el artículo 4.º de la Ley, quedaron sometidas a sus normas no sólo todas las pequeñas Sociedades anónimas familiares ya existentes, cualquiera que fuera la dimensión de su capital, sino, además, aquellas otras de base igualmente familiar que, configuradas hasta entonces como Sociedades de responsabilidad limitada, por tener un capital social superior a los cinco millones de pesetas, se vieron

precisadas a optar, a tenor de la Disposición transitoria 3.ª, «entre reducir el capital a esa cifra como máximo o transformarse en sociedad anónima, entendiéndose en otro caso que quedarán disueltas de derecho».

No es necesario recordar que la inmensa mayoría de las Sociedades limitadas en las que concurría aquella circunstancia eligieron el camino de la transformación en Sociedades anónimas, con lo que todas estas Sociedades, estructuradas sobre una base personal y familiar, se encontraron integradas también en el ámbito de la nueva Ley, que por esta circunstancia de hecho, en contra del propósito inicial del legislador, que al darles cabida ni siquiera intentó adaptar sus normas a las nuevas y diversas situaciones contempladas, vino a regular con unidad de criterio unas relaciones sociales que poco o nada tenían de común entre sí, si no era el ser designadas todas como Sociedades anónimas y el quedar de hecho sometidas a las normas de la misma Ley.

Ante este hecho, de fácil constatación por cualquiera que se enfrente con este problema, cabe preguntarse: ¿Cómo es posible someter al mismo ordenamiento jurídico a tipos sociales tan distintos y hasta contradictorios entre sí? Nada tiene de común la Sociedad anónima que lleva sus títulos —acciones u obligaciones— a la Bolsa, que hace una invitación y un llamamiento al ahorro público para suscribirlos, que encuentra su financiación en el mercado de capitales, en la cual los socios se desconocen entre sí, presentándose como algo «fungible», porque fungible es también el dinero que ellos aportan, etc., con aquella otra Sociedad, anónima también, caracterizada por el «*intuitus personae*», en la cual todos los socios se conocen entre sí, aparecen ligados generalmente por vínculos de familia o amistad, y cuya financiación ha

de buscarse, necesaria y forzosamente, en el reducido ámbito de los propios socios, por otra parte tan celosamente cerrado a la penetración de personas extrañas, en la que los accionistas no pueden entrar y salir libremente a su voluntad, porque se lo impiden unas cláusulas de sindicación finamente articuladas, que restringen la libre transmisibilidad de las acciones, que en la gran Sociedad anónima son siempre libremente negociables; sociedades cuyos socios tienen reconocidos en la Ley unos derechos que ven volatilizarse a la hora de su ejercicio, precisamente por razón de esta inadecuación que denunciarnos entre el esquema legal y la realidad viva regulada. Son tan patentes las diferencias existentes entre una Sociedad que se configura como Sociedad abierta o de masa y otra Sociedad que se estructura como un círculo cerrado y familiar, que a nadie ha de sorprender que si las Sociedades son distintas rechacen una regulación o concepción unitaria.

Unidad de ordenamiento para diversidad de tipos es acaso —como hemos dicho en otra ocasión— el más grave defecto de la Ley española de Sociedades anónimas. Aquel error de enfoque de la Ley, al brindar un único ordenamiento jurídico, es decir, una sola Ley para cobijar estos dos tipos de Sociedad, tan radicalmente dispares entre sí, agravado en ocasiones por la falta de flexibilidad de sus normas, que permitiera su fácil adaptación, se manifiesta en numerosas instituciones de la Ley, tales como el derecho de opción o preferencia para la suscripción de las nuevas acciones en los aumentos de capital (art. 92), que cuando los socios no pueden ejercitarlo carece de valor económico en las Sociedades familiares, porque no se cotizan los «derechos», mientras que todos sabemos las cotizaciones que llegan a alcanzar estos «derechos» en las grandes Sociedades que acuden con sus

títulos a la Bolsa; el sistema de adopción de acuerdos (art. 48), al no ofrecer la Ley solución alguna a las dificultades que en el seno de las Juntas generales plantean las situaciones de reiterado empate de votos, tan frecuentes en las Sociedades familiares y de reducido número de socios y tan difíciles de imaginar en las grandes Sociedades en las que los socios se cuentan por cientos o por miles, dificultades que han venido a agravarse por las Resoluciones de 17 de julio y 5 de noviembre de 1956, al negar el acceso al Registro de aquellas normas estatutarias, tan frecuentes que casi pueden considerarse un uso de comercio, que establecían para tales eventos el voto dirimente o la decisión de calidad del Presidente de las Juntas; el derecho de información del accionista (arts. 65 y 110), que en su forma actual en las grandes sociedades entraña una burla de tan indispensable como necesario derecho, que, además de no responder a la verdadera finalidad del mismo, se presta, en cambio, a fáciles maniobras de extorsión frente a la mayoría o frente a los administradores; la censura de cuentas (artículo 108), confiada en principio a los accionistas mayoritarios, cuyo informe en los escasos años de vigencia de la Ley se ha convertido en un «cliché» que nada informa y nada aclara a los restantes accionistas, que sólo tienen el recurso de designar un Censor Jurado de cuentas, si poseen el porcentaje del 10 por 100 exigido por la Ley, o de solicitar de éstos, con carácter excepcional, una investigación extraordinaria, si sus acciones representan, por lo menos, la tercera parte del capital social desembolsado (art. 109); el derecho de separación que se concede al accionista en determinados casos —cambio de objeto social (artículo 85, 4.º), transformación (artículo 135), fusión (artículo 144)—, para obtener el reembolso de las acciones al tipo que resulte de la apreciación del patrimonio

líquido según el último balance aprobado si las acciones no se cotizan en Bolsa, lo que en el estado actual de nuestras contabilidades entraña el peligro de un grave despojo para el socio que se separa en beneficio de los que se quedan, y que aparece carente de sentido cuando lo proyectamos sobre acciones que se cotizan en Bolsa, no sólo por razón del tipo que sirve de módulo para el reembolso —cotización media del último semestre—, sino también por el plazo de tres meses señalado para su ejercicio, a contar de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil, en cuanto apenas ofrece al accionista minoritario algo que ya no tenga como propietario de acciones cotizadas en Bolsa, a la cual puede siempre acudir cuando discrepe del modo como se lleva la marcha de la Sociedad; y en fin, el derecho de representación proporcional o por el sistema del cociente para la designación de Consejeros (art. 71 y Decreto de 29 de febrero de 1952), totalmente ilusorio para el accionista de la gran Sociedad anónima, que no puede casi nunca, ni solo ni agrupado, alcanzar la enorme representación de capital que sería necesaria para obtener el derecho a la designación de un solo Consejero, y excesivamente oneroso para el accionista de la Sociedad familiar, al llevar consigo un gravamen sobre las acciones que hayan hecho uso de aquel derecho mediante el estampillado de las mismas, etcétera.

CAPÍTULO III

EL MARCO LEGAL DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA TAMPOCO RESPONDE ADECUADAMENTE A LAS NECESIDADES DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS HOY ACOGIDAS A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Este problema de inadecuación de la Ley a las Sociedades anónimas familiares, latente ya en 1951, pretendió ser corregido por el legislador al promulgar dos años más tarde la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953, hasta entonces «huérfana de toda regulación», convencido de que las necesidades de la Sociedad anónima familiar o de reducido número de socios iban a quedar cubiertas con la regulación que para las Sociedades de responsabilidad limitada se anunciaba ya en el Preámbulo de la Ley de 1951, al advertir que «de este modo los beneficios de la limitación de responsabilidad podrían ser conseguidos por el cauce de la Sociedad anónima para las empresas de gran entidad económica y por el de la Sociedad de responsabilidad limitada para las de tipo económico más modesto», pensamiento confirmado por la anunciada Ley, que la configura como «un tipo de Sociedad que si, de un lado, utiliza la prerro-

gativa de la limitación de la responsabilidad del socio, de otro sirve de instrumento eficaz para las empresas de volumen económico más modesto y de menor número de socios que las de forma anónima».

Pronto se advirtió que la nueva Ley no podía cumplir el cometido que se le asignaba de acoger bajo sus preceptos todas aquellas numerosas Sociedades de tipo cerrado o familiar que, pese a no acomodarse a la estructura pensada para las Sociedades anónimas, se habían sometido a sus preceptos para gozar de las ventajas que la misma le ofrecía desde muy diversos puntos de vista —principalmente de orden sucesorio y fiscal—, aun cuando en otros aspectos tuvieran que aceptar principios contradictorios con su propia naturaleza esencialmente personalista.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, no obstante ser en algunos aspectos más flexible que la de Sociedades Anónimas, ofrecía de entrada una limitación importantísima, a saber, la de su capital, que según el art. 3.º «no podrá ser superior a los cinco millones de pesetas». Esta cifra, que ya en 1951-1953 pecaba de extraordinariamente reducida, representa muy poco en 1965, sobrepasada ampliamente por la mayoría de las Sociedades anónimas familiares, sobre todo las industriales, que por ello no tienen hoy opción posible, si quieren limitar la responsabilidad de sus socios, viéndose precisadas a seguir acogidas o acogerse las de nueva creación al único ordenamiento legal que las admite, descartada, por sus muchos inconvenientes, la posibilidad de recurrir a la Sociedad comanditaria simple, al amparo de la excepción del art. 4.º, párrafo 2.º de la Ley de Sociedades anónimas.

Consiguientemente, Sociedades que por su volumen y características hubieran podido adoptar la forma de la Sociedad de responsabilidad limitada, como

tipo intermedio entre la Sociedad anónima y las Sociedades personalistas —colectiva y comanditaria—, más acorde con el *intuitus personae* imperante en las mismas, no tienen más remedio que constituirse como Sociedades anónimas, pasando a ser reguladas por una ley concebida para la reglamentación de otra forma social —la gran empresa—, cuyos problemas son totalmente distintos y aun contradictorios con los experimentados por las pequeñas Sociedades de base familiar o personal.

Sería un error, sin embargo, en trance de reforma, creer que sólo con elevar el límite de capital señalado en la Ley para la Sociedad de responsabilidad limitada habían quedado resueltos todos los problemas de inadaptación que venimos denunciando. Siendo muchas las características similares entre la Sociedad anónima familiar y la Sociedad de responsabilidad limitada, no es menos cierto que la regulación que estas últimas alcanzan en la Ley de 17 de julio de 1953, no siempre se muestra compatible con las finalidades y necesidades que motivaron el que muchas empresas familiares y de reducido substrato personal optaran por cobijarse bajo la forma de Sociedad anónima, tanto bajo el imperio del Código de comercio como de la nueva Ley de 1951.

Los aspectos en que aquella dificultad de adaptación se pone de manifiesto, mostrándose incompatible con las finalidades perseguidas, las hemos condensado en otra ocasión en los siguientes apartados:

a) *Cuantía y desembolso del capital.*

La Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 1953 no solamente impide que éste pueda ser superior a los 5.000.000 de pesetas, sino que exige que quede totalmente desembolsado desde su origen (ar-

título 3.º), mientras que la Ley de Sociedades anónimas de 1951, además de no establecer aquella limitación de capital (art. 4.º), se reduce a exigir la total suscripción del capital y el desembolso inicial de una cuarta parte por lo menos (art. 8.º).

b) *Régimen de participaciones sociales.*

Se prohíbe por la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada que éstas puedan quedar representadas o incorporadas a títulos negociables, ni denominarse acciones... (art. 1.º), estableciéndose para su transmisión —además de un derecho legal de preferente adquisición—, el régimen más complicado de la escritura pública que se inscribirá en el Registro mercantil, siendo nula cualquier transmisión que no se ajuste a este requisito (art. 20), mientras que en la Sociedad anónima el capital está representado por acciones (art. 1.º), de las que se predica su negociabilidad, salvo las limitaciones que estatutariamente pueden establecerse a su libre transmisibilidad (art. 46), que, en cambio, vienen impuestas legalmente en la Sociedad de responsabilidad limitada (art. 20).

c) *Responsabilidad de los socios.*

La Ley de Sociedades de responsabilidad limitada en el caso de aportaciones no dinerarias, hace responsables solidarios a todos los socios, frente a la Sociedad y frente a terceros, de la realidad de las aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura (art. 9.º), a diferencia del régimen de la Ley de Sociedades anónimas que establece para tales casos un sistema de revisión de estas valoraciones (art. 32), reservando la sanción de la responsabilidad solidaria solamente para los socios fundadores en los casos de

constitución simultánea (art. 13) o para los promotores en los supuestos de fundación sucesiva (art. 39).

d) *Derechos políticos y económicos de los socios.*

Mientras la Ley de 1953 proclama el principio de la más absoluta igualdad declarando nulo todo pacto en contrario, salvo lo dispuesto en el art. 10 en relación con las llamadas prestaciones accesorias (art. 29), la Ley de Sociedades anónimas de 1951 sanciona un sistema de libertad en materia de derechos económicos, al admitir distintas clases o series de acciones, cuya diferencia puede consistir en el valor nominal, en el contenido de derechos o en ambas cosas a la vez (art. 37), posibilidad que puede ser de gran utilidad práctica para lograr la atracción de nuevos capitales a cambio de determinados privilegios o preferencias de orden económico.

e) *Régimen de mayorías para la adopción de acuerdos.*

El sistema de la Ley de 1953 es mucho más riguroso que el de la de 1951, en cuanto aquél exige la mayoría absoluta del capital social, salvo disposición contraria de la escritura, para los acuerdos ordinarios (art. 14) y el voto favorable de la mayoría del número de socios y de las dos terceras partes del capital, si los acuerdos entrañan aumento o reducción del capital o cualquier modificación de la Sociedad (artículo 17), mientras que la Ley de Sociedades anónimas proclama el principio de sumisión a la decisión mayoritaria de los asistentes o representados en la Junta general para toda clase de acuerdos (art. 48), limitándose a exigir un *quorum* especial de presencia para la válida constitución de las Juntas llamadas

a acordar sobre el aumento o disminución del capital o cualquier modificación de los Estatutos (artículos 58 y 84).

f) *Diferente estabilidad de los administradores.*

Finalmente, consecuencia de este distinto régimen de mayorías, cabe advertir también la diferente estabilidad de que gozan los administradores sociales, mayor en la Sociedad limitada que en la anónima, ya que mientras aquéllos sólo pueden ser separados de sus cargos por mayoría absoluta del capital social, excepto cuando hayan sido nombrados en la escritura fundacional, en cuyo caso se requiere el voto favorable de la mayoría del número de socios y de las dos terceras partes del capital (arts. 12 y 17), en cambio, los administradores de la Sociedad anónima son siempre revocables *ad nutum*, en cualquier momento y por simple mayoría del capital presente o representado en la Junta general (art. 75), criterio agravado por la discutible doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, que al conocer de una cláusula estatutaria que establecía mayorías reforzadas de votos para la separación de un Administrador, se muestra totalmente contraria a reconocer su validez y eficacia, por entender que contradice un principio que, como el de la revocabilidad de los administradores, sancionado por el art. 75 de la Ley, es principio de orden público, que como tal no puede ser restringido o limitado por el pacto fundacional, sin que pueda alegarse —añade— el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad a la publicación de la Ley, pues no puede considerarse adquirido un derecho de permanencia indefinida en el cargo de administrador frente al posible voto de la mayoría.

Este criterio jurisprudencial, contrario a la estabilidad de los administradores, desconoce las exigencias de la Sociedad anónima familiar, en la que la substancial coincidencia entre propietarios del capital y administradores, acostumbraba a asegurarse mediante aquellas mayorías reforzadas, y por otra parte, le impedirá contar con la colaboración de personas a las que ya no podrán ofrecerse aquellas garantías mínimas de estabilidad, como solía hacerse a través de estas cláusulas, ahora rechazadas por el Tribunal Supremo, muchas de las cuales, hasta la Sentencia citada, habían tenido acceso a los Registros mercantiles, sin que inicialmente se manifestara oposición alguna por parte de los funcionarios calificadores.

En presencia de éstas y otras diferencias que pudieran señalarse se explica perfectamente que la Sociedad limitada, pese al buen propósito del legislador y a la flexibilidad de que quiso dotarla, no haya atraído a su seno esa enorme masa de Sociedades anónimas familiares, que —como ha sido puesto de relieve por PUIG BRUTAU— habían acudido a esta forma social con el móvil de continuar actuando como socios colectivos entre sí y aparecer en el aspecto externo como una Sociedad anónima.

La Sociedad anónima familiar tiene unos problemas específicos que ni la vigente Ley de Sociedades anónimas de 1951, ni la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 1953 han acertado a resolver. Ni una ni otra ofrecen el adecuado ordenamiento y solución legal a las múltiples cuestiones y dificultades que a diario se presentan en la vida de los negocios y en el ejercicio profesional. La experiencia de cada día va suministrando nuevos y más intrincados problemas, que vienen a poner de relieve la insuficiencia de aquel ordenamiento legal por su falta de adaptación a las situaciones de hecho contempladas.

Naturalmente, son muchos los inconvenientes que surgen al pretender aplicar a las Sociedades familiares las normas de una Ley que prácticamente las desconoce. Si se exceptúa el supuesto de las llamadas «Juntas universales», previsto en el art. 55 de la Ley de Sociedades anónimas, más propio y adecuado para las Sociedades cerradas, de pequeño capital y reducido número de socios, y el discutido derecho de designación de administradores por el sistema de representación proporcional, introducido por el art. 71 de la Ley, durante su discusión en las Cortes, pocos son los preceptos de aquélla cuya aplicación a este tipo de Sociedades no origine situaciones de abuso, de la mayoría unas veces, de la minoría otras, convirtiendo lo que se le otorgó como medida protectora en arma de coacción y de extorsión frente a administradores dignos y diligentes, que ven amenazada su labor con el anuncio o la realidad de pleitos e impugnaciones casi siempre caprichosos y temerarios, que no persiguen otra finalidad que la de vender sus acciones por un valor superior al que realmente les correspondería.

Parece evidente, por tanto, la conveniencia de proceder a una revisión ponderada y cuidadosa de la actual reglamentación de la Sociedad anónima, de forma que cada uno de los diversos tipos señalados encuentre en ella su regulación adecuada, ya sea en un mismo cuerpo legal, con unas normas comunes y otras específicas para cada uno de ellos, ya en leyes separadas, una para las Sociedades anónimas familiares o cerradas y otra para las llamadas Sociedades anónimas abiertas, entendiendo por tales, con independencia de su capital, o fijando éste en un límite más adecuado, aquellas que acuden para su financiación al mercado de capitales, llevando sus títulos a la Bolsa y ofreciéndolos al ahorro público.

CAPÍTULO IV

LA NUEVA LEGISLACIÓN PREPARATORIA Y DE EJECUCIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO CONFIRMA LA NECESIDAD DE PROCURAR UNA REGULACIÓN ADECUADA A LOS DOS TIPOS ACTUALES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Señalábamos al comienzo de la segunda parte de este estudio que al lado de las razones permanentes que parecían aconsejar la revisión o reforma de nuestro ordenamiento jurídico de Sociedades anónimas —que han quedado sumariamente apuntadas y que pueden resumirse en la afirmación de que la Ley de 1951 apenas conoce las exigencias de la llamada Sociedad anónima familiar—, concurrían ahora otras nuevas, derivadas de la orientación dada por el Gobierno a toda su política económica de estabilización, primero, y de desarrollo, después, política que se manifiesta en una doble dirección, que confirma plenamente la necesidad de procurar dotar de una regulación que responda a sus exigencias claramente diferenciadas a los dos tipos actuales de Sociedades anónimas: la pequeña y mediana Sociedad cerrada o familiar, de una parte, y la gran Sociedad anónima abierta o de masa, de otra.

En efecto, desde el primer momento la política económica del Gobierno aparece dominada por una doble preocupación, que nos interesa mucho destacar. De una parte, la de atender con especial cuidado a las peculiares características de las empresas medias y pequeñas, generalmente de tipo familiar, fomentando una modificación de las estructuras productivas, no tanto desde el punto de vista de la cifra formal de su capital, cuanto desde el ángulo eminentemente técnico, de alcanzar unas dimensiones mínimas de producción, que aseguren su rentabilidad, prestando especial atención a los problemas siempre difíciles de su financiación, mediante el conveniente desarrollo de las instituciones de crédito a medio y largo plazo y las facilidades que para el acceso al crédito-obligaciones representa la Ley de Sociedades y Uniones de empresas; de otra, fomentar la constitución de grandes Sociedades anónimas, ya directamente, ya favoreciendo las operaciones de fusión de otras ya existentes, con el fin de formar unidades productivas mayores, reservando en ocasiones el ejercicio de específicas actividades a aquellas que superan una determinada cifra de capital —generalmente viene fijándose la de 100.000.000 de pesetas— y adopten, además, aquella forma social, a través de numerosas leyes especiales que hacen de la Sociedad anónima el soporte principal, cuando no exclusivo, de las instituciones reguladas.

Ni una ni otra dirección de la política de Desarrollo permite, por tanto, desentenderse del problema que la Sociedad anónima tiene actualmente planteado desde el punto de vista de su ordenamiento positivo. El carácter predominantemente instrumental de esta forma social puede condicionar de modo muy importante el desarrollo industrial español, si al propio tiempo que las disposiciones de orden económico señalan el

rumbo a seguir, no se acierta a dotar al instrumento preferentemente utilizado no sólo por el empresariado español, sino por el propio Estado, de normas suficientemente ágiles y flexibles que, al mismo tiempo que garantizan a las empresas acogidas a esta forma social una normalidad de funcionamiento, respondiendo a sus diversas y particulares exigencias —según se trate de empresas de tipo familiar o cerrado o de grandes empresas—, ofrezcan a los accionistas interesados, a los acreedores de la Sociedad y a la propia Economía nacional la seguridad de que a través de dichas organizaciones anónimas no podrán ser burlados sus legítimos derechos ni entorpecida o esterilizada la misión a las mismas confiada en esta importante etapa del desarrollo económico que ahora se inicia.

De un análisis detenido de la reciente legislación económica y mercantil aparecida en estos últimos años, y muy señaladamente del contenido y ulterior desenvolvimiento del Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1962, sobre directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo, dictado como verdadera Ley-cuadro, llamada a actuar como reductor de incertidumbre hasta la promulgación del Plan, cabe extraer, sin duda, unas consignas o imperativos de reforma que en mayor o menor medida afectan a ambos tipos de Sociedades anónimas y que nos proponemos examinar por separado y muy sumariamente a continuación.

1. *Dimensiones mínimas de la empresa y reforma de sus estructuras*

Sin duda, uno de los más señalados objetivos de la política económica del Plan de Desarrollo, aprobado por la Ley de 28 de diciembre de 1963, ha sido el

de las dimensiones mínimas de la empresa y la modificación de las estructuras productivas, en el sentido de promover las oportunas transformaciones en la actual composición de los distintos sectores productivos, de modo que permitan un funcionamiento eficaz de la economía y abran nuevas perspectivas y oportunidades al trabajo y al capital.

Anticipándose a este propósito el Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1962, sobre directrices y medidas preliminares del Plan de Desarrollo, establecía en su artículo 11 que por los Ministerios competentes se propondrán al Gobierno las medidas financieras y de asistencia técnica e informativa que estimen oportunas para facilitar el desarrollo conveniente de las empresas medias y pequeñas existentes, así como para extender el procedimiento actual sobre facilidades para uniones y concentraciones de empresas que sean beneficiosas para la Economía nacional.

Prescindiendo ahora de la posible contradicción existente entre el final de dicho precepto y el art. 10 del propio Decreto, antecedente directo de la llamada Ley Antimonopolio, de 20 de julio de 1963, interesa poner de relieve esta preocupación de la política económica del Plan, encaminada a lograr una necesaria reestructuración de las empresas españolas, no sólo desde el punto de vista dimensional, sino también desde el punto de vista técnico o de capacidad de producción y demás condiciones exigidas para que aquellas empresas puedan alcanzar el desarrollo conveniente a la nueva coyuntura que se les ofrece.

En este sentido merecen recordarse el Decreto de 26 de enero de 1963 y la Orden complementaria de 22 de febrero, relativos a la libertad de implantación, ampliación y traslado de las industrias, que vinieron a sustituir aquel antiguo régimen de previa autorización administrativa vigente desde 1938-1939,

pasando por el sistema de libertad parcial establecido por la Orden de 5 de junio de 1960, para las empresas de capital inferior a dos millones de pesetas, disposiciones que han sido completadas por la Orden de 16 de marzo de 1963, hoy derogada y sustituida por la de 10 de febrero de 1964, por la que se fijan las condiciones técnicas y de dimensión mínima que deben reunir las empresas para su libre instalación en los sectores industriales que se establece.

La finalidad de estas normas ha sido corregir el minifundio industrial existente y orientar la promoción de nuevas empresas industriales y la modernización de las existentes, sobre unas bases estructurales de rentabilidad económica que las sitúe en condiciones de competir en el mercado con las demás empresas nacionales y con la concurrencia extranjera, dentro del mayor grado de libertad compatible con el orden público económico. Las industrias que no se ajusten a las condiciones allí enumeradas, en razón a su capacidad de producción y dimensión mínima necesitarán para su instalación obtener la previa autorización del Ministerio.

La importancia de la norma no puede desconocerse. La estructura industrial y comercial de España acusa una clara preponderancia de la media y pequeña empresa, casi siempre de base familiar. El fenómeno es típico y ejemplar en la región catalana, que puede mostrarse orgullosa del mismo en cuanto merced a esta estructura alcanzó el puesto preeminente que hoy ocupa por derecho propio en la Economía española. Sin desconocer los defectos de un exagerado minifundio industrial o comercial, es evidente que estas empresas tienen todavía una importante misión que cumplir, como corrector o moderador de otra tendencia que se acusa y que resulta favorecida por el propio Plan de Desarrollo, a saber, la superación de

estas dimensiones mínimas y el fomento de las fusiones, uniones y concentraciones de empresas, que al amparo de las exenciones fiscales que se les ofrecen pueden llegar a constituir verdaderos oligopolios de hecho o de derecho, con todos los inconvenientes típicos de estas situaciones, agravados al máximo por la circunstancia de que luego no se tendría fuerza moral para sancionar sus perjudiciales efectos sin incurrir en contradicción, ya que habría sido el propio Estado quien los había encauzado y fomentado con su política económica.

Admitidas son de todos las innegables ventajas de la gran empresa, desde distintos puntos de vista: técnico, en cuanto producen economías en su funcionamiento y reducción de costos; de dirección y organización, al dividir el trabajo, mientras que el pequeño empresario ha de atender personalmente a todos los aspectos de su industria —aprovisionamiento, venta, financiación, etc.—; de preferencias en el mercado, en tanto puede prestar servicios más rápidos y goza de mayor influencia en la formación de los precios; de orden financiero, en cuanto gozando de mayor reputación y solvencia económica encuentra mayores facilidades de financiación, a través del mercado de capitales, acudiendo a colocar sus títulos en la Bolsa, y finalmente, de disminución del riesgo empresarial, al distribuirlo entre un gran número de accionistas o partícipes.

Frente a ellas, sin embargo, no deben desdeñarse las que ofrecen las pequeñas y medianas empresas, en cuanto producen ahorro de capitales, necesarios para financiar las grandes empresas de servicios públicos; impulsan el ahorro privado, acumulando los ahorros precisos para su propia financiación y recurriendo a los familiares y amigos para reunir y movilizar las sumas necesarias, que normalmente nunca se hubie-

ran manifestado como capitales productivos; ofrecen mayores posibilidades y oportunidades de empleo de mano de obra, por defecto de la automatización; plantean menores exigencias de personal técnico y especializado, al sustituir el empresario con su redoblado esfuerzo al personal técnico; dan mayor facilidad para la descentralización industrial, lo que puede contribuir eficazmente al equilibrio deseable, a cuya finalidad atiende el Plan con la creación de los polos de desarrollo y de promoción y de los llamados polígonos de descongestión de aquellas zonas de excesiva concentración industrial, y en fin, ofrecen una mayor flexibilidad de movimientos que la gran empresa.

Las principales directrices en que se manifiestan las necesidades de la pequeña y mediana empresa ante una coyuntura de desarrollo son las de atender a una financiación adecuada, al no poder acudir al mercado de capitales; facilitar la comercialización y venta de sus productos; poner a su alcance la divulgación de las grandes conquistas y perfeccionamientos científicos y sus métodos, para aplicarlos al aumento de la productividad de las plantas industriales de tamaño reducido, etc. De ahí que cuando la pequeña empresa coexiste con la grande necesita para subsistir el estímulo y la ayuda del Estado, del que unas veces reclama ayudas financieras, otras créditos baratos a medio y largo plazo, otras desgravaciones fiscales, otras, en fin, atenuación de obligaciones laborales y mayor flexibilidad en la selección y renovación de su personal.

Para resolver el problema, el Plan señala como directrices generales, la superación de aquellas dimensiones productivas que se estiman antieconómicas. «La mayor parte del sistema productivo español —se dice— adolece de una fragmentación excesiva. Ello implica la existencia de un elevado número de uni-

dades de producción cuya dimensión es inferior a la adecuada y la obtención de una gama de productos demasiado amplia en relación con la capacidad de producción. En resumen, existen muchas empresas muy pequeñas y poco especializadas. El progresivo grado de apertura hacia el exterior de nuestra economía hace prever la desaparición de las empresas inframarginales, con la consiguiente repercusión sobre la producción, importación, empleo, etc. La reestructuración, por tanto, tiene carácter prioritario dentro de las acciones que han de emprenderse para conseguir los objetivos del Plan...», y añade: «Para estimular la reestructuración se prescindirá en lo posible de todos aquellos elementos formales que entorpezcan la agilidad de las empresas para llevar a cabo un proceso de cooperación económica acomodado a las características peculiares del sector concreto de que se trate. Por esta razón no se otorgarán indiscriminadamente las ventajas correspondientes, sino que éstas se concederán mediante un acuerdo o concierto entre la Administración y el sector o grupo de empresas, de tal forma que se condicionen aquéllas a la presentación y cumplimiento de un programa conjunto de reestructuración acorde con la política de desarrollo».

Conformes en lo substancial con las afirmaciones anteriores. Sin embargo, creemos un deber advertir que en este aspecto toda ponderación nos parece poca, si no se quiere correr el riesgo de desnaturalizar la actual composición industrial española, cosa muy distinta de atender al mejoramiento y agilización de las estructuras empresariales desde el punto de vista técnico y de rentabilidad, limitando sólo en cuanto sea posible las exigencias cuantitativas de capital y dimensiones mínimas, sobre todo cuando nada se ha dicho en punto a las dimensiones máximas, encaminadas a

evitar el gigantismo industrial, a las que también aludía el artículo 9.º del Decreto de 23 de noviembre de 1962 sobre medidas preliminares del Plan de Desarrollo, cuyo artículo 11 mandaba dictar las medidas oportunas para facilitar el conveniente desenvolvimiento de las empresas medias y pequeñas existentes.

He aquí, por tanto, unos claros imperativos de reforma en lo que se refiere a las medianas y pequeñas empresas existentes, la mayoría de las cuales, como ya se ha dicho, deseando disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada de los socios, se vieron precisadas a cobijarse bajo la forma de Sociedades anónimas, ya antes de la publicación de la Ley y más aún después de ella, por cuanto la obligatoriedad de adoptar la forma anónima para todas las sociedades que limitando la responsabilidad de los asociados, tuvieran un capital superior a los 5.000.000 de pesetas y la limitación establecida en la Ley de 1953 al fijar esta misma cifra de capital como tope máximo de las Sociedades de responsabilidad limitada, canalizaron todas estas empresas medianas y pequeñas al cauce de la Sociedad anónima.

2. *La gran Sociedad anónima como forma preferida por el Estado para el cumplimiento de su nueva política económica*

En contraste con las disposiciones anteriores, que consagraban su especial cuidado a atender a las necesidades y exigencias de las medianas y pequeñas empresas, con independencia de la forma social que éstas revisten, una gran parte de la legislación preparatoria y de ejecución de la política económica encarnada en el Plan de Desarrollo, incide abiertamente en

el campo de la gran Sociedad anónima, mostrando su preferencia por la estructura que ésta le ofrece, que si hasta ahora sólo había sido señalada como forma única mercantil para el ejercicio de la industria del seguro —en concurrencia con las formas mutuas— para gozar o poder aspirar a disfrutar de ciertas concesiones administrativas o de explotación de algunos servicios públicos, en cambio, en esta nueva etapa de la economía la vemos llamada a cobijar determinadas empresas, caracterizadas por la actividad ejercida, y por la índole colectiva de los intereses puestos en juego, con exclusión de cualquier otra forma social, fijándose, además, una serie de requisitos complementarios que unas veces contradicen abiertamente los preceptos de la Ley de Sociedades anónimas de 1951 y que otras, sin contradecirlos, imponen una conducta predeterminada en punto a algunos extremos que hasta el presente venían confiados a la libre voluntad de los fundadores o promotores de la Sociedad. Unos ejemplos bastarán como justificación del anterior aserto, y nos permiten presumir, además, que a través de ellos el legislador no ha hecho otra cosa que anticipar una toma de posiciones que han de ser tenidas muy en cuenta a la hora de meditar sobre la necesaria reforma de nuestro ordenamiento de Sociedades anónimas.

En efecto, el Decreto-Ley de 29 de noviembre de 1962, por el que se establece el estatuto legal de los llamados Bancos industriales, además de exigir de modo necesario como única forma posible para su constitución la de la Sociedad anónima (art. 2.º) —en contra del principio de libertad sancionado por los artículos 37 y 41 de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946, que admiten al ejercicio del comercio de Banca a todas las personas naturales y jurídicas, y en este caso bajo cualquiera de las formas tradicio-

nales (colectivas, comanditarias, anónimas o limitadas)—, señala a aquéllas un capital mínimo de pesetas 100.000.000 totalmente desembolsado (art. 3.º) —en contra de lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de Sociedades anónimas que sólo exige el desembolso de una cuarta parte—; prohíbe a los fundadores reservarse remuneraciones o ventajas especiales (artículo 3.º) —contrariando la posibilidad admitida por el artículo 12 de la Ley de Sociedades anónimas de que éstas pueden alcanzar el 10 % de los beneficios netos según balance y por un período máximo de quince años—; ordena que todas las acciones representativas del capital gozarán de iguales derechos (artículo 3.º) —en oposición a lo previsto y permitido en el art. 37 de la Ley de Sociedades anónimas—; limita al 50 por 100 del capital la participación de otros Bancos (art. 3.º) con fines de evitar situaciones de control absoluto, supuesto y limitación no prevista en la Ley de Sociedades anónimas y al que solo genéricamente se refiere al apartado c) del art. 45 de la Ley de Ordenación Bancaria, al exigir para ello autorización del Ministerio de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario.

Otro tanto ocurre en materia de Sociedades de financiación de ventas a plazos de bienes de equipo industrial o agrícola, regulados por la Base 10.ª de la Ley de 14 de abril de 1962, sobre Ordenación del Crédito y la Banca, desarrollada por el Decreto-Ley de 27 de diciembre de 1962 —completado por Órdenes de 25 de enero y 8 de febrero de 1964 y Orden de 30 de abril de 1965—, en el cual se reiteran igualmente aquella serie de particularidades y exigencias que ya se habían establecido para los Bancos Industriales, que derogan o modifican las normas generales de la Ley de Sociedades anónimas y añaden otras nuevas que también suponen una desviación de aqué-

llas. Así, por ejemplo, además de obligar a estas Sociedades a la utilización de la forma anónima, se somete su constitución a la previa aprobación del Ministerio de Hacienda, que resuelve discrecionalmente; se le exige un capital totalmente desembolsado no inferior a los 100.000.000 de pesetas (art. 1.º); también las acciones representativas de su capital gozarán de iguales derechos (art. 3.º, núm. 3); no podrán los fundadores reservarse ninguna clase de remuneraciones o ventajas especiales (art. 3.º, número 3); los títulos acciones deberán ser necesariamente nominativos (art. 3.º, núm. 4); no podrá atribuirse al Consejo de Administración una participación superior al 5 por 100 del beneficio social efectivamente distribuido a los accionistas (art. 3.º, núm. 3), y, finalmente, se las somete a un severo régimen de fiscalización, ordenando que existirá en dichas Sociedades una representación del Estado (artículo 6.º).

Extraordinario interés ofrece el Decreto-Ley de 30 de abril de 1964, dictado como desenvolvimiento de las Bases 8.ª y 9.ª de la Ley de 14 de abril de 1962, sobre Ordenación del Crédito y la Banca, por el cual se regulan las Sociedades de inversión mobiliaria, los Fondos de inversión y el Mercado de Valores y Bolsas de Comercio.

Con respecto a las Sociedades de inversión mobiliaria, el Decreto Ley de 1964 modifica, substancialmente en algunos puntos, los preceptos de la Ley de 26 de diciembre de 1958 y la materia ha sido posteriormente reglamentada por la Orden de 5 de junio de 1964. De conformidad con dichas normas, además de exigirse también preceptivamente la forma anónima para dichas Sociedades, se eleva el capital mínimo de las mismas —que la Ley de 1958 fijaba en 25.000.000 de pesetas— disponiendo que deberán te-

ner un capital desembolsado no inferior a pesetas 50.000.000 (art. 15); se exige que la mitad más uno, como mínimo, de sus administradores sean españoles de origen o nacionalizados con veinte años de antelación a su nombramiento (art. 3.º, núm. 1 de la Ley de 1958, modificada por el art. 1.º del Decreto Ley de 1964 y el art. 2.º núm. 3, c) de la Orden de 5 de junio); el activo estará constituido, al menos, en un 90 por 100 por valores mobiliarios de renta fija o variable, cotizados o no en alguna de las Bolsas oficiales, pero no podrán invertir más del 25 por 100 de su activo social en valores emitidos por la misma entidad o empresa, salvo que se trate de valores emitidos por el Estado o que gocen de su aval; tampoco podrán participar en más del 20 por 100 en cada uno de los capitales propios de las Sociedades en que están interesadas, sumándose a tal efecto acciones y obligaciones (art. 3.º, núm. 6 de la Ley de 1958 y artículo 3.º a), e) y f) de la Orden de 5 de junio de 1964); no podrán emitir obligaciones ni admitir depósitos ni cuentas corrientes de valores o efectivo (art. 3.º, número 4 de la Ley de 1958 y art. 4.º, b), de la Orden de 5 de junio de 1964), etc.

Se admite que las Sociedades de inversión puedan funcionar bajo la modalidad de Sociedades de capital variable (art. 6.º del Decreto Ley de 1964), reconociéndolas para ello la posibilidad de aumentar o disminuir su capital automáticamente, bien por emisión de nuevas acciones, bien por reembolso de parte de las ya existentes (art. 6.º, núm. 1); sus Estatutos y sus acuerdos de modificación podrán encomendar a los administradores la facultad de aumentar su capital sin las limitaciones previstas en el art. 96 de la Ley de 17 de julio de 1951, siempre que se cumplan los requisitos de los artículos 89, 90, 91 y 92 de la misma Ley; en ningún caso se admitirán aportaciones

no dinerarias, excepto en títulos que puedan ser integrados en la cartera de estas Sociedades; podrán adquirir sus propias acciones, siempre que estén totalmente desembolsadas, sin previo acuerdo de reducción del capital y retenerlas hasta que se considere conveniente su venta, quedando, entre tanto, en suspenso el ejercicio de los derechos incorporados a las acciones que posea la Sociedad (art. 6.º, núm. 2 en relación con el art. 47 de la Ley de S. A.); si con motivo de los reembolsos de acciones el capital de la Sociedad se redujera a una cifra inferior al capital mínimo fijado para las Sociedades de inversión mobiliaria, aquélla dispondrá de un plazo de un año para alcanzar de nuevo el referido importe mínimo, pasado el cual sin haberlo logrado perderá automáticamente su condición de Sociedad de capital variable, quedando sometida a los preceptos de la Ley de Sociedades anónimas, sin excepción (art. 6.º, núm. 3); finalmente, existirá en ellas un representante del Estado, designado por el Ministro de Hacienda, con la asistencia del personal que se juzgue conveniente (artículo 6.º, núm. 4).

Según el art. 7.º del Decreto Ley de 1964 se podrán crear también Fondos de Inversión mobiliaria de cuantía variable, integrados por un conjunto de valores mobiliarios y dinero pertenecientes a una pluralidad de inversores, que tendrán sobre los mismos un derecho de propiedad, representado por un certificado de participación. El fin exclusivo de dichos fondos habrá de ser la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios admitidos a la cotización oficial, para compensar, por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento de sus diferentes inversiones, sin participación mayoritaria económica o política en otras Sociedades. De acuerdo con el

art. 9.º del Decreto Ley de 1964, la dirección, administración y representación de los Fondos de Inversión y de los títulos en ellos integrados, recaerá necesariamente en Sociedades gestoras, que habrán de reunir las condiciones que reglamentariamente se determinen. La custodia de los valores mobiliarios o efectivos que constituyan el Fondo de Inversión deberá estar encomendada a una Entidad depositaria, que habrá de reunir las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Los Fondos de Inversión no podrán disolverse ni liquidarse sin que lo acuerden las mayorías previstas en sus Reglamentos y el derecho de cada partícipe, a este respecto, se limitará a pedir, en las condiciones pactadas en aquéllos, el reembolso de sus participaciones.

La Sociedad gestora del Fondo será siempre una Sociedad anónima, cuyo capital social desembolsado mínimo será de cinco millones de pesetas, mientras el patrimonio del Fondo no exceda de los 500.000.000 de pesetas y, si excediere, no podrá ser inferior a un millón de pesetas por cada 100.000.000 de pesetas o fracción (art. 2.º, núm. 1 de la Orden de 5 de junio); sus acciones serán nominativas (art. 2.º, núm. 3); la mitad más uno, como mínimo, de sus administradores serán españoles de origen o nacionalizados con veinte años de antelación a su nombramiento (artículo 2.º, núm. 4.º); sus administradores no podrán serlo de ningún Banco o Caja de Ahorros (art. 2.º, número 5); etc. Podrán ser depositarios de los valores del Fondo de cualquier Banco o banquero inscrito en el Registro Oficial de Bancos y Banqueros, así como el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro o cualquiera de las Cajas de Ahorro que de él dependen (art. 3.º de la Orden de 5 de junio).

De singular interés son las normas que en materia de formalización de balances y estados complementa-

rios y de obligación de información con respecto a su contabilidad, establecen los artículos 8.º y 9.º de las dos Órdenes de 5 de junio último, una para las Sociedades de Inversión y otra para las Sociedades gestoras de los Fondos de Inversión.

Según el artículo 8.º, las Sociedades de Inversión acogidas a la Ley deberán formalizar dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación de cada ejercicio su Balance de situación cerrado al 31 de diciembre. En estados complementarios, que figurarán como anexos en su balance, se recogerán los detalles siguientes: a) Relación de valores que integran la cartera, con expresión de los detalles señalados en la Orden; b) Relaciones de los valores adquiridos y enajenados en el ejercicio; c) Cuenta de resultados del ejercicio; d) Memoria del ejercicio. Se acompañará asimismo certificación del acuerdo de la Junta general ordinaria aprobando dichos documentos, que, además, deberán ser certificados por Censores Jurados de Cuentas, no accionistas, uno de los cuales será elegido por la Junta general, a propuesta del Consejo, y otro nombrado por el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo.

Las obligaciones de información con respecto a la contabilidad de las Sociedades de Inversión, según el art. 9.º de la repetida Orden de 5 de junio, serán las siguientes: a) Un ejemplar de la Memoria, Balance de situación, Cuenta de resultados y estados complementarios, se pondrán a disposición de los accionistas en el domicilio social quince días antes de la celebración de la Junta general ordinaria de accionistas (art. 110 de la Ley de S. A.); b) Asimismo, el Balance de situación, la Cuenta de resultados y la relación detallada de los valores que integran la cartera, serán publicados anualmente en el B. O. del Estado, en el plazo de tres meses a contar de la fecha de su

aprobación por la Junta general de accionistas; c) Dentro de los veinte primeros días del mes de julio de cada año se presentarán por cuadruplicado por la Sociedad, en el Instituto de Crédito a Medio y Largo plazo, copias autorizadas y certificaciones del Balance de situación cerrado el 31 de diciembre del último ejercicio y de la cuenta y estados referidos; d) Dentro de los veinte primeros días del mes de julio de cada año, las Sociedades de inversión cuyos títulos estén admitidos a cotización en Bolsa, remitirán a ésta dos ejemplares del Balance anual y estados complementarios del mismo; e) El Balance semestral a que hace referencia el último párrafo del núm. 11 del art. 3.º de la Ley, se formalizará únicamente si así viene dispuesto en los Estatutos Sociales o si así lo exigiera el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo.

Por lo que hace a las Sociedades anónimas gestoras de los Fondos de Inversión dispone el art. 8.º de la otra Orden de 5 de junio de 1964, que dentro de los diez días siguientes a la terminación de cada trimestre natural, la Sociedad Gestora deberá formalizar el Balance de situación del Fondo, cerrado al último día del mismo, la Cuenta de resultados y los estados complementarios en los que se deberán recoger los detalles siguientes: a) Relación de valores que integran la cartera, con expresión de los extremos fijados en la Orden; b) Participaciones existentes y número de certificados de participación en circulación. Al Balance final del ejercicio correspondiente al 31 de diciembre se unirá, también, la Cuenta de resultados en la que deberán lucir, claramente diferenciados, los extremos consignados en los apartados a) y b) del art. 7.º de la presente Orden —rendimientos, beneficios y comisiones—. A los estados complementarios de rendición trimestral se añadirán en 31 de diciembre relaciones de los valores adquiridos y enajenados durante el ejer-

cicio, con expresión del cambio medio a que se realizaron las operaciones. Dichos documentos y estados complementarios, deberán ser certificados por dos miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, nombrados, uno por el Depositario y otro por el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo. A dicho Balance deberá unir la Sociedad gestora una Memoria explicativa de la actividad del Fondo durante el ejercicio y una certificación del Depositario de haberse observado en el Fondo todas las normas reglamentarias y estatutarias en cuanto se refieren a operaciones de compra y venta de valores, movimientos del patrimonio y distribución de resultados.

Con referencia a las obligaciones que en materia de información sobre el Fondo se imponen a la Sociedad Gestora, el art. 9.º de la Orden señala las siguientes: a) Un ejemplar del Balance de situación, de la Cuenta de resultados y de los estados complementarios se pondrá a disposición de los partícipes en el Fondo, dentro de los quince días siguientes al cierre trimestral. Dos ejemplares de dichos documentos serán remitidos dentro del mismo plazo al Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo y a las Juntas Sindicales de las Bolsas Oficiales. b) Todos los días en que haya sesión de Bolsa, la Sociedad Gestora comunicará a la Junta Sindical de una de las Bolsas de Comercio Oficiales, para su publicación en el Boletín de Cotización del mismo día, el precio de la participación, determinado en la forma prevista en esta Orden y en función de las cotizaciones de cierre del día anterior. c) Con anterioridad a primero de marzo de cada año se presentará por la Sociedad Gestora, en el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, cuatro copias autorizadas del Balance de situación anual, Memoria, Cuenta de resultados, estados complementarios y certificación del Depositario y de los

Censores Jurados de Cuentas. d) La información que por la Sociedad Gestora se facilite a los partícipes en el Fondo o al público en general sobre cualquier aspecto de la situación patrimonial del Fondo, su rentabilidad, planes de inversiones, ventajas que pueda implicar la adquisición de participaciones y demás aspectos financieros del mismo, que no sean estrictamente los documentos cuya formalización está prevista en el art. 8.º de esta Orden, deberá ser sometida previamente a la aprobación del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo.

Finalmente, también en materia de información interesa destacar, por su carácter de mayor generalidad y más extenso ámbito de aplicación, lo dispuesto en el art. 21 del Decreto Ley de 1964, el ordenar que las Sociedades cuyos valores estuvieren admitidos a cotización en Bolsa estarán obligadas a facilitar a la Junta Sindical correspondiente la Memoria, Cuenta de pérdidas y ganancias y Balance, certificados por técnico titulado, miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, así como cuanta información se considere oportuna, en la forma y tiempo que reglamentariamente se determine. El incumplimiento de esta obligación podrá sancionarse dando de baja en la cotización los valores de referencia, acuerdo que, una vez adoptado por la Junta Sindical, será comunicado al Ministerio de Hacienda, ante el que podrá interponerse recurso de alzada, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa. Las Juntas Sindicales harán públicas las informaciones a que se refiere el número anterior, de forma que se asegure la mayor garantía y orientación de los inversores.

Por último, la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre Asociaciones y uniones de empresas, desarrollada por la Orden de 25 de enero de 1964, impone

también como única forma la de la Sociedad anónima para albergar esta manifestación de las Sociedades de empresas. Ciertamente que este criterio es discutible si se atiende a que en las Sociedades de empresas configuradas por la Ley, poco queda del carácter capitalista de la tradicional Sociedad anónima, ya que en toda su actuación, encaminada al cumplimiento de sus fines mediante la obtención de recursos en el mercado de capitales, opera con base en la personalidad y circunstancias de cada una de las empresas asociadas más que en el capital, muchas veces simbólico, por ellas aportado. Recuérdense, a modo de confirmación, los distintos apartados del art. 5.º, al señalar como límite máximo de la emisión de obligaciones la suma de los capitales de las empresas asociadas —superando así el obstáculo del art. 111 de la Ley de Sociedades anónimas—, así como la cuota parte con que cada una participa en la operación crediticia y en la responsabilidad que se contrae. Dado el perfil netamente personalista que la Ley asigna a la Sociedad de empresas, acaso hubiera sido más acertado concederle la alternativa de acogerse indistintamente a la forma anónima o a la de responsabilidad limitada, si bien no se nos oculta la dificultad que para esta última representa la reducida cifra de su capital que, como se sabe, no podrá exceder de cinco millones de pesetas.

Pues bien, según el art. 3.º, núm. 3 de la Ley, en la escritura de constitución de la Sociedad anónima de empresas se hará constar preceptivamente:

- a) El domicilio de la Sociedad, que habrá de radicar necesariamente en territorio nacional.
- b) Que sus fundadores no se reservan remuneraciones o ventajas especiales y que todas las acciones gozan de iguales derechos.
- c) Que los títulos representativos de su capital tendrán siempre la condición de nominativos.
- d) La

cifra de valoración que cada uno de los comparecientes atribuye a su empresa individual y la conformidad de los demás a esta valoración. e) La obligación que los comparecientes adquieren de mantener la unidad económico-jurídica de sus empresas, señalando los límites y garantías que para cumplimiento de esta obligación pacten entre sí. f) Las cláusulas de garantía que se establezcan para los supuestos de separación voluntaria, fallecimiento del titular de una empresa o imposibilidad de continuar el negocio por uno o varios de los socios. g) La obligación de dar cuenta al órgano rector de la Sociedad de empresas de los sucesivos Balances debidamente censurados de cada uno de los socios.

Añade el número 4 del citado art. 3.º de la Ley que ninguno de los socios de la Sociedad de empresas podrá ser titular de acciones que representen más de una tercera parte del capital social de la misma, sin que dicha participación en ningún caso pueda exceder del treinta por ciento de su propio capital desembolsado o de la cifra de valoración atribuida a su empresa. En supuestos excepcionales de relevante significación para la Economía nacional el Ministerio de Hacienda podrá, con facultades discrecionales y sin ulteriores recursos, alterar estas proporcionalidades o porcentajes para una mejor acomodación a los objetivos señalados en el art. 2.º de esta Ley.

3. Posibilidad de obtener de la anterior exposición unos criterios indicadores con vistas a la reforma

La exposición que antecede, en su monótona reiteración que no hemos sabido evitar, nos permite, sin duda, establecer a modo de recapitulación una serie de conclusiones que nos descubren cuál es el pensa-

miento del legislador español al situarse frente a la Sociedad anónima, de una parte, para preferirla sobre cualquier otro tipo social, imponiéndola como forma única llamada a cobijar el ejercicio de determinadas actividades económicas, industriales o mercantiles y, de otra, para señalar unas líneas orgánicas, comunes a casi todas ellas, a las que las mismas deben someterse, cuando ejercen determinada actividad, en contraste más o menos acentuado con los principios que actualmente inspiran la Ley de Sociedades anónimas de 1951.

Extrayendo por destilación cuales son las principales innovaciones o modificaciones que la legislación reseñada comporta respecto de la Ley general de Sociedades anónimas, se ofrece, como primer criterio, el establecimiento de un régimen especial para estas Sociedades anónimas, en las que motivos de política económica y exigencias de interés público priman sobre cualquier otra consideración, al lado de aquel otro que pudiéramos llamar ordenamiento común y privado de la Sociedad anónima.

Se dibuja ya en estas leyes la idea de que entre la pequeña y media Sociedad anónima cerrada, que mantiene la dimensión de su capital dentro de ciertos límites, con un número de socios reducido, normalmente consagrado a la explotación de negocios eminentemente privados, de dimensiones medianas o pequeñas y la gran Sociedad anónima especial, abierta, con capital de dimensiones generalmente mayores, destinada a acoger en su seno mayor número de socios, que acude con sus títulos a la Bolsa, buscando su financiación en el mercado de capitales, cuya actividad viene impregnada de un profundo carácter social y público, etc., existen diferencias sustanciales que impiden someter ambas formas sociales al mismo criterio de libertad y autonomía.

Por eso la mayor parte de las innovaciones o modificaciones que en las disposiciones antes reseñadas se introducen aparecen caracterizadas por entrañar una limitación a la posibilidad de opción que la Ley de 1951 ofrecía en determinados puntos de su constitución y estructura. Como de mayor interés recordamos las siguientes:

a) Se señala, generalmente, un mínimo de capital desembolsado, que se fija en los 100.000.000 de pesetas en unos casos y en los 50.000.000 de pesetas en otros, salvo para aquellas Sociedades a las que la misma Ley asigna un carácter instrumental, para las cuales el límite se establece en una cifra inferior (5.000.000 de pesetas en las Sociedades gestoras de los Fondos de Inversión) o se deja totalmente a la libre decisión de los socios (en las Sociedades de empresas).

b) Se prohíbe a los fundadores o promotores de estas Sociedades reservarse cualquier clase de remuneraciones o ventajas especiales, en contra de lo previsto en los arts. 12 y 30 de la Ley de Sociedades anónimas de 1951.

c) Se ordena que todas las acciones representativas del capital social tengan siempre la condición de nominativas, criterio ya manifestado anteriormente en materia de Sociedades bancarias, navieras, de tráfico aéreo, cinematográficas, de productos médico-farmacéuticos, etc., siempre en contraste con la posibilidad admitida por el art. 34 de la propia Ley.

d) Se dispone que todas las acciones gozarán de iguales derechos, coartando la libertad que para la creación de acciones con derechos de preferencia en lo económico ofrecía el art. 37 de la Ley.

e) Se exige que la mitad más uno de los administradores sean españoles de origen o nacionalizados con veinte años de antelación a la fecha de su nombra-

miento, cuando ya había desaparecido con carácter general toda limitación por razón de nacionalidad de los administradores.

f) Se limita la participación de capital que puedan tener en otras empresas a determinados porcentajes establecidos no sólo en función del capital propio, sino también del de la Sociedad participada.

g) Se regula minuciosamente todo un sistema de formalización de la contabilidad y de información sobre la marcha de las Sociedades, exigiendo, como regla general, la certificación de los Balances y Cuentas de resultados y demás documentos contables por uno o dos miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas designados anualmente y sin posibilidad de reelección; el envío a las Juntas Sindicales de las Bolsas donde se coticen sus acciones de todos estos documentos contables y aquellas otras informaciones que reglamentariamente se señalen; la confección de determinados estados complementarios, según la índole de la Sociedad, etc.

Estimamos suficiente la reseña que antecede para justificar el atrevido intento de examinar la posibilidad de estructurar en una sola Ley o separadamente un doble ordenamiento de la Sociedad anónima, encaminado a dotar de normas adecuadas a esas dos manifestaciones de Sociedades anónimas, que hoy se ven obligadas a acampar bajo la misma tienda, con todos los inconvenientes que pueden derivar, no sólo de la promiscuidad, sino principalmente de la falta de adaptación de las normas legales a sus diversas exigencias económicas y sociales.

Sería equivocado deducir de la anterior recapitulación que propugnamos para todas las grandes Sociedades anónimas la inmediata adopción de estas innovaciones establecidas por el legislador español solamen-

te para aquéllas que por razón de su objeto social demandaban una mayor y más severa vigilancia en defensa de los cuantiosos intereses en juego y para salvaguarda del ahorro y del crédito público. Lejos de ello rechazamos abiertamente algunas de ellas, en cuanto contradicen la necesidad antes apuntada de seguir conservando la Sociedad anónima como institución jurídico privada, por estimar que no deben insertarse en la estructura interna de la Sociedad unas limitaciones y condicionamientos que, además de no ser necesarios a las finalidades perseguidas, afectarían gravemente a la indispensable agilidad y funcionamiento de estas grandes Sociedades anónimas. Nuestro propósito es más sencillo. Si hemos ofrecido aquellas líneas que informan este derecho especial de Sociedades anónimas no es para postular la generalización de sus preceptos, sino precisamente para, a la vista de ellos y de las soluciones ya adoptadas o propugnadas por otros países, ayudar a extraer un denominador común para la gran Sociedad anónima, que además de cumplir mejor su función normativa, haga innecesarias algunas de aquellas garantías que hoy sólo tienen razón de ser debido a la propia insuficiencia de la Ley general.

No se nos oculta que todo señalamiento de límites que sirva de modo eficaz a deslindar ambos tipos de Sociedades, ha de ser siempre difícil y expuesto al riesgo de error. Sin embargo, de las propias leyes examinadas se desprende claramente que no puede ser sólo un criterio dimensional, referido a la cifra de su capital, el que mejor convenga a dicha separación. Acabamos de ver como después de señalar para los Bancos Industriales y las Sociedades de financiación de Ventas a plazos, un capital mínimo desembolsado de 100.000.000 de pesetas y de 50.000.000 para las Sociedades de Inversión, en cambio, para las

Sociedades gestoras de los Fondos de Inversión se reduce aquél a 5.000.000 de pesetas, más un millón más por cada 100.000.000 de pesetas de inversión, desapareciendo, incluso, todo límite de capital para las Sociedades de empresas, cuya trascendencia desde el punto de vista financiero puede ser desproporcionada a lo reducido de su capital.

Se hace preciso, por tanto, abandonar por insuficiente el simple criterio dimensional, si se pretende utilizarlo como criterio diferenciador único, sin intentar combinarlo con otros criterios más objetivos y menos formales, tales como pueden ser: Sociedades que tengan sus acciones cotizadas en Bolsa o se propongan acudir a ella, haciendo un llamamiento al ahorro público para la obtención de su capital y ulterior financiación; que exploten determinadas concesiones o servicios públicos, ya sea en régimen de monopolio o cuasimonopolio de hecho o de derecho; que se consagren a actividades sometidas a inspección y registro especial por razón del tráfico ejercido; que tengan por finalidad servir de instrumento a la política económica del Estado, etc. Como orientación merece recordarse que el art. 65 del Proyecto francés de Ley de Sociedades Comerciales, de 1964, considera que hacen llamamiento al ahorro las Sociedades: 1.º Que recurran a los Bancos, Establecimientos financieros o Agentes de cambio para la colocación de sus títulos, cualesquiera que sean; 2.º Que recurran con los mismos fines a cualesquiera procedimientos de publicidad, y 3.º Que tengan inscritos o admitidos sus títulos a la cotización en una Bolsa de valores.

Los diversos criterios apuntados ofrecen la ventaja de que su acogida no representaría una innovación sustancial en el régimen legal español. Así, por ejemplo, las Sociedades que cotizan sus títulos en la Bolsa, se encuentran ya sometidas por la Ley o por el

uso bursátil a unas obligaciones más rigurosas en materia de información, no sólo frente a los accionistas, sino frente a los presuntos inversores, como accionistas futuros o en potencia (art. 21 del Decreto Ley de 30 de abril de 1964) y no pueden acoger en sus Estatutos cláusulas de sindicación que limiten o restrinjan la libre transmisibilidad de sus acciones; las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas tenían consagrada una sección especial en el Título I del Libro II del Código de comercio —artículos 184 a 192— y otra en el Título I del Libro IV —artículos 930 a 941— en materia de suspensión de pagos y quiebras de dichas Compañías; las Sociedades o empresas concesionarias de servicios públicos o en relación contractual con el Estado, estaban ya sometidas a intervención de éste, a cuya Delegación o representación se le concedía incluso el derecho de veto para oponerse a los acuerdos sociales que juzgaran lesivos al interés público o del Estado o contrarios a las leyes o contratos en vigor (R. Decreto Ley de 29 de diciembre de 1928); el mismo criterio diferenciador entre las empresas y Sociedades concesionarias, contratistas, arrendatarias o administradoras de monopolios, obras o servicios públicos, cualquiera que sea la configuración de aquéllas y las demás Compañías o Sociedades mercantiles o civiles y Consorcios de fin lucrativo, lo encontramos en materia de incompatibilidades de Ministros, Subsecretarios, Directores Generales, etc. (Decreto Ley de 13 de mayo de 1955); y finalmente, el propio Decreto de vigencias de 14 de diciembre de 1951, al enumerar en el art. 1.º, grupo 1.º, las disposiciones que se mantienen en vigor en virtud de la excepción del art. 3.º de la Ley de Sociedades anónimas —las que se rigen por disposiciones que les sean específicas—, señala las relativas a las Sociedades de Seguros privados, bancarios, mineras, navieras,

cinematográficas, de productos farmacéuticos, Compañía Telefónica Nacional de España, C.A.M.P.S.A., Tabacalera, Consorcio Nacional Almadrabeto y, en general, aquellas disposiciones que regulan servicios y monopolios del Estado, Provincia o Municipio, contratados o concedidos por éstos, y los que hayan sido adjudicados a Compañías y empresas navieras, Bancos Oficiales, Compañías concesionarias de Ferrocarriles y demás obras públicas.

Resulta patente, pues, que la razón fundamental de someter a distinto ordenamiento jurídico tan diversas manifestaciones de la Sociedad anónima, lejos de constituir una novedad, cuenta en su favor con el precedente de una serie de disposiciones legales que arrancan de nuestro viejo Código de Comercio y se acentúan hoy en la legislación preparatoria y de ejecución de la política económica del Plan de Desarrollo. Insistir ahora sobre esta orientación y dirección ya iniciada, reconociendo abiertamente la existencia de los dos tipos de Sociedad anónima, la cerrada o familiar, de una parte, y la gran Sociedad abierta, que acude al mercado de capitales para su financiación, de otra, con el fin de dotarlos de una regulación adecuada a sus peculiares y privativas exigencias, no sólo resulta aconsejado por la realidad económico-social, sino que constituye un auténtico imperativo de la reforma.

TERCERA PARTE

**REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS
CONCRETOS QUE REQUIEREN MÁS URGENTE
REGULACIÓN EN ESPAÑA**

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO GENERAL

Estudiados hasta aquí los imperativos o presupuestos de la reforma en España, indispensables para conocer la orientación que debe darse a la misma, se hace necesario descender ahora al examen concreto de algunos de los más apremiantes problemas que la Sociedad anónima tiene planteados, que, naturalmente, son distintos según el tipo de Sociedad que contemplemos y el aspecto sobre el que proyectemos nuestra investigación, ya sea la Junta general, como órgano de formación de la voluntad social, los Administradores, como órgano de dirección y administración de la Sociedad o los sistemas de información y censura de cuentas como manifestación de un posible sistema de fiscalización o vigilancia.

La distinta entidad jurídica de los problemas planteados y su relación con los que hasta ahora fueron problemas clásicos de la Sociedad anónima —protección de accionistas y acreedores—, aconseja un estudio por separado de los mismos, comenzando, naturalmente, por aquellos que se originan en el seno de las Juntas generales, ya que éstos pueden condicionar en alguna manera la solución que haya de darse a aquellos que se presentan en el seno de los Consejos

de Administración o que se refieren a la protección de los accionistas, para defenderlos contra posibles abusos de poder de la mayoría o de la Administración, asegurándoles una exacta y sincera información sobre la marcha de la empresa, que les permita actuar e interesarse con mayor conocimiento de causa en los negocios sociales.

Por razones obvias de discreción y respeto nos abstendremos de apuntar directamente nuestras reflexiones sobre el Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades anónimas elaborado por el Ministerio de Justicia, cuyo texto nos es conocido, si bien forzosamente en ocasiones los problemas considerados por nosotros, serán los mismos que son objeto de nueva regulación en el mencionado Proyecto ministerial.

SECCIÓN PRIMERA

LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

CAPÍTULO PRIMERO

LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO ÓRGANO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL

En la tradicional estructura de la Sociedad anónima, la Junta general de accionistas es —al menos teóricamente— el órgano soberano de la Sociedad, al cual se confía por la Ley la misión de formar la voluntad social, decidiendo por mayoría de votos en los asuntos propios de su competencia (art. 48). En cuanto titular normal del derecho de voto inherente a las acciones por él poseídas, el accionista es el llamado a contribuir con su presencia en este proceso colegiado de formación de la voluntad social.

Sin embargo, como se ha dicho por GARRIGUES, hace tiempo que los hechos no se corresponden con las palabras de la Ley. Mientras que en las medianas y pequeñas sociedades anónimas, de base generalmente familiar y de reducido número de socios, la presencia permanente de todos ellos en las Juntas generales asegura la fiel y estricta aplicación del principio

democrático y mayoritario, sin interferencias que puedan desvirtuarlo, en cambio, en las grandes Sociedades anónimas, donde parecía que por el mayor número de socios el sistema democrático había de resultar más adecuado, el principio mayoritario —merced a la cada vez más acentuada diversidad entre sus socios, con distinta concepción, fines y mentalidad— sufre una fuerte acometida que llega en ocasiones a producir una verdadera subversión del principio, formándose la voluntad social no como resultado natural de la diversa participación de capital de los accionistas, sino en virtud de la dejación y abandono que de sus derechos hacen gran número de socios, representantes a veces de la mayoría absoluta del capital —desinteresados totalmente de la gestión, para pensar tan sólo en las ganancias de la especulación o en la seguridad del dividendo—, confiando su ejercicio por delegación a los propios administradores o accionistas del grupo de mando o a los Bancos en cuyas Cajas tienen depositadas sus acciones.

Estamos aludiendo al problema tan difundido del absentismo de los accionistas, cuyas razones son de todos conocidas; unas materiales, tales como el elevado número de socios, su dispersión geográfica, su falta de tiempo, la simultaneidad de las Juntas anuales, la insuficiente publicidad de las convocatorias, el reconocimiento de su deficiente preparación, etc., y psicológicas otras, tales como su estado de espíritu, la ausencia de lazos personales que los vinculen a la Sociedad, etc.

He aquí un problema típico y característico de la gran Sociedad anónima que apenas se da en la Sociedad cerrada o familiar, en la cual el *intuitus personae* y la *afectio societatis* aseguran la asistencia personal de los socios, pocas veces desinteresados de la suerte de su Sociedad.

CAPÍTULO II

LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS DE TIPO FAMILIAR

1. *Dificultades que derivan del empate de votos en el seno de la Junta General que impide la adopción de acuerdos sociales*

Un hecho que se produce con demasiada frecuencia en el seno de las Juntas generales de este tipo de Sociedades es el empate de votos, que hace imposible la adopción de acuerdos, obstaculizando el normal desenvolvimiento de la vida social, hasta el punto de que en muchas ocasiones, si el empate persiste, aquélla podría llegar a paralizarse por completo. La situación que se produce en tales casos es grave y esta gravedad se ve intensificada por el hecho de que en nuestro ordenamiento legal no encontramos disposición alguna que de modo directo ayude a resolver adecuadamente la dificultad planteada.

Naturalmente, el problema enunciado es típico de las medianas y pequeñas Sociedades anónimas, de base personal y familiar, en las que las opiniones de los accionistas sobre los distintos asuntos sociales, manifestadas a través del ejercicio del derecho de

voto, suelen ser muchísimo más firmes que las exteriorizadas por los socios de las grandes Sociedades abiertas o de masa, en las que el *intuitus pecuniae* constituye el único nexo de unión con la Sociedad.

Los accionistas de las Sociedades familiares, que en muchísimos casos ostentan todos ellos los cargos de administradores de las mismas, tienen un conocimiento de los asuntos sociales muy superior, generalmente, al que poseen los de las Sociedades abiertas y, por consiguiente, la postura adoptada en el momento de una deliberación suele obedecer a razones objetivas firmemente sentidas o a posiciones caprichosas y obstinadas mantenidas con mayor firmeza.

Una de las circunstancias que más influye en la frecuencia de estas situaciones de empate es el hecho de que en muchas Sociedades de este tipo el capital se haya dividido por igual entre dos socios o sectores o grupos familiares de socios. La escisión entre estos dos grupos, que puede producirse incluso por causas extrañas a los negocios sociales, se traduce inmediatamente en un antagonismo inconciliable que se pone de manifiesto en las deliberaciones de la Junta General. Dicho antagonismo produce la situación de empate y la actitud obstinada de los accionistas —que normalmente asisten en bloque a las Juntas generales— motiva la reiteración del empate hasta el punto de hacerlo insalvable, con lo que se ahogan todas las posibilidades de adopción de un acuerdo que, en ocasiones, es imprescindible para la buena marcha de la Sociedad.

Por el contrario, en las grandes Sociedades anónimas abiertas, con elevado número de accionistas que se desconocen entre sí, cuyos títulos se cotizan en el mercado bursátil, la situación de empate en el seno de las Juntas generales apenas puede concebirse si no es como una situación accidental y transitoria, lla-

mada a desaparecer inmediatamente sin causar ninguno de los graves daños que la misma suele ocasionar en las Sociedades familiares. En primer lugar, el crecido número de socios y el habitual absentismo de los accionistas, que en la práctica impide la celebración de las llamadas Juntas universales con la presencia de todos ellos, no favorece la formación de esos dos grupos iguales e inconciliables entre sí, aun antes de situarse ante el problema concreto que ha de ser objeto de la deliberación de la Junta.

Cierto que siempre es posible que al momento de celebrarse la reunión el resultado de la votación desemboque en una situación de empate, pero lo más probable es que esta situación no se reproduzca si se repite la votación. La razón de ello estriba en que el conocimiento que la mayoría de los accionistas de este tipo de Sociedades tienen de los negocios sociales es muy relativo, cuando no totalmente insuficiente y, por tanto, para la mayor parte de los asistentes, si se exceptúan los grupos de mando, la votación en uno u otro sentido obedece a simples motivos de simpatía o confianza hacia quien hizo la propuesta y casi nunca al propio y personal convencimiento de la bondad o conveniencia de aquella decisión para la Sociedad.

Por otra parte, aun en el hipotético caso de que el empate se repitiera en las sucesivas votaciones dentro de la primera Junta, bastaría la convocatoria de una nueva para que la cuestión y la dificultad quedara superada. En esta segunda Junta participarían muchos socios que no asistieron a la anterior, mientras que estarían ausentes no pocos de los asistentes a la primera, bien por dificultades personales de acudir, bien porque en el ínterin se hubieran desprendido de sus acciones, dando con ello entrada a nuevos socios que, al emitir su voto en la siguiente Junta, sin duda desharían el empate, inclinando la balanza en uno u

otro sentido. Incluso cabe admitir que alguno de los socios cambie de opinión espontáneamente o convencido por los defensores o propugnadores de la posición contraria. La misma ausencia del *intuitus personae* favorece la posibilidad de votaciones despersonalizadas, evitando en la práctica que la situación de empate se reitere y convierta en insalvable. Lo normal, salvo circunstancias excepcionalísimas, es que estas situaciones de empate, cuando se producen en las Sociedades abiertas o de masa, tengan —como decíamos antes— un carácter accidental y transitorio, incapaz de impedir la formación de la voluntad social mediante la adopción de los correspondientes acuerdos.

Concebida la Ley de Sociedades anónimas de 1951 para regir las «empresas de gran envergadura», en las que esta situación de empate no suele producirse, no debe sorprendernos el no encontrar en ella solución alguna que permita superar las dificultades que de dicha situación derivan. Ha sido la práctica estatutaria, como expresión del Derecho vivo de Sociedades anónimas, la que ha venido utilizando diversos sistemas, algunos de eficacia muy limitada, pero encaminados todos ellos a remontar aquellas dificultades haciendo posible, por una u otra vía, la adopción válida de acuerdos.

Entre los diversos sistemas propuestos, sin duda, el más efectivo de todos y el más frecuentemente utilizado ha sido el de conceder en los Estatutos un voto de calidad o facultad decisoria al Presidente de la Junta, que de este modo convierte en acuerdo social la posición en favor de la que él se manifiesta. Sin embargo, aquellas cláusulas estatutarias que conferirían esta facultad decisoria al Presidente de la Junta, han sido proscritas por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de

julio y 5 de noviembre de 1956, que al negarles su acceso al Registro mercantil han privado a las Sociedades familiares o cerradas de un resorte que, con todos sus posibles y ciertos inconvenientes, se había mostrado hasta ahora como eficaz para evitar —ante el empate reiterado e insalvable— el tener que acudir al dramático, y a veces heroico, recurso de proceder a la disolución de la Sociedad, al amparo del núm. 2 del art. 150 de la Ley de Sociedades anónimas, invocando la «imposibilidad manifiesta de realizar el fin social».

Los daños que esta situación de empate puede desencadenar apenas si necesitan ser enunciados. Su efecto natural es la imposibilidad absoluta de adopción de acuerdos sociales, que impide a la Sociedad aprobar sus balances y cuentas de pérdidas y ganancias, la distribución de beneficios, el nombramiento de accionistas censores de cuentas para el próximo ejercicio, el aumento o reducción del capital, la emisión de obligaciones, la modificación de estatutos, la transformación y fusión de la Sociedad, etc. Especial importancia ofrece la imposibilidad de tomar acuerdos sobre la renovación de los administradores, sobre todo en relación con los problemas que puede plantear la caducidad de su mandato, agravados cuando se trata de Sociedades con administrador único perteneciente a uno de los dos grupos de accionistas en discordia o, cuando, fallecido éste, se hace inviable su sustitución. Una última dificultad reside en la frecuente reproducción, en el seno del Consejo de Administración o entre dos administradores con facultades indistintas, de la situación de empate o aquella otra que puede plantearse en este último caso, en cuanto favorece la adopción de medidas contradictorias y neutralizadoras por parte de cada uno de ellos y con daño evidente para la Sociedad.

Si las Sociedades anónimas cerradas o familiares constituyeran una excepción en la estructura económica de España, parecería superfluo plantear como problema de acuciante reforma el que en estos momentos ocupa nuestra atención. Sin embargo, sin necesidad de recurrir a estadísticas fáciles, puede afirmarse que las medianas y pequeñas empresas, hoy configuradas como Sociedades anónimas, cubren por su número y la cuantía total de los capitales invertidos y de la mano de obra empleada, toda la geografía española, representando un porcentaje elevadísimo al lado del que corresponde a las grandes Sociedades anónimas abiertas.

Ha sido el propio Gobierno, al programar su política de desarrollo, el primero que ha puesto de manifiesto esta preponderancia de las pequeñas y medianas empresas sobre las de mayores dimensiones, mostrando su preocupación por facilitar el conveniente desarrollo de aquéllas, atendiendo a procurarles la asistencia técnica y la información necesarias para lograr una reestructuración sobre bases de productividad y rentabilidad económica que las sitúe en condiciones de competir en el mercado con las demás empresas nacionales y con la concurrencia extranjera y facilitándoles los medios para una financiación adecuada que no siempre pueden encontrar entre sus propios socios. «Para estimular esta reestructuración —dice el Plan e interesa recordarlo en este momento— se prescindirá en lo posible de todos aquellos elementos formales que entorpezcan la agilidad de las empresas para llevar a cabo un proceso de cooperación económica acomodado a las características peculiares del sector concreto de que se trate».

Pues bien, sin duda uno de los obstáculos formales con que en estos momentos decisivos para la economía española pueden tropezar las Sociedades anó-

nimas de base familiar es esta situación de discordia entre los socios, productora del empate en el seno de las Juntas generales y capaz de impedir la adopción de resoluciones importantes y necesarias para su incorporación al Plan de Desarrollo económico, ya sea mediante acuerdos de aumento de capital, de fusión con otras empresas, de asociación o unión con las mismas, de participación de firmas extranjeras con aportación de capital o a través de contratos de asistencia técnica, etc. Nada de esto es posible si a estas Sociedades no se les ofrecen soluciones adecuadas —que hoy, especialmente después de las Resoluciones citadas, no se encuentran en la Ley de 1951— para superar aquellas dificultades derivadas del empate, que pueden frenar y aun impedir su integración con plenitud de posibilidades en la nueva economía de desarrollo.

2. Posibles soluciones de “*lege ferenda*”

No se nos oculta que no es nada fácil ofrecer de «*lege ferenda*» una solución a este problema. Descartadas como posibles fórmulas para resolver el empate la decisión por la suerte —si repetida la votación subsistiera aquél—, no obstante haber sido acogida por el Decreto de 29 de febrero de 1952 para decidir sobre la elección de Consejeros por el sistema de representación proporcional establecido en el art. 71 de la Ley, o el sometimiento de la cuestión a la decisión de un tercero, con o sin las formalidades del arbitraje, por ser una solución de carácter extracorporativo, parece que el único medio que se ofrece desde el punto de vista de la conservación de la empresa, es, sin duda, el retorno a la facultad decisoria del Presidente de la Junta, si bien para evitar los inconvenientes que la

misma puede ofrecer —puestos de relieve por sus contradictores— se hace necesario regular cuidadosamente el uso de esta facultad.

Sin otro propósito que el de apuntar posibles soluciones a una situación que tan graves daños puede traer para las medianas y pequeñas empresas y para la propia Economía nacional, ofrecemos a continuación unas bases que podrían servir de pauta para una eventual reglamentación de tan importante facultad decisoria atribuida al Presidente de la Junta general.

Primera. — Su carácter potestativo. La Ley, con carácter de norma de derecho voluntario o los Estatutos podrán establecer —como venían haciendo hasta 1956— que los empates que se produzcan en el seno de las Juntas generales serán resueltos por la facultad decisoria del Presidente de aquéllas.

Segunda. — En los casos en que los Estatutos concedan dicha facultad decisoria al Presidente de la Junta, podrán reglamentar libremente el uso por aquél de dicha facultad, regulando necesariamente sobre los siguientes extremos:

a) Establecer un sistema en virtud del cual se evite que el cargo de Presidente quede vinculado indefinidamente a uno solo de los grupos en discordia, ya sea por el procedimiento de la Presidencia alternada o de rotación periódica, ya atribuyendo la Presidencia al accionista más antiguo y en caso de ser varios de la misma antigüedad, al de mayor edad entre ellos.

b) Determinar la forma en que dicha facultad deberá ser ejercitada por la Presidencia, ya de modo obligatorio, con el fin de evitar que esta situación pudiera ser mantenida o alimentada por el propio Presidente, si así convenía a los fines de su grupo, o con carácter voluntario, para que la misma pudiese ser

administrada por aquél con la prudencia que su buen sentido le aconseje.

c) Fijar el momento de ejercicio de la misma, en forma que no deje lugar a dudas, con el doble objeto de evitar decisiones precipitadas y de procurar que los acuerdos sociales sean adoptados por la vía normal, es decir, con el asentimiento de la mayoría de los socios. Cabría señalar que dicha facultad decisoria sólo pudiera ejercitarse cuando el empate se hubiera reiterado a través de un número mínimo de votaciones o incluso sólo en la Junta general siguiente a aquella en que el empate inicialmente se produjo.

d) Determinar taxativamente aquellos asuntos sobre los cuales podría ser ejercitada con carácter dirimente la decisión presidencial, entre los que deberían figurar en todo caso aquellos que constituyen competencia de la Junta general ordinaria, tales como aprobación de balances, cuentas de resultados, propuesta de distribución de beneficios y nombramiento de accionistas censores de cuentas, así como también los relativos al nombramiento y renovación de administradores —nunca a su separación—, etc.

Tercera. — Las Sociedades que actualmente conservaran en sus Estatutos la cláusula de decisión de los empates por el Presidente, quedarían sujetas en su ejercicio a aquellas condiciones mínimas que podrían fijarse por la Ley, con carácter de norma supletoria de la voluntad de las partes, tomando partido entre aquellas que alternativamente quedan apuntadas.

Cuarta. — Si una de las dos fracciones de socios en discordia estimara que el Presidente hacía un uso abusivo de su facultad dirimente, con daño evidente para los intereses de la Sociedad, cabría concedérsele la

posibilidad de acudir ante el Juzgado en acto de jurisdicción voluntaria, solicitando la suspensión del acuerdo y el Juez resolvería oído el Presidente y un representante cualificado del otro grupo. Si ambos se opusieren a la suspensión declarará contencioso el expediente, reservando a los actores las acciones de impugnación de acuerdos que pudieran corresponderles.

Quinta. — Si los Estatutos sociales no contuvieran una cláusula otorgando la facultad decisoria de los empates al Presidente y la situación de paridad de votos en la Junta general se reiterara por tres veces, se entenderá que tal circunstancia, debidamente acreditada, constituye un supuesto de «imposibilidad manifiesta de realizar el fin social», comprendida como tal en la causa de disolución de la Sociedad del número 2 del art. 150 de la Ley de Sociedades anónimas de 1951.

Cabría, también, para alcanzar una mayor certidumbre y seguridad jurídica, establecer con carácter normativo las condiciones en que debería actuarse aquella facultad decisoria del Presidente, de modo que los Estatutos sólo tuvieran que pronunciarse sobre su concesión o no, sin descender a reglamentar su ejercicio, que quedaría sujeto a unas normas iguales para todas las Sociedades, que vendrían a sustituir a las que la base segunda confía a la redacción de los interesados.

CAPÍTULO III

LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL EN LAS GRANDES SOCIEDADES ANÓNIMAS

1. *La presencia de dos clases de accionistas con intereses contrapuestos desnaturaliza el sistema legal de adopción de acuerdos*

Así como en las Sociedades anónimas de base personal o familiar la dificultad principal que puede producirse en el seno de la Junta es la de la incapacidad de la Sociedad para manifestar su voluntad a través de la adopción de acuerdos, impedida por la reiterada situación de empate, en cambio, en las grandes Sociedades anónimas el problema se plantea en términos radicalmente distintos, ya que en ellas apenas se concibe que no se logre un acuerdo, sino que lo que se procura evitar es que éste no resulte desnaturalizado por el ejercicio del voto, atribuido unas veces por la vía de la representación a los propios administradores y otras a los Bancos depositarios de las acciones de la Sociedad propiedad de sus clientes.

El problema es muy antiguo y ha sido objeto de especial atención por los legisladores y por la doctrina, que ha señalado los peligros que entrañan estas «cesiones legitimadoras» que hacen posible el ejerci-

cio del voto por personas distintas del accionista titular, ya sean los administradores de la Sociedad, ya los Bancos depositarios de las acciones en cuya representación actúan. Nos hallamos ante la consecuencia más directa de aquella gran diseminación de los títulos y del absentismo de los accionistas, que desinteresándose de la gestión, abandonan los destinos de la empresa a un grupo de mando o de control, que sin ostentar la mayoría del capital asegura su preeminencia en la administración y conducción de la empresa.

Se manifiestan así claramente en el seno de la Sociedad anónima dos grupos de accionistas perfectamente diferenciados: el grupo de los grandes accionistas o accionistas empresarios, generalmente reducido en número, que acude a la Sociedad con propósito de intervenir en la gestión, considerándola no tanto como un instrumento ocasional de producción de beneficios que hay que repartir, sino como una unidad económica cuyas exigencias conoce y trata de atender, considerándola como propia y consagrando a ella una parte considerable de su actividad y de sus desvelos; a su lado, la masa inorgánica de los pequeños accionistas, simples ahorradores o inversores, sólo preocupados del reparto de dividendos o de la cotización que sus acciones pueden alcanzar en el mercado, que no llegan a sentirse vinculados afectivamente con la Sociedad y que no tienen ningún escrúpulo en abandonarla, enajenando sus títulos si la inversión deja de interesarles o son solicitados para otra con mejores perspectivas.

Los primeros persiguen en primer término asegurar al máximo la estabilidad y continuidad de la empresa, cuidando de las condiciones de su expansión y de su incorporación a las crecientes exigencias del progreso técnico; persiguen la reducción de costes y el mejoramiento de la calidad de sus productos, para

todo lo cual orientan la política social hacia la mayor inversión posible de los beneficios, mediante la formación de fuertes reservas que les permitan tener siempre a punto todo el aparato productivo, sin quedar desfasados en el proceso de constante superación que exigen los nuevos métodos y adelantos científicos.

Los segundos, han recibido por la Ley unos derechos para los que en la práctica no encuentran aplicación, por falta de preparación, unas veces, por la propia conciencia que tienen de su ineficacia, otras. No acuden a la Sociedad animados de verdadero espíritu social, de realizar una labor colectiva, sino en su calidad de simples inversores de sus ahorros, que es lo único que les interesa defender. En realidad, su posición psicológica al suscribir unas acciones está más próxima a la del obligacionista que a la del verdadero socio y sólo la preocupación de ponerse al abrigo de todo proceso devaluatorio, sustrayéndose al rigor del principio nominalista, les inclina a elegir como objeto de inversión unos títulos de renta variable en lugar de los de renta fija, confiando, además, en la llamada política de estabilidad del dividendo, característica de las grandes Sociedades anónimas .

A nadie puede sorprender, por tanto, que aquel primer grupo de accionistas, mayormente interesados en la defensa de la Sociedad, se preocupe por todos los medios a su alcance de asegurar la preeminencia de su voluntad, convirtiéndola en voluntad social y asumiendo para sí todos o al menos la mayoría de los puestos del Consejo de Administración. Este su propósito de afirmar aquellas posiciones de mando y dirección de la empresa encuentra en los demás accionistas su mejor aliado, merced a la dejación que éstos hacen de sus derechos, ya sea no concurriendo a las Juntas generales, ya mostrándose propicios a la suscripción de poderes o delegaciones en blanco en favor

de los propios administradores, ya, en fin, consintiendo que sus derechos sean ejercidos por los Bancos depositarios de sus acciones.

La consecuencia de este proceso es la disociación entre el capital-riesgo, por una parte, y la gestión o iniciativa, de otra, con lo cual, la aplicación del principio mayoritario, esencialmente democrático, que informa la Ley, cede el paso a un principio oligárquico, de preeminencia del mayor interés del grupo de mando que, sin embargo, no representa la mayoría de capital. Como se ha dicho con acierto por GARRIGUES, quiso la Ley que los dueños del capital fueran los dueños de los destinos de la empresa y he aquí que mandan en los destinos de la empresa quienes no son dueños del capital. Hace tiempo que en las Juntas generales de las grandes Sociedades anónimas la voluntad social no se forma por quienes ostentan la mayoría del capital, sino por quienes logran poner a su servicio la mayoría de votos. Estas expresiones, mayoría de capital y mayoría de votos, que en las Sociedades anónimas familiares son conceptos superpuestos, alcanzan en las grandes Sociedades anónimas una significación diferente. Se cumple la Ley que ordena que los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, pero no se respeta su espíritu, que quiso que esta mayoría de votos fuera fiel expresión de la mayoría de los tenedores del capital. Como ha dicho recientemente GIRÓN, en la gran Sociedad anónima, con accionistas atomizados, hay la idea de que el que decide no arriesga y el propietario —que arriesga— no decide. Esta es la esencia de la llamada *managerial revolution*.

2. *El absentismo de los pequeños accionistas favorece la formación de mayorías artificiales merced al procedimiento de las delegaciones en blanco*

Esta situación ofrecida por la práctica tiene difícil remedio. No es posible ni parece oportuno obligar o estimular a los socios a no hacer dejación de sus derechos cuando su indolencia les aconseja esta postura. Los socios que no acuden a las Juntas, o que acudiendo no votan, también ejercitan sus derechos absteniéndose de toda intervención en la gestión colectiva de la Sociedad. Sólo el Código de Venezuela, que sepamos, se ha atrevido a llevar a su articulado una norma de este tenor: «Los accionistas deben asistir a las Asambleas» (art. 277). La ingenuidad del propósito releva de todo comentario.

De las tres manifestaciones principales del absentismo y desinterés de los pequeños accionistas de la gran Sociedad anónima, hay una contra la que no es posible luchar: la no concurrencia del socio a la Junta general sin conceder su representación a otra persona o entidad. En estos casos, ni el socio, ni el capital, ni el voto concurren positivamente a la formación de la voluntad social, aun cuando su ausencia pueda influir indirectamente en el resultado de la votación.

Las otras dos, acaso más frecuentes, han sido motivo de estudio y preocupación en todos los países que se han ocupado de la reforma del ordenamiento jurídico de la Sociedad anónima: las delegaciones o poderes en blanco y el ejercicio del voto por los Bancos depositarios de acciones de su clientela. Muchas veces uno y otro coinciden, votando los Bancos en virtud de unas delegaciones en blanco suscritas por sus clientes.

En vísperas de la reunión de las Juntas generales los accionistas son invitados, en una u otra forma, a efectuar las correspondientes delegaciones de sus derechos de asistencia y voto en favor de determinadas personas y más frecuentemente a entregarlas firmadas en blanco a las personas o entidades por quien son requeridos. Estas delegaciones confluyen, por regla general, en los propios Administradores, que muchas veces para estimularlas anuncian la entrega de una prima de asistencia para compensar los gastos de movilización de los títulos. Las consecuencias de esta conducta no pueden desconocerse. (Aún recordamos el comienzo de una Junta general, que prometía ser muy movida, en la que el Presidente del Consejo, a pretexto de poner de relieve la confianza que en los Administradores tenían los accionistas, anunció que «el Consejo contaba con la representación de 300.000 acciones», cifra que, en aquel momento, unida a las poseídas por los miembros del Consejo y los grupos afines, les garantiza la aprobación de cualquier acuerdo que se sometiese a la consideración de la Junta general.)

Tratando de poner remedio a los posibles abusos derivados del ejercicio del derecho de voto por quienes no son propietarios de las acciones, algunas legislaciones europeas han intentado eliminar su forma más frecuente y peligrosa, es decir, los poderes o delegaciones en blanco, ya suprimiendo directamente la concesión de las delegaciones en blanco, con independencia de la persona del representante, ya exigiendo, como hacía la Ley alemana de 1937, cuando se trata de representaciones otorgadas a los Bancos, que la autorización sea escrita y figure totalmente llena al momento de la firma (art. 114, 4), ya prohibiendo que puedan ser representadas por los administradores y las personas al servicio de la Sociedad, como dispo-

ne el Código civil italiano (art. 2372), posición que también adopta el Código de Comercio holandés, añadiendo, además, a los comisarios de cuentas (artículo 44, a), 4).

Persiguiendo análoga finalidad, no faltan leyes que han limitado el número máximo de votos que un accionista puede emitir, posibilidad que el art. 38 de la nuestra reconoce a los Estatutos sociales, mereciendo recordarse la Ley luxemburguesa de Sociedades mercantiles, según la cual, nadie puede por sí mismo, ni como mandatario de otros accionistas, votar por un número de acciones que supere la quinta parte del total de las acciones emitidas o las dos quintas partes de las acciones representadas en la Junta (art. 71, 2.º; en análogo sentido, art. 76 Ley belga de Sociedades mercantiles).

Finalmente, con ocasión de la proyectada reforma italiana se ha manifestado en el seno de la Comisión Ministerial una posición extrema, que estimando *irreversible* la situación creada por el desinterés y absentismo de los llamados accionistas ahorradores, propugna la creación de *acciones de ahorro sin voto* hasta la concurrencia de una alícuota del capital, Esta tesis, coincidente con la mantenida por FERRI, ha sido recientemente objeto de vivas críticas por parte de otros autores como FERRARA, GHIDINI y PAVONE LA ROSA. No podemos detenernos en la exposición de ambas posiciones, pero sí queremos destacar el aleccionador interés de la polémica.

3. *El ejercicio por los Bancos del voto de las acciones depositadas por sus clientes introduce un nuevo interés en el proceso de formación de la voluntad social*

Especial atención ha merecido el voto emitido por los Bancos depositarios de acciones, en cuanto siempre se ha visto con el mayor recelo por el legislador el poder preeminente, muchas veces decisivo, que merced a tales votos alcanzan estas entidades y sus elementos directivos en la administración de la Sociedad. Acaso la Ley que más abiertamente haya abordado el problema sea la Ley alemana de 1937, cuyo artículo 114, 4, somete la representación por los Bancos a las siguientes limitaciones: a) debe ser escrita y completamente llena al momento de su firma; b) debe ser conferida a un Banco determinado; c) no puede ir unida a otras declaraciones; d) no puede ser dada por un período superior a quince meses, y e) es revocable en todo momento.

La Ley española de Sociedades anónimas de 1951 aborda el problema de la representación en las Juntas generales dentro de la tónica de alguno de los preceptos reseñados, pero en el deseo de no desvelar abiertamente el propósito perseguido, recurre a una fórmula poco feliz cual es la de prohibir «la representación conferida a una persona jurídica, así como la otorgada a las personas individuales que aquélla haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate» (art. 60, 2).

Si efectivamente lo que se buscaba con esta norma era evitar la representación por los Bancos de las acciones depositadas en sus Cajas, han quedado fuera de la prohibición legal todos los que ejercen esta pro-

fesión como comerciantes individuales —banqueros, en la terminología de la Ley de Ordenación bancaria— y, en cambio, han quedado sujetas a la misma todas las demás sociedades, grandes y pequeñas, que pueden tener en sus carteras acciones de otras Sociedades y a las que se niega una posibilidad que se reconoce a los demás accionistas, sin concurrir en ellas aquella circunstancia que pudiera justificar la prohibición dirigida a los Bancos.

Los años de vigencia de la Ley han puesto de relieve, de una parte, los inconvenientes derivados de la excesiva generalización de la prohibición y, de otra, la total inoperancia del precepto frente a los Bancos, que era la que constituía su *ratio legis*, pues todos sabemos cómo aquellas delegaciones expresas o tácitas han sido sustituidas hoy por delegaciones en blanco, que los Bancos llenan a nombre de sus empleados o Directores, con lo cual queda diluida cualquier posible responsabilidad por el mal uso, ya que mientras el representante era el Banco, éste ofrecía una solvencia que normalmente no ofrecen las personas a las cuales él transfiere la representación firmada en blanco. Los efectos de la norma, por su falta de sinceridad para llamar a las cosas por su nombre, pueden ser acaso más perniciosos que los que se trataban de evitar con la prohibición.

Se exige también con carácter general que la representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta (art. 60, 4). Esta norma, en cambio, no obstante las dificultades que en ocasiones haya podido suscitar, ha cumplido mejor su cometido, aun cuando en algunos casos haya podido ser burlada mediante el fácil expediente de firmar varias delegaciones o tarjetas de asistencia en blanco.

El problema, por tanto, subsiste en toda su plenitud. Pensar que los Bancos —ha dicho GHIDINI—,

con los votos de las acciones de sus clientes, expresen en las Juntas generales el interés de los accionistas, es desconocer la realidad de las cosas, ya que los Bancos actúan en tales casos exclusivamente guiados por su propio interés. Ante esta conclusión, las soluciones, según este autor, podrían ser dos: *a*) prohibir a los Bancos el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las acciones de sus clientes o someterlo a tales restricciones que lo hagan imposible o no interesante para aquéllos; *b*) conceder el poder de representación a los Bancos, reglamentando cuidadosamente su ejercicio. La primera es una rígida aplicación del principio de que el poder de gestión está reservado únicamente a los titulares del capital. La segunda, admite la inserción de un nuevo interés en las decisiones de la Junta general. Ahora bien, dentro de esta dirección, caben tres posibilidades: *a*) atribuir la representación solamente a aquellos Bancos que no tengan ninguna relación de intereses con la Sociedad; *b*) reservar la representación solamente a aquellos Bancos que tengan intereses ciertos como acreedores de la Sociedad, y *c*) conferir la representación solamente a Bancos oficiales. En todos estos casos la convocatoria de la Junta debería indicar aquellos Bancos a los cuales podría ser conferida la representación.

Todas las soluciones apuntadas tienen sus ventajas y sus inconvenientes. Si, por una parte, parece más sana la medida de negar la representación a aquellos Bancos que mantengan relaciones de intereses con la Sociedad, buscando la mayor objetividad de su voto, no es menos cierto, por otra, que resulta más justificado dar entrada, junto al poder de los accionistas, a la voluntad y el criterio de los acreedores, tan interesados siempre en la marcha de la Sociedad. En cambio, la representación conferida a la Banca oficial, si, por un lado, supone la presencia en las Juntas de

un interés nacional o público, ofrece el riesgo, en virtud de esta representación acumulada de votos, de poner en manos del Estado, a través de estos Bancos oficiales, un extraordinario poder de dirección de las empresas privadas, que nada parece aconsejar y que podría representar un freno a la iniciativa empresarial.

Complemento de estos preceptos sería la limitación —ya insinuada en algunas leyes— de que los Bancos en ningún caso podrían ejercitar el derecho de voto por encima de un porcentaje determinado en función del capital —el 20 por 100, por ejemplo, del número total de votos correspondientes a las acciones en circulación— o en función de las acciones asistentes a la Junta —verbigracia el 30 por 100 del total de votos emitidos—. Si los votos sometidos a restricción fueran emitidos en sentido diferente, las reducciones se realizarán proporcionalmente.

Análoga limitación o restricción de su capacidad representativa debería ser extendida a las Sociedades de Inversión Mobiliaria, con el fin de evitar que éstas, con los votos que constituyen su propia cartera y los atribuidos a las acciones ajenas representadas, pudieran alcanzar claras posiciones de predominio en las Juntas generales de las Sociedades cuyos títulos poseen o representan, influyendo decisivamente en la formación de su voluntad social, en contra del espíritu y la letra de las normas que las rigen, que, como hemos visto, limitan la participación de aquéllas en otras Sociedades al 25 por 100 de su activo social, pero sin que en ningún caso pueda exceder del 20 por 100 de cada uno de los capitales propios de las Sociedades en que están interesadas (art. 3.º, núm. 6.º Ley de 1958 y art. 3.º, e) y f) de la Orden de 5 de junio de 1964).

Igualmente, y aun con mayor razón, las restricciones que pudieran imponerse en materia de repre-

sentación de acciones ajenas en las Juntas generales, deben alcanzar a las Sociedades gestoras de Fondos de Inversión mobiliaria, atendido que los límites impuestos por la Ley a la participación de los Fondos en otras Sociedades o empresas quedan reducidos, respecto de aquéllas, respectivamente, al 10 por 100 del total de la inversión del Fondo, pero sin poder exceder del 5 por 100 del capital propio de la Sociedad emisora de los títulos participados (art. 7.º Ley de 30 de abril de 1964 y art. 4.º, d) y e) de la Orden de 5 de junio de 1964).

4. *Bases para una posible reforma del artículo 60*

Como recapitulación de esta reseña conviene advertir que la mayoría de las legislaciones han procurado producirse siempre con mucha cautela al establecer limitaciones al derecho del accionista de hacerse representar en las Juntas generales, conscientes de que una prohibición absoluta de los poderes en blanco equivale muchas veces a una prohibición de representación, dado que el accionista de las grandes Sociedades anónimas desconoce normalmente a los demás accionistas y se muestra propicio a confiar su voto a aquel que se lo pide, sobre todo si es Administrador de la Sociedad, o a aquellas instituciones que en principio le merecen confianza, como son los Bancos en los cuales tiene depositados los títulos.

La aplicación de estos criterios de restricción o de prohibición de representación puede desembocar en dos peligros aún mayores: de una parte, confiar la formación de la voluntad social a mayorías demasiado débiles, insuficientes, carentes de toda significación; mayorías de ocasión o de azar, fáciles de alcanzar me-

diante una oportuna labor de captación previa a la celebración de la Junta general, que podrían encerrar grandes y peligrosas sorpresas y ser fuente de desorden en el funcionamiento de la Sociedad; de otra, cuando se trata de Juntas generales para las que la Ley o los Estatutos exigen *quorums* de presencia determinados —por ejemplo, los del art. 58 de la Ley de Sociedades anónimas de 1951—, compromete la propia funcionalidad de la Asamblea, que no podría constituirse válidamente por falta de *quorum* ni en primera ni en segunda convocatoria, lo que haría necesario admitir una tercera convocatoria, que evitase la paralización de la vida social por incapacidad del órgano llamado a formar la voluntad social.

Resultado de las consideraciones expuestas, de las soluciones ofrecidas por las legislaciones europeas y de las recientes sugerencias de reforma formuladas en algunos países en materia de representación de los accionistas en las Juntas generales, nos atrevemos a formular las siguientes bases para una futura reglamentación del problema examinado, tomando como punto de referencia el actual art. 60 de la Ley de 1951 y teniendo presentes simultáneamente las distintas exigencias de las Sociedades anónimas de base familiar o cerradas y de las grandes Sociedades anónimas abiertas o de masa.

Primera. — Sería conveniente modificar el párrafo 1.º del art. 60 de la Ley en el sentido de no permitir que los Estatutos pudieran reservar de modo exclusivo la legitimación activa para llevar la representación de un accionista en las Juntas generales solamente a las personas que a su vez ostenten dicha condición.

El precepto podría quedar redactado en los siguientes o parecidos términos:

«Todo accionista que tenga derecho de asistencia conforme al artículo anterior, podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista.»

La razón de las frecuentes cláusulas estatutarias que someten la posibilidad de hacerse representar en las Juntas a la condición de que dicha representación sea conferida necesariamente a otro accionista, obedece, sin duda, al justificado deseo de evitar la ingerencia de personas extrañas en la marcha de la Sociedad. Se trata también de impedir la presencia en las Juntas de los letrados de los accionistas, considerados como «enredadores y peligrosos», olvidando que muchas veces es precisamente la presencia y autoridad moral de éstos la que facilita soluciones de armonía y de respeto recíproco entre los grupos de accionistas en posible discordia.

Sin embargo, precisamente en las pequeñas sociedades de tipo familiar y reducido número de socios, donde aquella justificación parece resultar más válida, la realidad de todos los días pone de manifiesto la irritante injusticia de tales cláusulas en aquellos casos, desgraciadamente demasiado frecuentes, en que los demás accionistas, posibles titulares de la delegación representativa, no gozan de la confianza del accionista imposibilitado de asistir o, lo que es peor, se encuentran frente a él en posición de un antagonismo inconciliable. Cuando aquellas Sociedades tienen en sus Estatutos rigurosas cláusulas de sindicación, que limitan la libre transmisibilidad de las acciones a terceras personas, haciendo por tanto imposible el recurso de crear un representante de confianza poniendo a su nombre un reducido número de acciones, la situación del accionista minoritario ausente o en discordia no puede ser más desamparada, viéndose forzado a quedarse sin representación en la Junta o a

confiar ésta a otro de los accionistas, a veces del grupo rival o con intereses contrapuestos a los suyos en el asunto llamado a debatirse en la Junta de que se trata.

Por el contrario, en las grandes Sociedades anónimas, aquella limitación carece de sentido, ya que si las acciones se cotizan en Bolsa, el carácter abierto de la Sociedad consiente siempre la fácil creación del representante deseado y, en los demás casos, el crecido número de accionistas, muchas veces desconocidos entre sí y aun para la propia Administración, priva a la limitación de toda verdadera justificación, ya que tan «extraños» pueden ser los que ostentan la condición de accionistas como los terceros que éstos pudieran designar como representantes suyos en la Junta.

Segunda. — Debe suprimirse la limitación contenida en el segundo párrafo del art. 60 de la Ley, que declara: «No será lícita la representación conferida a una persona jurídica ni la otorgada a las personas individuales que aquélla haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate».

La excesiva generalización de la norma actual ha planteado no pocas dificultades en el seno de las Sociedades anónimas, en las que muy frecuentemente participan otras Sociedades, integrantes de un grupo familiar y los propios socios de éstas individualmente, hasta el punto de que muchas veces encontraban en esta prohibición un obstáculo en ocasiones insuperable para la atribución de representaciones con vistas a una determinada Junta general.

Igualmente, esta limitación impedía frecuentemente a las Sociedades asumir en las Juntas de otras Compañías la representación de las acciones de sus propios socios, en ocasiones depositadas en sus Cajas,

obligando a éstos a recurrir al procedimiento de las delegaciones firmadas en blanco o a buscar representantes individuales, en ocasiones desconocidos o difíciles de hallar, a entregarse en manos de los Administradores o incluso a renunciar a ser representados.

Desaparecido el motivo que en su día justificó la redacción de esta norma —extender la prohibición a las personas jurídicas, con el propósito conocido de que la prohibición alcanzara a los Bancos depositarios de acciones— y demostrada en la práctica la total ineficacia de la fórmula empleada, nada aconseja ahora su mantenimiento.

Tercera. — Debe conservarse el párrafo 3.º del artículo 60, a cuyo tenor «la representación conferida por accionistas que sólo agrupándose tendrían derecho a voto podrá recaer en cualquiera de ellos».

Cuarta. — Debe mantenerse también la exigencia contenida en el párrafo 4.º del art. 60 de que «la representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta».

Cabría añadir una excepción concebida en los siguientes términos:

«Sólo en casos especiales, cuando se trate de accionistas extranjeros o de españoles residentes en el extranjero, podrá admitirse la representación de éstos en las Juntas en virtud de un poder especial de representación, siempre que el mismo no tuviera carácter indefinido en el tiempo, ni su duración excediera de un determinado plazo —cinco años, por ejemplo—, el cual debería ser autorizado por Notario público y si hubiera sido otorgado fuera de España tener debidamente legalizadas sus firmas por el Ministerio de Asuntos Exteriores.»

La razón de esta excepción obedece a la cada día más frecuente participación de capital extranjero en Sociedades españolas, que encontraría en la norma propuesta una facilidad de actuación que hoy echa de menos.

Quinta. — Debería añadirse un nuevo párrafo concebido en estos o parecidos términos:

«La representación en las Juntas generales no podrá ser conferida a los Administradores de la propia Sociedad —ni a sus cónyuges o hijos—, ni tampoco a los que hayan sido designados como accionistas censores de cuentas para aquel ejercicio, ni a los Directores, empleados o dependientes de la Sociedad.»

«Los administradores podrán representar a otros administradores accionistas, si éstos les confieren expresamente su representación.»

Sexta. — «Los Bancos y demás Instituciones de crédito solamente podrán representar las acciones de sus clientes depositadas en sus cajas, cuando tal representación les haya sido conferida expresa y nominativamente, mediante tarjeta de asistencia o declaración escrita que deberá figurar completamente llena al momento de estampar su firma.»

«En ningún caso las acciones de una Sociedad representadas por los Bancos deberán exceder del 20 por ciento del número o importe total de acciones en circulación, ni los votos emitidos en la Junta podrán ser superiores al 30 por 100 del total de votos computados. Los votos que superen los porcentajes señalados no serán tenidos en cuenta. En el caso de que los votos fueran emitidos en sentido diferente, las reducciones se realizarán proporcionalmente.»

No se nos oculta que la exigencia de que las delegaciones figuren completamente llenas al momento de

ser estampada en ellas la firma del representado, dirigida contra la práctica viciosa de las delegaciones firmadas en blanco, puede ser fácilmente burlada, pero al menos la existencia de la norma evitará que puedan cursarse, como ahora se hace, esas invitaciones escritas dirigidas por los Bancos a sus clientes rogándoles que «de no desear concurrir personalmente a la Junta se sirvan devolverles la adjunta tarjeta de asistencia firmada en blanco». En todo caso la norma serviría para dificultar la obtención de aquellas delegaciones en blanco, que deberían ser solicitadas personalmente, si no quieren arriesgarse a un posible mal uso de una de aquellas comunicaciones.

Séptima. — «Las Sociedades de Inversión mobiliaria y las Sociedades gestoras de Fondos de Inversión solamente podrán representar en las Juntas generales acciones distintas de aquéllas que integran su cartera o de la del Fondo, cuando tal representación les haya sido conferida expresa y nominativamente, mediante tarjeta de asistencia o declaración escrita que deberá figurar completamente llena al momento de estampar su firma.»

«También podrán estas Sociedades representar al mismo tiempo que las acciones propias que integran su cartera o la del Fondo, otras de pertenencia ajena, cuya representación les haya sido conferida con los requisitos del párrafo anterior, siempre que entre las acciones propias y las representadas no superen los porcentajes señalados para cada una de estas Sociedades en su Ley respectiva.»

SECCIÓN II

LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

También en este sector se impone la necesidad de separar cuidadosamente los problemas que en materia de Administración de las Sociedades anónimas se plantean a las medianas y pequeñas Sociedades, con un soporte personal muy reducido y en ocasiones de índole familiar y aquellos otros que son propios y casi exclusivos de las grandes Sociedades anónimas de tipo abierto y crecido número de socios.

Como ya advertimos en otro lugar, una de las características que mejor califican esta separación de los dos tipos de Sociedades reside en el hecho de que mientras en las primeras capital y gestión coinciden sustancialmente —son muchas las Sociedades españolas en las que todos sus accionistas son a la vez administradores—, en las segundas, en cambio, se acentúa cada vez más el divorcio o disociación entre administradores y accionistas, correspondiendo a aquéllos la iniciativa, la gestión y la responsabilidad, y a éstos

la aportación de capital, el beneficio y el riesgo de la inversión.

Hasta tal extremo se ha acentuado este fenómeno de disociación entre capital y gestión, que puede anunciarse que estamos en los comienzos de una nueva era, que se caracteriza por la llamada *managerial revolution*, expresión utilizada para designar un fenómeno de profesionalismo en la Administración de Sociedades, por virtud del cual se atribuye la gestión y alta dirección de las grandes empresas a unos «dirigentes» que, generalmente, no participan en el capital de las mismas o lo hacen en proporciones mínimas. Son personas especialmente preparadas, con conocimientos técnicos y dotes personales de mando, formadas muchas de ellas en acreditados centros e instituciones extranjeros o en sus similares españoles—I.E.S.E., E.S.A.D.E., etc.—, que empiezan a constituir una nueva clase, un nuevo tipo de empresario-dirigente, frente al accionista-empresario que domina todavía en la mayoría de las Sociedades españolas. Su presencia, sin embargo, no puede desconocerse. Barcelona ha sido en estos últimos tiempos testigo de excepción en la comprobación de este fenómeno, aun cuando el motivo de la «llamada» y del «encargo» haya sido en todos los casos la precaria situación y el desorden industrial, administrativo o financiero de las empresas que recurrieron a solicitar los servicios del empresario-dirigente.

Con las reservas aconsejadas por el hecho de encontrarnos todavía en los inicios de una profunda transformación en materia de Administración de las Sociedades anónimas y sin perder de vista aquellas distintas exigencias de los dos tipos de Sociedades, tantas veces apuntadas, nos proponemos examinar separadamente un manajo de problemas a los cuales pudiera afectar la reforma.

Conviene, sin embargo, en tan delicada materia, extremar la prudencia en las decisiones que se adopten. Si recientes y contados abusos o escándalos financieros —más o menos aireados por la prensa diaria o la económica— parecen justificar la revisión de las normas que determinan la responsabilidad de los Administradores, en el sentido de propugnar un mayor rigor en su exigencia y una mayor agravación en las sanciones a que tales conductas se hacen acreedoras, no debemos olvidar que, afortunadamente, por muy lamentables que aquellos casos sean y muy dolorosos los daños causados, los mismos constituyen excepción en el panorama de la Administración de las empresas españolas, caracterizado por un signo de honestidad, que es de justicia proclamar sin regateos.

Todavía siguen siendo ciertas aquellas palabras del legislador en el Preámbulo de la Ley de Sociedades anónimas de 1951, cuando reconocía que «el ambiente de honestidad en que, generalmente, se desenvuelve la vida de los negocios en España, pese a la insólita libertad de que —bajo el Código de Comercio— gozaran los fundadores y la mayoría de accionistas, no ha producido graves escándalos». La Sociedad anónima, si se exceptúan aquellos pocos casos que están en la memoria de todos, ha vivido antes y después de la Ley un clima de honestidad y seriedad que es necesario proclamar con orgullo. En un terreno que, por el absentismo y desinterés de los accionistas, se ofrecía como campo abonado para toda clase de aventuras fáciles y sin riesgo, el empresario español se ha movido dentro de la más exquisita pulcritud y alteza de miras, que le hace acreedor a ser tratado con el mayor respeto cuando se pretende abordar la reforma de su estatuto personal.

No debe pensarse, por las manifestaciones que anteceden, que seamos partidarios de dejar las cosas

como están. Lo que aconsejamos es tacto y prudencia, conscientes de que un rigor no justificado en esta materia podría acarrear mayores males que los que se traten de evitar, al fomentar una actitud de inhibicionismo de los administradores de nuestras sociedades, que podría representar un fuerte freno al espíritu de iniciativa empresarial, que si siempre es necesario lo es mucho más en la actual coyuntura de desarrollo económico español.

Meditemos, pues, sobre los distintos problemas que la Administración de las Sociedades anónimas tiene planteados y sólo cuando alcancemos el pleno convencimiento de que una norma es defectuosa e insuficiente, propongamos su reforma, lo cual no impide, por aquello de que más vale prevenir que curar, que en algunos casos dudosos ofrezcamos también las bases de una posible reglamentación, sobre cuya procedencia sólo el Gobierno, y en su día las Cortes, con mejor conocimiento de causa, están llamados a decir la última palabra.

CAPÍTULO II

EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES

1. *El sistema de representación proporcional para la designación de Consejeros*

Es de todos conocido que la fórmula de representación proporcional por el sistema del cociente, mediante la agrupación de acciones, recogida por el artículo 71 de la Ley —desarrollado por el Decreto de 29 de febrero y la Orden de 5 de abril de 1952—, que no figuraba en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes, no ha tenido en su aplicación práctica mucha fortuna, ni en las Sociedades anónimas cerradas o familiares ni en las grandes Sociedades anónimas abiertas.

En pequeñas o medianas Sociedades anónimas, de estructura preferentemente familiar, pues la norma ha sido fácilmente burlada por los grupos mayoritarios.

a) Unas veces, porque conociendo quienes ostentan la mayoría del capital en estas Sociedades el importe de la participación-acciones del accionista o accionistas minoritarios disconformes han procedido a acordar en la Junta general con la fuerza de sus votos, la reducción del número de Consejeros, con lo cual se elevaba automáticamente el cociente que, según el sistema, daba derecho a la designación de un miem-

bro del Consejo, cuando no recurrían a la medida más drástica —conocemos varios casos— de sustituir el sistema de administración colegiada por el de administrador único, sustrayéndose así totalmente al ámbito de aplicación de la norma.

b) Otras veces, el procedimiento seguido ha consistido en un adecuado desdoblamiento de la mayoría, creando minorías artificiales, que por ser ligeramente superiores a las que hacían uso del derecho de agrupación, gozaban de la preferencia legal, retrasando muchas veces indefinidamente el acceso al Consejo del representante minoritario que la Ley trataba de proteger.

c) En otras ocasiones, la exigencia del estampillado de las acciones, impuesta por el art. 4 del Decreto de 29 de febrero de 1952 y la obligación de contratar por separado en Bolsa las acciones estampilladas y las que no lo estén, con la posibilidad de rechazar las estampilladas cuando la orden de compra no haya especificado de cuáles se trataba —establecidas en los números 2 y 3 de la Orden de 5 de abril del mismo año—, fueron causa de retracción de numerosos accionistas de estas agrupaciones de acciones, temerosos de perjudicar el valor en venta de sus títulos al gravarlos con el estampillado.

Por lo que se refiere a la designación de Consejeros en las grandes Sociedades anónimas, mediante la agrupación de acciones, la aplicación y efectividad de la norma ha sido totalmente nula. Es éste uno de los más claros ejemplos del erróneo planteamiento que padece la Ley española en materia de protección de minorías, al basar la legitimación de los socios para el ejercicio de algún derecho en la posesión de un determinado porcentaje de capital.

Un sistema de protección así concebido resulta innecesario e impracticable en las grandes Sociedades anónimas. Innecesario, porque quien solo o agrupado

cuenta con esos porcentajes de capital-acciones —que pueden llegar a representar decenas, centenas o millares de millones de pesetas—, lo normal es que ya tenga una adecuada representación en el Consejo, sin necesidad de recurrir al ejercicio del derecho de representación proporcional del art. 71. Impracticable, porque si imaginamos en las grandes Sociedades anónimas el ejercicio de alguno de aquellos derechos concedidos por la Ley en función de la posesión de un porcentaje de participación-acciones, la cifra de capital exigida puede alcanzar importes fabulosos que difícilmente pueden reunir solos o agrupados accionistas en posición minoritaria.

En efecto, según la Agenda Financiera, publicada por el Servicio de Estudios del Banco de Bilbao, en 1963 existían en España más de 200 grandes Sociedades anónimas, cuyo capital excedía de los 100.000.000 de pesetas —a las que han de sumarse los 13 nuevos Bancos industriales y las Sociedades de Financiación de Ventas a plazos, de reciente creación, que preceptivamente han de tener un capital desembolsado superior a esa cifra—, distribuidas en la siguiente proporción:

	Millones ptas.
62 S. A. con capital comprendido entre	100 y 200
36 S. A. » » » »	200 y 300
24 S. A. » » » »	300 y 400
21 S. A. » » » »	400 y 500
22 S. A. » » » »	500 y 750
9 S. A. » » » »	750 y 1.000
11 S. A. » » » »	1.000 y 2.000
6 S. A. » » » »	2.000 y 3.000
4 S. A. » » » »	3.000 y 4.000
1 S. A. » » » »	4.000 y 5.000
3 S. A. » » » »	5.000 y 10.000
2 S. A. » » » »	10.000 y 15.000

A la vista de este cuadro, que hoy habría de ser modificado para recoger los nuevos aumentos de capital realizados después del cierre de la mencionada Agenda, especialmente con ocasión de las Juntas generales de aprobación de Balance, que suelen aprovecharse por las Sociedades para elevar la cifra de su capital, se comprende fácilmente que el ejercicio de aquel derecho exige la posesión de tan cuantiosas sumas de capital-acciones como los que resultarían de dividir las cifras anteriores por el número actual de Consejeros (10, 12, 15, 20), cocientes difíciles, cuando no imposibles de alcanzar por un solo accionista ni aun por varios agrupados a tal fin, dispuestos a aceptar el gravamen que sobre los títulos representa el estampillado acreditativo del ejercicio del derecho de agrupación.

«Existen, además —ha escrito el Profesor GARRIGUES—, razones muy poderosas para rechazar el sistema de representación proporcional en el Consejo. Este sistema viene a ser una copia desafortunada del sistema parlamentario de representación de los partidos, cuyos desfavorables resultados están a la vista en los países que lo practican, y no cabe desconocer la diferencia que existe entre un Parlamento, como órgano deliberante y un Consejo de Administración, como órgano que es a la vez deliberante y ejecutivo. Para la designación de los Parlamentos puede admitirse quizás el sistema de la representación proporcional. Pero la aplicación del mismo sistema a la composición de los Gobiernos condena a éstos a un estado de lucha interna permanente que enerva y paraliza la unidad de mando indispensable en todo órgano de Gobierno. La Sociedad anónima debe estar regida por el sistema de mayoría puro, sobre la base de que la mayoría representa el interés de la Sociedad frente al interés egoísta de los socios. Cuando la ma-

yoría abuse de sus derechos es justo conceder medios de defensa a la minoría...»

No conocemos ninguna legislación que haya aplicado en toda su pureza el sistema de representación proporcional para la designación de los miembros del Consejo de Administración. Sólo Perú lo hizo y tuvo que renunciar al sistema a la vista de los conflictos y problemas que su aplicación originaba. A lo más que han llegado algunos países, como Méjico, ha sido a conceder con carácter mínimo, a reserva de lo que disponga el contrato social, un puesto en el Consejo a la minoría cuando ésta represente un 25 por 100 del capital social (art. 144 de la Ley de Sociedades Mercantiles de 1934), o como Grecia, que confiere a los Estatutos la posibilidad de establecer, siempre que los nombrados no superen un tercio del número total, un sistema de designación de Consejeros por los accionistas, determinando las condiciones de ejercicio de aquel derecho, con atención a la cuantía de su participación y al vínculo de sus acciones. El ejercicio de este derecho, según la Ley, debe tener lugar antes de la elección del Consejo de Administración por la Junta General, que se limita a proceder a la elección de los otros Consejeros. Aquellos que hayan hecho uso de este derecho comunicarán a la Sociedad el nombramiento de sus Consejeros tres días hábiles antes de la reunión de la Junta General y no tomarán parte en la elección de los restantes miembros del Consejo.

Los administradores nombrados de este modo pueden ser revocados en cualquier momento por aquellos que tienen el derecho de nombrarlos y ser sustituidos por otros. Por motivos graves, relativos a la persona del Administrador nombrado, el Tribunal de primera instancia del distrito donde la Sociedad tiene su domicilio, puede revocar el nombramiento a petición de accionistas que representen la décima parte del capital

social desembolsado. Finalmente, añade la Ley griega que, en caso de modificación del número de miembros del Consejo de Administración, debe ser mantenida la proporción existente de la representación especial prevista en los Estatutos (art. 18, núm. 3, 4 y 5 de la Ley de Sociedades anónimas de 5 de junio de 1920, substancialmente modificada por Decreto-Ley de 31 de julio de 1962).

Es curioso señalar la similitud que en algunos aspectos guarda la anterior regulación con la de la Ley española de 1951, que debió serles conocida a los redactores de la reforma helénica, si bien, como puede advertirse, existen substanciales diferencias entre ambas, en razón a que en Grecia sólo se da si los Estatutos lo establecen y que no puede superar el tercio del número total de los miembros del Consejo.

2. Conveniencia de abandonar el sistema de representación proporcional o garantías que, en caso de mantenerlo, se estiman aconsejables

En atención a las razones expuestas y a lo poco satisfactorios resultados de la experiencia de aplicación de la Ley, en los años que lleva de vigencia, estimamos que debería suprimirse la parte final del artículo 71, en la que se establece el sistema de representación proporcional para la designación de Consejeros mediante la agrupación voluntaria de acciones, derogando simultáneamente el Decreto de 29 de febrero de 1952 y la Orden de 5 de abril del mismo año, dictada para su cumplimiento.

En el caso de que se juzgara conveniente mantener el sistema de designación en la forma actual, sería aconsejable dictar una norma encaminada a asegurar que la mayoría no podrá hacer ineficaz e ilusorio

el derecho de la minoría merced al sencillo expediente de que un accionista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 83, propusiera a la Junta y la mayoría lo acordase, el cese del Consejero designado, alegando que tenía intereses contrapuestos a los de la Sociedad, o simplemente, que la Junta general, sin necesidad de invocar incompatibilidad alguna, acordase la separación en cualquier momento, en virtud del principio de revocabilidad *ad nutum* sancionado por el art. 75.

Cierto que en tales casos de manifiesto abuso de poder de la mayoría siempre podrían los accionistas que se vieran privados de su representante en el Consejo por el acuerdo de separación, impugnar éste al amparo del art. 67 de la Ley, pero no es menos cierto que si no contaban con acciones que representaran al menos una quinta parte del capital social para pedir la suspensión del mismo mientras se substanciaba el procedimiento, de acuerdo con el núm. 4 del art. 70, aquella minoría se quedaba sin el Consejero por ella designado durante todo el tiempo —varios años— que durara el pleito de impugnación, que podría llegar hasta el Tribunal Supremo.

CAPÍTULO III

NÚMERO MÍNIMO Y MÁXIMO DE CONSEJEROS

1. *Conveniencia o no de su fijación legal*

En este aspecto, el criterio que informa la Ley española de 1951 es de la máxima libertad. El art. 71 declara que «el nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando los Estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la Junta general». Se admite, pues, el sistema del Administrador único y el de pluralidad de Administradores. En este caso, según el art. 73, «cuando la Administración de la Sociedad se confíe conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración». Teóricamente, por tanto, en el Derecho español cabe la formación de un Consejo de Administración formado por dos personas solamente, aun cuando la práctica se haya pronunciado generalmente por un mínimo de tres. Conocemos, sin embargo, cláusulas estatutarias de Sociedades familiares que sitúan dicho mínimo en dos, con todos los inconvenientes que de tan reducido número derivan, entre los cuales quizá sea el más grave la posibilidad de frecuentes empates en el seno del Consejo, que hagan imposible el funcionamiento de éste.

Sin duda, por esta razón, ante las ventajas del número impar, y respondiendo, además, a la vieja máxima *tria faciunt collegia*, son varias las legislaciones europeas que fijan en tres el número mínimo de los miembros del Consejo de Administración. Así, Francia (art. 1.º, 1, Ley de 16 de diciembre de 1940); Bélgica (art. 55, 1.º, Ley de Sociedades Mercantiles); Luxemburgo (art. 51, 1.º, Ley de Sociedades Mercantiles); Liechtenstein (art. 344 del Código civil de 1926, para aquellas cuyo capital sea superior al millón de francos); Grecia (art. 21, Ley de Sociedades anónimas de 1920, revisada en 1962); Alemania (art. 86, Ley de Sociedades anónimas de 1937, vigente hasta el 31 de diciembre de 1965, referido al Consejo de Vigilancia), y Austria (art. 86 de la Ley de Sociedades anónimas). Igual criterio mantiene la Ley egipcia de Sociedades de capitales de 1954 (artículo 21, 2.º).

En cuanto a la fijación de un número máximo de Consejeros, sólo Francia (art. 1.º, 1, Ley de 16 de diciembre de 1940, modificada por la de 22 de noviembre de 1944 y ahora recogido en el art. 85 del Proyecto de 1964) y Alemania, con referencia al llamado Consejo de Vigilancia (art. 86, Ley de Sociedades anónimas de 1937) y Austria (art. 86, Ley de Sociedades anónimas de 1937, vigente para este país desde 1939), se han decidido a llevar a sus leyes una limitación del número de miembros que pueden integrar dichos Consejos, que Francia establece en doce como máximo, admitiendo que en caso de fusión de Sociedades puedan llegar a veinticuatro y que Alemania y Austria fijan en nueve, doce y quince miembros, según que el capital de la Sociedad sea inferior a tres millones de DM, oscile entre tres y veinte millones, o sea superior a esta última cifra, exigiendo que sea siempre múltiplo de tres y pudiendo el Ministerio de

Economía del Reich autorizar excepciones a estos límites máximos cuando lo requieran el interés de la Sociedad o el interés común.

Estimamos que estos límites máximos de doce y quince Consejeros son suficientes para asegurar una buena administración de la Sociedad, en cuanto permiten el contrapeso de las diversas opiniones y la presencia de las posibles tendencias dignas de ser representadas en tales organismos colegiados.

La hipertrofia del número de miembros de un Consejo de Administración ninguna ventaja positiva suele traer consigo, comportando, en cambio, el claro inconveniente de hacer muchas veces más difícil el logro de una verdadera unidad de criterio y de trabajo en común. Es generalmente en estos Consejos de Administración integrados por veinte y hasta veinticinco miembros, donde florece como en terreno abonado aquel fenómeno que hoy se conoce en los medios económicos y financieros como «Ley de Parkinson».

Una ojeada por cualquier Anuario financiero o por el «Directorio de Consejeros y Directores», (DICODI, editado y dirigido por don José Luis Roselló García, edición 1963), bastará para formar idea de la frecuencia e intensidad del fenómeno en nuestros medios económicos y financieros.

2. *Sugerencias para una posible regulación*

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, cabría establecer una norma que fijara en 3 y 15, respectivamente, el número mínimo y máximo de los miembros del Consejo de Administración, dentro de cuyos límites pudieran moverse los Estatutos y la Junta general, en uso de la facultad que les reconoce el actual art. 71.

Dicha norma, muy sencilla, podría quedar formulada en estos o parecidos términos:

«El Consejo de Administración se compondrá de tres miembros como mínimo y quince como máximo.»

«Este número sólo podrá ser superado en caso de fusión de Sociedades, sin que en ningún caso pueda exceder de veinticuatro.»

«No se computarán en este número los posibles Consejeros que ostenten el cargo por delegación del Gobierno, ni tampoco los representantes del personal, que puedan acceder al mismo con arreglo a la Ley de 21 de julio de 1962.»

CAPÍTULO IV

NÚMERO MÁXIMO DE PUESTOS DE CONSEJO QUE UNA MISMA PERSONA PUEDE OCUPAR

1. *La justificación invocada en favor de la limitación en los países que la tienen establecida*

Desde hace ya algunos años ha sido denunciado un fenómeno actualmente muy difundido en las economías capitalistas, fomentado, además, por la creciente influencia que los grandes Bancos han asumido en la organización económica moderna, que consiste en la acumulación de numerosos puestos de Consejo en cabeza de las mismas personas, que merced a esta presencia simultánea en gran número de Sociedades llegan a constituir una verdadera oligarquía rectora, última manifestación del llamado «feudalismo financiero» característico de los tiempos actuales.

Sin duda, el primer paso en este sentido ha sido dado por Francia, cuya Ley de 16 de diciembre de 1940, disponía en su art. 3.º, 1 y 2: «Nadie puede ejercer más de dos mandatos de Presidente.» «Nadie puede formar parte de más de ocho Consejos de Administración de Sociedades que tengan su domicilio social en Francia. Este número se reduce a dos para las personas que tengan más de setenta años de edad.»

Posteriormente, la Ley de 7 de julio de 1953, suprimió totalmente el último inciso relativo a la edad, quedando redactado el párrafo 2.º del art. 3.º en los mismos términos, omitida aquella restricción complementaria.

Con mayor rigor aún la Ley egipcia de Sociedades de capitales de 1954 declara en su art. 29, 1, que «nadie podrá, en nombre propio o en su calidad de representante de otro, ser miembro de más de seis Consejos de Administración de Sociedades anónimas a las cuales sea aplicable la presente Ley. En este máximo no se computa el mandato de administrador de una Sociedad anónima constituida hace menos de cinco años». Por excepción, sin embargo, según el propio art. 29, 2.º, «se podrán acumular los mandatos de administradores de Sociedades anónimas, cualquiera que sea su número, si se posee el 10 por 100 al menos de las acciones de capital en cada una de las Sociedades en las cuales se es administrador, siempre que el mandato esté limitado a estas Sociedades».

La razón de medida tan rigurosa se justifica en Francia ante el hecho comprobado de que algunas personas, capitalistas y financieros, venían figurando en veinte, veinticinco y aun más Consejos de Administración, en los que obtenían fuertes «tantiemas» y emolumentos que, evidentemente, no guardaban relación con el tiempo y la atención que física y materialmente podían consagrar al estudio de los asuntos de las diversas y numerosas Sociedades que «aconsejaban».

Sin embargo, el hecho no es exclusivo del país vecino. Con referencia a España basta repasar el «Directorio de Consejeros y Directores», anteriormente citado, para tomar conciencia de la difusión del fenómeno en nuestros medios económicos y financieros, en los que también son frecuentes estas manifestacio-

nes de acaparamiento de numerosos puestos de Consejos de Administración, que convierten a estas personas en verdaderos centros de decisión e influencia económica con los que es necesario contar como tenedores de un cuasi-monopolio de hecho en la administración y dirección de las grandes empresas. Una estadística completa sería reveladora en este sentido.

2. *Esbozo de una posible reglamentación*

Recogiendo la enseñanza de las leyes reseñadas y las propuestas que en esta misma dirección han ofrecido algunos proyectos de reforma, y teniendo presente, además, la interferencia de las grandes y pequeñas Sociedades anónimas, nos atrevemos a sugerir como solución intermedia entre aquellas posiciones extremas y la absoluta libertad actual, la siguiente norma:

«Nadie podrá formar parte de más de doce Consejos de Administración.

»No se computarán en este número aquellos puestos de Consejos ocupados en Sociedades en los que se posea a título directo y personal por lo menos una décima parte del capital social desembolsado.»

No se nos oculta que la norma, caso de ser recogida, encontrará una natural resistencia por parte de los afectados por ella. Acaso pudiera procederse en esta materia de un modo paulatino, comenzando por fijar el límite en veinte, para, pasado un cierto tiempo, rebajarlo a quince, para llegar más tarde a los doce que se sugieren en el texto anterior.

CAPÍTULO V

LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

1. *Las tendencias actuales en esta materia*

El actual criterio de la Ley española se caracteriza, sin duda, por su generosidad, al no poner otra limitación a la retribución de los Administradores que la que deriva de la norma según la cual aquélla «sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los Estatutos hayan establecido». Falta en la Ley todo propósito encaminado a la limitación del porcentaje, cuya fijación deberá ser realizada por los Estatutos, a diferencia de la reciente legislación especial, preocupada por la medida de esta participación.

Naturalmente, el sistema de limitación del porcentaje no puede ser el mismo cuando se trata de las modestas Sociedades anónimas familiares que cuando nos situamos frente a la gran Sociedad anónima. En aquéllas, la participación usual del 10 por 100 puede representar muchas veces una retribución mezquina e insignificante, mientras que en éstas ese mismo porcentaje u otro muy inferior puede alcanzar cifras im-

presionantes. De aquí que nuevamente propugnemos la necesidad de establecer la adecuada separación de tratamiento entre uno y otro tipo social. Tampoco sirve para las primeras, obligadas muchas veces a no repartir dividendos para atender a su propia financiación, el criterio de calcular aquella retribución sobre el dividendo realmente repartido, mientras que en las segundas, la estabilidad del dividendo, base de su llamamiento al mercado de capitales, permite perfectamente la aplicación de este sistema, establecido ya por el legislador español para aquellas Sociedades anónimas sometidas a la legislación especial por razón de la actividad que constituye su objeto social.

En cualquier caso convendría meditar también sobre la conveniencia de poner fin a esa práctica viciosa, tan generalizada en las grandes Sociedades anónimas, que elude toda declaración sobre el importe de la retribución de los administradores, encubriéndola bajo la fórmula estereotipada de «amortizaciones y otras atenciones estatutarias» u otra similar. Ciertamente que muchas veces es el propio pudor de los Administradores el que les aconseja esta conducta. Bastará examinar la cuenta de resultados de las grandes Sociedades anónimas para comprender la gravedad del problema y la magnitud del *quantum* en la retribución, pese a cumplirse rigurosamente el precepto estatutario que la establece.

Han sido los frecuentes abusos observados dentro y fuera de España en las grandes Sociedades en materia de retribución de los Administradores, que al figurar estatutariamente cifrada en un porcentaje de los beneficios líquidos, alcanzaba cuantías verdaderamente considerables —al ser enormes en cifras absolutas los beneficios obtenidos por las mismas—, los que han motivado esa actitud de recelo por parte de

los accionistas y del propio Estado, que consideran excesivos dichos emolumentos y desproporcionados al efectivo trabajo realizado, agravado por el hecho de que aquellos administradores forman parte simultáneamente de numerosos Consejos de Administración en los que obtienen sendas retribuciones.

Con el fin de procurar un sistema de saneamiento y moderación en tales percepciones se han ofrecido dos soluciones, ambas legislativamente consagradas en los diversos países europeos. La primera, consiste fundamentalmente en exigir una absoluta *publicidad* para las remuneraciones de todo orden percibidas por los administradores, siendo éste uno de los datos que han de ser ofrecidos necesariamente en el trámite de información a los accionistas. Se confía con esta publicidad estimular la prudencia de los administradores en cuanto se refiere a la medida de su retribución. El sistema, aun admitiendo su eficacia, nos parece demagógico y poco elegante, en cuanto descansa sobre la base de ofrecer a la morbosa curiosidad pública —no sólo de accionistas y acreedores, sino también del Fisco—, el *quantum* de las retribuciones, entre las cuales, sin duda, habrá muchas que siendo justas, en relación al trabajo realizado y a los resultados obtenidos, pueden ser estimadas excesivas por el accionista que las contempla con la mirada miope de su propia insignificancia patrimonial.

La segunda, ha sido reiteradamente sancionada por el legislador español, al regular las manifestaciones especiales de las Sociedades anónimas por razón de su objeto: Bancos Industriales, Sociedades de Financiación de ventas a plazos, Sociedades de Inversión mobiliaria, Sociedades gestoras de Fondos de Inversión, etc., en las cuales se limita aquella retribución al prohibir atribuir al Consejo de Administración una participación superior al 5 por 100 del

beneficio social efectivamente distribuido a los accionistas.

El sistema de la limitación en función de los dividendos realmente repartidos a los accionistas ofrece sobre otros criterios la ventaja de estimular la distribución de un dividendo mínimo o medio, pero al propio tiempo tiene el inconveniente de que con ello quizá dificulte el fortalecimiento de la Sociedad mediante la formación de reservas voluntarias que, al mermar el dividendo, disminuirían proporcionalmente el importe de la gratificación.

Sin embargo, este sistema de cálculo de la participación resulta, además, de imposible aplicación a las Sociedades anónimas familiares, en las que con mucha frecuencia no se repartan dividendos, para destinar todo el beneficio a nutrir los fondos de reserva, que hagan posible atender a la autofinanciación de estas Sociedades.

2. *Módulos ponderados para determinar la participación*

En trance de ofrecer unos módulos ponderados que sirvan de freno y corrección de las situaciones denunciadas y con el fin de que ni el cómputo ni el percibo de la participación queden necesariamente condicionados al hecho eventual del reparto de beneficios, que puede obedecer a criterios tan dispares en las Sociedades anónimas familiares y en las grandes Sociedades anónimas, parece aconsejable establecer para aquella participación una doble limitación, según se trate de un tipo u otro de Sociedades, formulada la primera en función de la parte de beneficios distribuibles necesarios para asegurar a las acciones un dividendo mínimo del 6 por 100, se repartan o no, y la

segunda en función de los beneficios realmente repartidos.

La fórmula que ofrecemos podría quedar redactada en estos o parecidos términos:

«La forma de retribución de los Administradores deberá ser fijada en los Estatutos.

Cuando consista en una participación en las ganancias, los Estatutos podrán fijar libremente el porcentaje atribuido, sin exceder de los siguientes límites:

En las Sociedades anónimas de capital inferior a los cincuenta (o cien) millones de pesetas, siempre que, además, no coticen sus acciones en Bolsa, aquella participación no podrá exceder del 10 por 100 calculado sobre la parte de beneficios libres —una vez cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria—, necesaria para atribuir a las acciones un dividendo del seis por ciento, con independencia de que la Junta general acuerde o no su distribución.

En las Sociedades que coticen sus acciones en Bolsa o que tengan un capital superior a los cincuenta (o cien) millones de pesetas, aquel porcentaje no podrá exceder del 5 por 100 de la parte de los beneficios líquidos repartidos como dividendo a las acciones. Si no se acordara reparto de dividendo alguno el cómputo del 5 por 100 se realizaría sobre la base establecida en el párrafo anterior».

Naturalmente, entre ambos límites cabría establecer unos módulos intermedios, que tuvieran en cuenta la relación que guarde el total montante de los beneficios con el capital social desembolsado.

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

1. *Planteamiento general de la cuestión*

Nos situamos ahora ante uno de los problemas que mayores dificultades ofrece para una regulación eficaz. Si por una parte, es necesario asegurar los intereses que con las normas que rigen la responsabilidad de los Administradores se quieren proteger, no lo es menos, por otra, que tal regulación ha de hacerse de modo que las normas que se dicten no coarten la dirección y administración de la Sociedad, que por definición exige libertad de iniciativa y plena facultad de decisión. Libertad de iniciativa y facultad de decisión, sin embargo, han de tener unos límites adecuados, por cuanto no podemos olvidar que se trata de la administración de intereses predominantemente ajenos.

Desde otro ángulo la dificultad del problema aumenta. En materia de responsabilidad, más que en ninguna otra —se ha dicho por PUIG BRUTAU—, los Tribunales tienen que juzgar con criterios jurídicos la gestión de los hombres de empresa, es decir, unos actos de gestión económica y financiera que, como

tales, se resisten a ser encasillados en una cuadrícula eminentemente jurídica. Los conceptos de culpa y diligencia han de ser medidos no por empresarios, sino por hombres de derecho, cuya visión no siempre alcanzará a desentrañar la esencia del problema.

En contra de lo que pudiera pensarse con un criterio profano, es evidente que la actuación de los Administradores de una Sociedad no puede juzgarse por los resultados prósperos o adversos de la empresa, en forma que permita afirmar que es mejor administrador aquel que proporciona a la Sociedad pingües beneficios que aquel otro bajo cuya administración o mandato una Sociedad se defiende o incluso soporta pérdidas. En este punto no cabe hablar de responsabilidad objetiva. Donde no hay culpa no puede haber responsabilidad, cualesquiera que sean los resultados de la gestión. La mayor o menor presencia de culpa o negligencia es el único factor que determina la responsabilidad.

Como ha dicho GIRÓN hay buenas razones para ser prudentes cuando se abordan temas tan delicados. Combinar la prudencia con el rigor se ofrece hoy y siempre como el único camino para no entorpecer la gestión ni coartar la iniciativa, al mismo tiempo que no se favorece la impunidad. Se enfrentan en esta materia dos principios igualmente peligrosos: de una parte, el deseo o la preocupación de fortalecer la administración, librándola de injerencias enojosas, restringiendo o limitando el ejercicio de las acciones de responsabilidad, puede favorecer un clima de impunidad de los administradores; de otra, el propósito de amparar los intereses de los accionistas y de la Sociedad, mediante un sistema de facilidades para el ejercicio de aquellas acciones, puede fomentar la proliferación de acciones de responsabilidad poco fundadas, cuando no montadas o articuladas solamente

con fines de extorsión. Si lo primero puede ser peligroso, al alejar a los Administradores de toda posible vigilancia y sanción por parte de los accionistas, lo segundo puede tener efectos perniciosos, al alimentar bajas pasiones o actitudes poco meditadas que generalmente sólo daño pueden traer para el buen crédito de la Sociedad y de sus Administradores.

Con la actual regulación de la Ley de Sociedades anónimas de 1951 cabría decir que los dos males se han producido: el primero, en las grandes Sociedades anónimas, en las que es tan difícil poseer el porcentaje mínimo exigido por el art. 80 para el ejercicio de la acción por los accionistas, es decir, el 10 por 100 de los enormes capitales de estas empresas; el segundo, en las Sociedades anónimas familiares, donde es fácil y corriente que casi todos los socios que las integran posean dicha proporción de capital y en las que, además, las enemistades y los personalismos son más frecuentes y difícilmente conciliables. He aquí una nueva prueba de la necesidad de someter a distinto tratamiento jurídico unos y otros tipos sociales, ya que lo que para unos se ofrece como demasiado fácil, resulta inalcanzable para los otros.

Inspirados en este deseo de prudencia y percatados de las extraordinarias dificultades de ofrecer una regulación que cumpla con aquella doble exigencia de garantizar la libertad de iniciativa y de gestión, sin favorecer el impunismo de los administradores, nos proponemos examinar muy brevemente algunos de los problemas que hoy se debaten en todos los medios económicos y jurídicos nacionales y extranjeros que se preocupan de la posible reforma del ordenamiento de las Sociedades anónimas.

2. *La diligencia exigida al Administrador como medida de su responsabilidad*

En este aspecto, la Ley de 1951 se ha mantenido deliberadamente dentro de una línea de moderación y prudencia. El art. 79, después de afirmar el principio de que «los Administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal», declara que «responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades y negligencia grave, quedando exentos de responsabilidad solamente los Administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño».

Las dos afirmaciones iniciales aparecen perfectamente justificadas. La primera, por la que se impone al Administrador la «diligencia de un ordenado comerciante», en sustitución de la que es propia del buen padre de familia, apenas si necesita ser fundamentada. La esfera de actividad en que se mueve el administrador está más próxima a la del comerciante que a la del padre de familia. Cabría decir, incluso, que el administrador, aun cuando en nombre de la Sociedad que administra, actúa como un verdadero comerciante. Deben exigírsele, por tanto, unos conocimientos y una diligencia que no pueden medirse si no es con criterio comercial, sin duda más riguroso que el que pudiera aplicarse a un padre de familia, totalmente ajeno y apartado de los negocios, en los cuales generalmente es un profano.

La segunda, al ordenarle desempeñar el cargo como un «representante leal», no hace sino reafirmar aquel deber de fidelidad que pesa sobre todo adminis-

trador de intereses ajenos cuales son aquellos cuya defensa le confía la Sociedad. Quiere esto decir que en todo momento debe anteponer a los suyos personales los intereses de la Sociedad, rehuir todo negocio en el que sus intereses resulten contrapuestos a los de aquélla, no aprovechar para sí ventajas u oportunidades que se le brindaron por su condición de administrador y de las cuales puede aprovecharse la Sociedad, etc. La fidelidad que se le exige descansa sobre la confianza, a la que ha de hacer honor por encima de toda otra consideración, anteponiendo siempre el bien y el interés colectivo al suyo particular, muchas veces egoísta y en abierta contradicción con aquel al que la fidelidad jurada le obliga a defender.

Al referirse a los supuestos de responsabilidad exigible ha huido la Ley española, con acierto indiscutible, de una enumeración de casos concretos, como han hecho otras legislaciones, limitándose a establecer una cláusula general: «responderán del daño causado por malicia, abuso de facultades y negligencia grave». En este punto el legislador de 1951 no quiso «inventar» nada. Se limitó a reproducir la fórmula ya consagrada por el artículo 144 del Código de Comercio para las Sociedades colectivas. Acaso la norma pequeña de generosidad, al dispensar a los Administradores de responder de aquellos otros supuestos de falta de diligencia en los que no concurra el grado de intensidad exigido por la Ley. Sin embargo, son muy atendibles las razones dadas para ello por los autores del Anteproyecto.

«Los redactores de la Ley —dicen— se hicieron cargo de la dificultad de determinar cuándo una operación dañosa se debe al simple error de apreciación no culpable y cuando este error es debido a una falta de atención o de vigilancia en el administrador. Por

esta razón la Ley ha querido conceder una especie de franquicia a los administradores, pasando por alto la culpa leve para fijarse tan sólo en la culpa lata. Sería difícil que alguien aceptase el cargo de administrador si tuviese que responder de las faltas leves de diligencia. La Ley ha querido, en una palabra, poner freno a las interminables discusiones, desencadenadas a veces con propósitos inconfesables, que pusieran en tela de juicio todos los actos de gestión de los administradores. Nadie se aviene a actuar como administrador de intereses ajenos bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad por cualquier falta de atención o de previsión, por minúscula que ésta pueda ser, ni a someter a revisión todo descuido, todo posible error de apreciación o de cálculo. En resumen, la responsabilidad del Administrador no empieza allí donde termina su diligencia, sino allí donde comienza su malicia, o su negligencia grave o su abuso de facultades».

Sinceramente creemos que en este punto toda innovación puede resultar peligrosa. Una exageración en el rigor puede comportar mayores males que los que con ello se pretenden evitar. De aquí que en este extremo aconsejemos respetar el criterio legal, sancionado por el art. 79 de la Ley, aun a sabiendas de que con él se consiente una zona de impunidad para las faltas leves de diligencia de los administradores. El propio arbitrio de los Tribunales, a la vista de las circunstancias del caso, puede corregir aquellos supuestos límites, cuando el no sancionar los mismos signifique dejar impune una conducta abiertamente negligente y abusiva de los administradores.

3. *La tendencia a proclamar el carácter solidario de la responsabilidad de los Administradores*

Uno de los problemas más discutidos en los tiempos actuales y en el que poco a poco ha ido consagrándose una cierta unanimidad legislativa es el que se refiere al carácter solidario o no de la responsabilidad que se predica de los Administradores. Imponen la solidaridad Alemania (art. 84, 2.º L.S.A.), Italia (artículo 2.392 Código civil), Holanda (art. 47, 2.º Código de Comercio), Bélgica (art. 62, 2.º, Ley Sociedades merc.), Luxemburgo, (art. 59, 2.º, Ley Sociedades merc.), Francia (art. 44, Ley Soc. Anóm., 1867); Suiza (arts. 673 y 674 Cód. Obligaciones), Egipto (art. 102, 2.º), etc.

La Ley española de 1951, en cambio, se abstiene de proclamar dicha solidaridad, por entender que siendo la culpa la manifestación de una conducta estrictamente personal, el que esté libre de ella no debe responder por los demás. En realidad, el problema no cabe plantearlo en estos términos. Hay una solidaridad en la gestión de la que deriva el carácter colectivo de la responsabilidad, en cuanto no es posible muchas veces individualizar la culpa y se presume que todos los administradores son responsables, salvo aquellos que estando presentes hubieran salvado su voto (art. 79). Esta responsabilidad colectiva es admitida de hecho por la Ley española. Pero hay también una solidaridad en la responsabilidad, que se proyecta sobre el resarcimiento del daño, en el sentido de que este resarcimiento pueda exigirse íntegramente de cualquiera de ellos, sin perjuicio de su posibilidad de repetir contra los demás. Indudablemente, en contra del común sentir de las legislacio-

nes extranjeras, esta solidaridad no ha sido acogida por la Ley, que la admite y proclama reiteradamente en los supuestos de fundación de la Sociedad, regulados por los arts. 13, 27, 28 y 29.

El decidirse por una u otra solución —mancomunidad o solidaridad— en materia de responsabilidad de los Administradores es cuestión delicada, que es preciso acometer con el máximo cuidado. Evidentemente, la solidaridad protege mejor los intereses del eventual titular de la indemnización que los Tribunales puedan acordar, al permitirle dirigirse para hacerla efectiva contra aquel o aquellos que considere más solventes o con bienes de más fácil traba o realización. En cambio, ofrece el inconveniente de que puede apartar de los puestos de administración a personas temerosas de verse alcanzadas por una responsabilidad de tales dimensiones. Igualmente, la mancomunidad o responsabilidad prorrateada, puede estimular a administradores poco escrupulosos a realizar actos dolosos o culposos, en la confianza de que si fueran inculcados por ellos, la responsabilidad vendría compartida y repartida entre todos, incluso los que solamente por omisión dejaron hacer lo que ahora es causa de responsabilidad.

No obstante, estimamos que la cuestión debe decidirse en favor de la *solidaridad*, no sólo porque con ella se protegen mejor los intereses en juego, sino también porque es éste el principio que domina en el ámbito del Derecho mercantil cuando se da una pluralidad de deudores u obligados.

Con ella, además, acaso pueda ponerse término, o al menos atenuarse esa típica negligencia omisiva tan característica de nuestros Consejos, consistente en dejar hacer a uno o dos administradores —delegados o no—, que por más preparados o más audaces, son los que realmente conducen la empresa, para luego,

cuando se trata de la exigencia de responsabilidad, pretextar que desconocían sus manejos, cuando si realmente hubieran cumplido diligentemente con su deber y función no podían ni debían ignorarlos. Esta negligencia por omisión o dejación es también una de las razones que se han invocado para justificar la reducción del número de Consejeros y el establecimiento de un límite máximo, con el fin de evitar que el excesivo número de éstos favorezca aquellas conductas negligentes.

4. *La posibilidad de establecer la responsabilidad patrimonial ilimitada de los Administradores*

Otro problema que actualmente preocupa a los legisladores es el que se refiere a la posibilidad de proclamar la responsabilidad ilimitada del accionista-administrador-empresario. Este principio de ilimitación de la responsabilidad del accionista-administrador responde a la idea de contraponer a la libertad de decisión y verdadero poder de disposición —mando y señorío— sobre la empresa que disfrutaban quienes en ella ejercen el poder o control administrativo, la responsabilidad ilimitada de éstos en garantía de los acreedores de la Sociedad. Se trata, por consiguiente, de un problema en que no juega tanto la idea de culpa como la de mando y asunción del riesgo y que se proyecta y manifiesta solamente en supuestos de insolvencia o situaciones de carácter concursal.

De hecho, los Bancos acreedores de las modestas Sociedades anónimas familiares ya se han preocupado de conseguir esta ilimitación por vías indirectas, exigiendo la firma de los Consejeros como avalistas solidarios de las pólizas de crédito concedidas a la Sociedad. Podría decirse que los Bancos, a través de la

Sociedad anónima, habían vuelto a «inventar» la sociedad colectiva. Este fenómeno, en cambio, por razones obvias, apenas se manifiesta en las grandes Sociedades anónimas, que muchas veces lo que hacen es llevar a los representantes de los Bancos a sus Consejos de Administración.

Esta práctica contradice abiertamente la estructura y los principios en que se inspira la Sociedad anónima. La responsabilidad patrimonial ilimitada de los socios es propia y exclusiva de las Sociedades personalistas, es decir, de los socios colectivos de las Sociedades colectivas y de las comanditarias. Si se proclamase abiertamente la responsabilidad ilimitada del socio-administrador-empresario, sería tanto como volver a un sistema similar al de la Sociedad comanditaria por acciones, sin las ventajas para el socio-administrador del pleno poder de decisión que en la comanditaria se otorga al socio colectivo, sin la amenaza de ver entorpecida su gestión por la injerencia —prohibida por la Ley (art. 148 Cód. de Com.)— del comanditario. El abandono que hoy padece la Sociedad comanditaria por acciones demuestra las pocas ventajas que tal solución podría reportar.

La responsabilidad ilimitada del socio-administrador tiene importancia y puede estar justificada en las Sociedades de exiguo capital, como reforzamiento del crédito de la Sociedad, pero carece de sentido, desde este punto de vista, en las grandes Sociedades anónimas, con enormes medios económicos, en las que las obligaciones sociales ascienden a cifras en relación con las cuales los patrimonios individuales de los socios-administradores apenas constituyen garantía. Por otra parte, el carácter subsidiario de esta responsabilidad disminuye su utilidad al retrasar su efectividad a los solos supuestos de liquidación, insolvencia, suspensión de pagos o quiebra, salvo que la misma

se proclamara con carácter solidario con la misma Sociedad, lo que parece doblemente excesivo. Dentro de esta tendencia, sin embargo, más moderadamente, GHIDINI se ha atrevido a ofrecer unas normas con arreglo a las cuales podría establecerse una responsabilidad complementaria —no ilimitada— del socio-administrador o empresario.

De acuerdo con las mismas se trataría de establecer la responsabilidad complementaria o «añadida» del socio-administrador, por encima de su responsabilidad patrimonial como accionista y siempre con carácter subsidiario en las siguientes condiciones:

a) Dicha responsabilidad no sería ilimitada, sino que se determinaría en función de la respectiva participación de capital, ya que ésta señala también la medida de su participación en los beneficios, y podría consistir en otra suma igual al importe nominal de sus acciones. Si el administrador no fuera socio la medida de su responsabilidad sería igual a la del accionista-administrador de menor participación.

b) Esta responsabilidad sólo sería exigible en las situaciones concursales y de insolvencia de la Sociedad.

c) Su importe se aplicaría solamente para atender a los créditos privilegiados, impuestos, contribuciones, cargas sociales y de previsión, retribuciones e indemnizaciones debidas a los trabajadores.

d) Gravaría solamente a los socios-administradores que lo fueran en el momento de producirse la quiebra o en los seis meses anteriores a aquélla.

Cualquiera que en los últimos años haya vivido de cerca alguna de estas situaciones concursales o de insolvencia podrá observar la extraordinaria semejanza de estas normas con las soluciones que en tales casos se han seguido, aconsejadas por el sentido práctico de los interesados.

Aun reconociendo la posible utilidad que en algunos casos pudiera representar una norma semejante, estimamos que no debe aceptarse, pues una vez establecida en la Ley sería fácilmente burlada, mediante el nombramiento de Administradores con reducida participación social, manteniéndose las mayores participaciones en manos de accionistas amigos no administradores, que así se sustraían al rigor de la responsabilidad complementaria que pudiera establecerse.

5. *Legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la Sociedad, por los accionistas y por los acreedores*

Con arreglo al art. 80 de la Ley están legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los Administradores no solamente la Sociedad, verdadera titular de la acción social, sino también los accionistas, cuando representen al menos la décima parte del capital social, y la Sociedad no lo hiciera dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad, y los acreedores, cuando la acción ejercitada por éstos tienda a reconstituir el patrimonio social y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.

A) *El ejercicio de la acción de responsabilidad por la Sociedad*

Para que la Sociedad pueda entablar la acción de responsabilidad contra los Administradores se requiere previo acuerdo de la Junta general, que puede ser

adoptado aunque no conste en el orden del día (artículo 80, 1.º). Nada dice la Ley acerca de la discutidísima cuestión de si en la Junta general llamada a decidir sobre el ejercicio de la acción pueden y deben votar los administradores inculpados. La tendencia general en las legislaciones europeas es abiertamente contraria a que los administradores, sobre cuya responsabilidad se decide, puedan tomar parte en la votación. Se aplica para ello la norma que les prohíbe participar en aquellas votaciones en que exista un *conflicto de intereses* entre la Sociedad y los Administradores. La razón de la norma en este caso no es tanto la de la posible colisión de intereses cuanto aquella otra, de vigencia universal, de que nadie debe ser *juez y parte* en su propia causa.

El silencio de la Ley en este punto ha sido criticado, por estimar que los votos de los administradores y aquellos otros que a ellos se suman por virtud de la fuerza de atracción del poder, merced muchas veces al uso y abuso de las delegaciones en blanco, puede representar en numerosos casos la imposibilidad de que prospere en la Junta general una propuesta de exigencia de responsabilidades. Frente al argumento de que una norma de este tipo sería fácilmente burlada, amparándose en el secreto del voto inherente a las acciones al portador o en la cesión momentánea de las acciones a favor de testaferros que voten en la Junta, se ha dicho, no sin cierta razón, que esto equivale a «dejar la puerta abierta por el temor de no poder dejarla bien cerrada».

Sin embargo, es preciso proceder con suma cautela. Como es sabido, en el sistema de la Ley española el acuerdo del ejercicio de la acción lleva consigo la automática destitución de los Administradores (art. 80, 2.º), lo cual podría significar, en ocasión de celebrarse una Junta general ordinaria, con asistencia

reducida, poner al alcance de la minoría la obtención de tal acuerdo, que sin los votos de los Administradores, generalmente numerosos, le sería fácil de obtener, consiguiendo con ello la destitución inmediata de todo el Consejo. Es decir, que en una operación por sorpresa, dado que, según la propia Ley (art. 80, 1.º), no es necesario que su adopción conste en el orden del día, podría ocasionarse a la Sociedad una situación incómoda o difícil al verse privada de sus administradores, acaso sin concurrir una causa suficiente para ello.

Si la aplicación de la norma la trasladamos a las modestas Sociedades familiares, el resultado todavía puede ser más peligroso. Dada la normal coincidencia entre accionistas y administradores, entre capital y gestión, es evidente que la administración de estas Sociedades está confiada normalmente a los representantes de la mayoría, con lo que al privar del voto a los administradores el resultado de la votación quedaba prejuzgado en favor de la minoría, con la consecuencia de que se colocaba en manos de ésta la posibilidad de destituir a todo el Consejo de Administración por el sencillo expediente de proponer y acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Descartada, por tanto, una solución negativa absoluta, que impida a los Administradores inculpados votar en la Junta general que decide sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los mismos, caben dos soluciones posibles. Una, la escogida por la Ley de 1951, de guardar silencio sobre esta materia, confiando en los diversos recursos que la propia Ley ofrece, ya sea mediante el ejercicio directo de la acción de responsabilidad por la minoría, cuando ésta represente al menos la décima parte del capital social (art. 80, 3.º) —supuesto fácil y posible en las medianas y pequeñas Sociedades cerradas, pero difícil y casi imposible en las grandes Sociedades anó-

nimas—, ya a través de la impugnación del acuerdo social contrario a la exigencia de responsabilidad, por entender que éste lesiona, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad (art. 67), sobre todo en aquellos casos en que verificada la llamada «prueba de resistencia» se demostrara que sin computar los votos de los Administradores inculpados el acuerdo se hubiera producido en sentido contrario. Otra, consistente en negar el voto a los Administradores, pero exigir que el acuerdo de ejercitar la acción de responsabilidad solamente podrá adoptarse cuando cuente a su favor con el voto de acciones que representen un tercio del total capital de la Sociedad, con el fin de que una minoría insignificante no pueda decidir, si a sus votos no se suman los de otros accionistas neutrales no administradores.

Esta segunda solución responde, en realidad, a aquel criterio consagrado en la propia Ley cuando subordina la posibilidad de que la Junta general pueda acordar transigir o renunciar el ejercicio de la acción a la exigencia de que no se opongan a ello socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. Este veto que se otorga a la minoría frente a un acuerdo de la Junta general, solamente por ser contrario a otro anterior y referirse al ejercicio de la acción de responsabilidad, puede, en algunos casos, resultar menos justificado que el permitir que prospere un acuerdo de exigencia de responsabilidad cuando cuente a su favor con los votos de una tercera parte del total capital social, ya que esta cifra, deducidos los votos que corresponderían a los Administradores, representará casi siempre la mayoría del total de los votos libres presentes en la Junta. Adviértase, además, que éste es el porcentaje exigido por la propia Ley para que con carácter excepcional y a solicitud de accionistas que representen, por lo menos, la

tercera parte del capital social desembolsado, los censores deban realizar en cualquier momento una investigación extraordinaria de la contabilidad para aclarar los extremos o anomalías sometidos a su examen (artículo 109), por lo que parece justificado que a ese mismo porcentaje se le ofrezca la posibilidad de acordar el ejercicio por la Sociedad de la acción de responsabilidad.

B) *El ejercicio de la acción de responsabilidad por los accionistas*

Por lo que se refiere al ejercicio de la acción social de responsabilidad por los accionistas, el sistema de la Ley descansa sobre dos principios fundamentales: de una parte, impedir el ejercicio simultáneo de dos acciones de responsabilidad, dando preferencia a la de la Sociedad; de otra, limitar el ejercicio de la acción por los accionistas, exigiendo que representen, al menos, la décima parte del capital social desembolsado (art. 80, 3). El primero aparece perfectamente justificado, ya que en realidad sólo hay un único titular de la acción, aun cuando la Ley admita dos legitimados para su ejercicio, por lo que es natural que cuando quien la ejercita no sea su titular, este ejercicio tenga carácter subsidiario. El segundo, en cambio, vuelve a plantearnos, de nuevo, la necesidad, propugnada a lo largo de todo este trabajo, de establecer una clara separación y un distinto tratamiento jurídico para los dos tipos de Sociedades anónimas, la de base familiar, modesto capital y reducido número de socios, y la gran Sociedad anónima, abierta y de masa. Es evidente que no puede aplicarse la misma norma en materia de legitimación en una y en otra. Aquel porcentaje que en la primera es fácil de poseer,

resulta casi inasequible en la segunda, con lo cual el criterio de legitimación, aunque formalmente sea el mismo, de hecho es totalmente distinto en una y otra clase de Sociedades.

Si nos detenemos a proyectar dicha exigencia sobre aquel cuadro de Sociedades anónimas recogido anteriormente (pág. 153), con capital superior a pesetas 100.000.000, la conclusión no puede ser más aleccionadora: Para el ejercicio de la acción de responsabilidad por los accionistas éstos han de poseer como mínimo más de 10.000.000 de pesetas en las Sociedades del primer grupo, más de 20.000.000 de pesetas en los del segundo, más de 30.000.000 de pesetas en las del tercero, y así sucesivamente, hasta llegar a los tres últimos grupos de aquel cuadro, en que la cifra requerida para poder entablar aquella acción va de los 400.000.000 a los 500.000.000 de pesetas, de los 500.000.000 a los 1.000.000 de pesetas y de los 1.000.000.000 a los 1.500.000.000 de pesetas. Lo que vale tanto como decir que en los últimos grados de la escala, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los «minoritarios» exigiría que éstos representaran un capital-acciones de un volumen tal que apenas puede imaginarse en sus manos.

La elocuencia de estas cifras revela mejor que cualquier otra consideración que en estas grandes Sociedades el supuesto legal no tiene posible aplicación. Si a ello se añade que los llamados acuerdos de la mayoría, por las circunstancias que concurren en la formación de la voluntad social en estas grandes Sociedades, reflejan más bien el criterio minoritario de los administradores, apoyados por el voto de los Bancos y de las acciones concurrentes mediante las delegaciones en blanco, puede concluirse que en estas gigantescas Sociedades anónimas el régimen de la mayor impunidad ampara a los Administradores.

De ahí que si se quiere que la acción de responsabilidad que se reconoce a los accionistas sea prácticamente accesible a éstos, no se puede seguir manteniendo un porcentaje único e igual para todas las Sociedades, sino que sería preciso establecer un porcentaje regresivo en relación con el importe del capital social, que podría empezar en el veinte o el diez por ciento para las pequeñas Sociedades y disminuir progresivamente hasta el uno por ciento en las mayores, y aún pensamos que quizá fuera preciso disminuir éste, hasta el 0,25 por 100, pues en alguno de los casos reseñados el 1 por 100 alcanzaría todavía cifras superiores a los 126.000.000 y 145.000.000 de pesetas, respectivamente. Al propio tiempo, cabría pensar también en la posibilidad de exigir en todo caso una caución, también proporcional al capital, con el fin de limitar en lo posible, sobre todo en las medianas y pequeñas Sociedades anónimas, el ejercicio de acciones infundadas y temerarias, que no tuvieran otra finalidad que la de servir como arma de coacción o de satisfacción de venganzas o resentimientos personales.

C) *El ejercicio de la acción de responsabilidad por los acreedores*

Finalmente, la acción de responsabilidad que la Ley concede a los acreedores de la Sociedad se configura en la Ley con carácter subsidiario de la que pueden ejercitar la Sociedad o los accionistas, y ha de reunir, además, estas dos condiciones: que se tienda con ella a reconstituir el patrimonio social y que se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de sus créditos. La formulación legal no exige, por tanto, que el patrimonio social sea ya de hecho insuficiente para la satisfacción de los créditos osten-

tados por los acreedores, le basta con que aquéllos se vean amenazados y que esta amenaza sea grave.

A nadie se le oculta que esta acción puede ser también un arma peligrosa en manos de los acreedores, que a través de ella —del simple anuncio de su ejercicio, muchas veces—, pueden conseguir anteponer el cobro de sus créditos al de otros acreedores más tolerantes con las dificultades de tesorería de la Sociedad. También aquí, para evitar un ejercicio inmotivado de la acción de responsabilidad, cabría pensar en la conveniencia de someterlo a determinados requisitos, tales como la cuantía de los créditos supuestamente amenazados y la prestación de una caución para asegurar los eventuales perjuicios que con el ejercicio de la acción pudieran causarse a la Sociedad y al crédito de sus Administradores. Convendría, por otra parte, conceder al Juez la posibilidad de rechazar *ab initio* la acción, oídos los Administradores inculpados, si con la demanda no se presentaran documentos suficientes que acreditaran *prima facie* la existencia de la amenaza y la gravedad de la misma en orden a la garantía de los créditos.

6. *Conveniencia de canalizar el ejercicio de la acción de responsabilidad a través de un procedimiento especial similar al del art. 70 de la Ley*

Ante el silencio de la Ley en punto al procedimiento para conocer de las acciones de responsabilidad contra los Administradores, actúa la fuerza de atracción del juicio declarativo ordinario, con sus mayores garantías de defensa, pero con todos los inconvenientes de su mayor duración y carestía.

Son muchas y muy poderosas las razones que aconsejan canalizar el conocimiento de estas acciones ha-

cia un cauce similar al del procedimiento especial establecido por la Ley para la impugnación de los acuerdos sociales. La primera, que muchas veces la acción de responsabilidad es antecedente o consecuencia inmediata del acuerdo impugnado, que acaso no hubiera alcanzado la aprobación de la Junta si los Administradores proponentes no hubieran procedido con malicia o abuso de facultades, ocultando al conocimiento de los accionistas datos de interés para formar juicio acerca de la conveniencia o no de su adopción. La acumulación de acciones en un caso semejante no sólo se ofrece como aconsejable, sino como verdaderamente necesaria, por un principio de economía procesal, para evitar que después de obtener la nulidad del acuerdo, haya que empezar un nuevo juicio ordinario para alcanzar la declaración de responsabilidad de los Administradores.

La segunda razón estriba en la mayor brevedad y economía del procedimiento, que interesa a las dos partes en el pleito: al actor, para obtener lo más rápidamente posible la reparación del daño y del derecho ofendido; al administrador honesto, para que cuanto antes luzca claramente su inocencia y su honorabilidad.

La tercera, en íntima relación con la anterior, porque cuando la acción es ejercitada por los accionistas, como no lleva consigo la destitución automática de los administradores, interesa evitar que puedan seguir administrando la Sociedad durante todo el tiempo —años, muchas veces— que puede durar el proceso, aquellos administradores sobre los cuales pesa una acusación que puede verse confirmada por la Sentencia.

Si se estimara que la mayor brevedad del procedimiento especial podía colocar en situación de indefensión a los Administradores inculcados, bastaría

conceder al Juez la posibilidad de ampliar, a petición de parte, el plazo de proposición y práctica de prueba que en el núm. 6 del art. 70 de la Ley se fija en seis días para proponer y veinte para practicar, posibilidad que, por otra parte, ya viene admitida por la propia Ley al declarar que excepcionalmente podrá prorrogarse este último plazo para llevar a cabo aquellas probanzas que por causa legítima libremente apreciada por el Juez, no hubieran podido practicarse dentro de aquel plazo.

7. *La responsabilidad penal de los Administradores*

No se nos oculta que la tendencia actual imperante en Europa se manifiesta en el sentido de una mayor acentuación de la responsabilidad penal de los Administradores, que han llevado a no pocas leyes a estimar insuficientes las normas tradicionales de los Códigos penales, promulgando una serie de preceptos especiales consagrados a regular esta responsabilidad, con un casuismo casi exhaustivo y con una severidad mayor que la de los propios ordenamientos penales.

Así, por ejemplo, la Ley de Sociedades anónimas alemana de 1937 consagraba todo un título a reunir las disposiciones penales, la mayoría de las cuales se proyectan sobre los Administradores (arts. 294 a 303); el Código civil italiano dedica a esta cuestión numerosos preceptos (arts. 2621 a 2624, 2626 a 2631, 2633, 2634, 2640 a 2642) y otro tanto hace la Ley de Quiebras (arts. 223 a 226); la Ley belga de Sociedades mercantiles les consagra también los arts. 201 a 207; la Ley luxemburguesa hace otro tanto (arts. 162 a 173); la Ley griega igualmente (arts. 54 a 62), etcétera. Mención especial merece el Decreto-Ley

francés de 8 de agosto de 1935, que vino a completar las normas del Código penal, que se habían mostrado insuficientes para reprimir y sancionar recientes abusos y escándalos financieros que se dieron por entonces en el país vecino.

No obstante lo difundido de esta tendencia, estimamos que en España *no sería necesario aumentar el catálogo de delitos*, si bien para ello sería preciso que cuando el interés público o colectivo lo reclame, fuera el propio Ministerio público, como ha ocurrido recientemente, el que ejercitara la acción, sin esperar a la denuncia o querrela que pudieran realizar los accionistas o los terceros perjudicados. La necesidad de proteger al pequeño ahorro que confía sus fondos a las grandes Sociedades anónimas debe primar sobre cualquier otra consideración formal.

Acaso, en atención a la gravedad de la situación, y ante la necesidad de adoptar rápidamente medidas cautelares, debería modificarse el art. 896 del Código de Comercio, en el sentido de que la declaración de haber méritos para proceder criminalmente por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, debería ser hecha por el juez con carácter provisional en un plazo perentorio, oído el Ministerio Fiscal, sin esperar a la substanciación de la pieza de calificación.

Un nutrido sector doctrinal ha propugnado, además, en los casos de insolvencia o quiebra, la inhabilitación de los Administradores, con el fin de impedirles ocupar nuevos cargos de administración mientras no sean rehabilitados. En realidad, esta propuesta no viene a ser sino una ampliación o aplicación extensiva de la norma que ya se contiene en el art. 13, §§ 1 y 2 del Código de Comercio, al prohibir ejercer cargos administrativos o económicos en Compañías mercantiles o industriales: 1.º A los sentenciados a penas de interdicción civil, mientras no

hayan cumplido sus condenas o sido amnistiados o indultados. 2.º A los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido su rehabilitación o estén autorizados en virtud de convenio aceptado en Junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial para continuar al frente de su establecimiento, entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el Convenio.

Finalmente, en Francia, en determinados casos de quiebra se ha llegado a extender la declaración de quiebra a los Administradores —Presidente del Consejo y Director General— cuando concurren una serie de circunstancias específicamente enumeradas en el Decreto-Ley de 8 de agosto de 1935. Estimamos que no es preciso ir tan lejos en España, donde, afortunadamente, los casos que reclamarían un rigor semejante son escasísimos y excepcionales y pueden ser sancionados adecuadamente con las normas penales ordinarias.

8. *Líneas para una posible reglamentación*

Resumiendo cuanto hemos afirmado anteriormente en materia de responsabilidad de los administradores, brindamos a continuación y siempre con las naturales reservas en tema tan delicado, aquellas líneas de posible reforma que se ofrecen como aconsejables en el sentido de introducir en la Ley la declaración de que esta responsabilidad será solidaria, modificar en sentido decreciente los porcentajes exigidos para la legitimación de los accionistas en el ejercicio de la acción de responsabilidad y someter la tramitación de este ejercicio a un procedimiento especial similar al articulado por la Ley para la impugnación de acuerdos sociales.

Las normas que se someten a consideración son las que siguen :

A continuación del art. 79 podría añadirse el siguiente párrafo :

«Cuando fueren varios los administradores responsables, su responsabilidad será solidaria.»

En el art. 80, entre el 1.º y 2.º párrafos, cabría intercalar :

«En la Junta general en que se adopte el acuerdo de ejercitar la acción de responsabilidad no podrán votar los administradores inculcados, pero el acuerdo mayoritariamente adoptado por los restantes socios sólo será válido si cuenta con el voto favorable de una tercera parte de las acciones representativas del capital social.»

El párrafo 3.º podría ser sustituido por el siguiente :

«Los accionistas que representen la porción de capital que más adelante se establece, podrán entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad cuando la Sociedad, habiéndola acordado, no lo hiciera dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

»La participación de capital que deberán poseer el accionista o accionistas para estar legitimados será la que resulte de la siguiente escala decreciente :

»Si el capital fuera inferior a 10 millones ... un 10 por 100»

(Debería estudiarse muy cuidadosamente la graduación decreciente del porcentaje con relación a la cifra del capital, con el fin de evitar que la aplicación del mismo produjera situaciones contradictorias, lo

que pudiera fácilmente ocurrir si los grados de la escala fueran muy pronunciados.)

El párrafo 4.º podría también modificarse en la siguiente forma :

«Los acreedores de la Sociedad cuyo crédito presente respecto del capital social el porcentaje señalado en el párrafo anterior, sólo podrán dirigirse contra los Administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.»

Cabría añadir, además, los siguientes párrafos :

«Cuando la acción de responsabilidad contra los administradores sea ejercitada por los accionistas o por los acreedores, la Sociedad o los propios administradores podrán solicitar del Juzgado que se aseguren mediante caución los eventuales perjuicios que con la misma pudieran irrogarse a la Sociedad con una pretensión temeraria, y el Juez, previa la información sumaria que considere oportuna, resolverá sobre ello, fijando en su caso el alcance de la misma.

»El procedimiento para conocer de la acción de responsabilidad se acomodará a las normas establecidas en el art. 70 de la Ley, en cuanto le sean aplicables.

»La acción de responsabilidad contra los administradores podrá ser ejercitada simultáneamente con la acción de impugnación de acuerdos sociales, cuando entre el fundamento de ambas acciones exista la necesaria relación de causalidad.»

SECCIÓN III

LA CENSURA DE CUENTAS Y EL DERECHO Y EL DEBER DE INFORMACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

AUSENCIA EN LA LEY DE UN VERDADERO ÓRGANO DE VIGILANCIA Y FISCALIZACIÓN

Se echa de menos en la Ley española de 1951 la existencia y regulación de un verdadero órgano de vigilancia y fiscalización de la gestión social y de los balances y cuentas de la Sociedad. La omisión, sin embargo, ha sido deliberada. «Se estimó —dice el propio Preámbulo— que en la práctica los órganos de vigilancia, cuyos miembros suelen ser de extracción mayoritaria, como los que constituyen el Consejo de Administración, ni representan en último extremo intereses sociales distintos a los del Consejo, ni ponen celo especial en el desempeño de su misión, por lo que la eficacia del órgano de vigilancia, a menudo dudosa, resulta no pocas veces perjudicial para la empresa misma. No se crea, sin embargo, que esta materia se halla huérfana de regulación adecuada. En sustitución del órgano de vigilancia con funciones permanentes se prevé el nombramiento, por la Junta general, de

unos accionistas censores de cuentas, que obligatoriamente examinarán e informarán por escrito acerca del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de los beneficios y la Memoria presentada por el Consejo, pudiendo examinar, por sí o en unión de personas técnicas, la contabilidad y cuantos antecedentes estimen necesarios para el mejor desempeño de su misión, al mismo tiempo que con carácter excepcional, y a petición de accionistas que representen, por lo menos, la tercera parte del capital desembolsado, podrán realizar en cualquier momento investigaciones de carácter extraordinario para aclarar los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen. Se crea así un sistema de vigilancia que, sin coartar la libertad e iniciativa de los Administradores y sin que pueda reputarse expresión viva de desconfianza o recelos, permitirá a los grupos minoritarios de accionistas poner freno, con su intervención fiscalizadora, al instintivo abuso de poder de las mayorías».

Los escasos años de vigencia de la Ley han bastado para poner de relieve que no es precisamente el acierto lo que caracteriza ese llamado sistema de vigilancia que la Ley nos ofrece en sustitución del órgano de fiscalización permanente que deliberadamente no quiere crear. De nuevo se impone también en esta materia la absoluta necesidad de separar claramente, para someterlas a distinto tratamiento jurídico, las llamadas Sociedades anónimas cerradas o familiares y las grandes Sociedades anónimas.

En efecto, el sistema de la censura de cuentas configurado en la Ley, puede resultar más enojoso que útil en las modestas Sociedades anónimas, más o menos familiares, en las que por unos u otros motivos —existencia de socios femeninos, menores de edad, etc.— no se dé aquella absoluta coincidencia entre Administradores y administrados, y la fracción de éstos en posi-

ción minoritaria sea superior al 10 por 100 del capital social desembolsado.

Resulta superfluo en las sociedades familiares en que se dé aquella coincidencia entre gestión y capital, lo que en los primeros años de vigencia de la Ley llevó a muchas Sociedades a crear accionistas «ficticios», «no administradores» —generalmente familiares o empleados— para que ejercieran «independientemente» aquella función de censura, ficción que personalmente siempre rechazamos y a la que hoy no es necesario recurrir, según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957.

Finalmente, es inútil, cuando no constituye una sangrienta burla, en aquellas grandes Sociedades, en las cuales por razón de la propia cuantía del capital quedan automáticamente apartados de toda posible censura y fiscalización los accionistas minoritarios, imposibilitados de reunir la representación de capital necesaria para poder proponer en la Junta general el nombramiento de un Censor perteneciente al Instituto de Censores Jurados de Cuentas, ya que el 10 por ciento requerido para ello alcanza unas cifras inasequibles en estas grandes Sociedades anónimas.

Pues bien, es precisamente en aquellas grandes Sociedades anónimas donde por la índole de los servicios explotados, por la concurrencia de sus títulos a la Bolsa, por financiarse mediante el llamamiento al ahorro público, a través de la emisión de acciones y obligaciones, los intereses implicados y en juego desde el punto de vista de la economía nacional y de la protección del ahorro público, son mayores y demandan con más fuerza la garantía de una censura auténtica. Basta pensar solamente en las reiteradas declaraciones de la jurisprudencia en torno a la relevancia del balance objeto de censura, según las cuales éste interesa no sólo a los accionistas y acreedores, sino al

Estado y al público en general, y en el carácter público y de garantía de socios y acreedores que se atribuye al informe rendido por los censores (Sentencias de 24 de junio y 19 de diciembre de 1961), para comprender la importancia que tiene el acertar en la correcta solución del problema.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA DE CENSURA DE CUENTAS EN EL ANTEPROYECTO Y EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

El sistema de censura establecido en la Ley difiere parcialmente del que figuraba en el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, que en este punto se mostraba más lógico y consecuente con el propósito que inspiró su redacción.

El art. 110 del Anteproyecto establecía un sistema de censura de cuentas a cargo de dos accionistas no administradores designados por la Junta, y un tercero en representación de la minoría, caso de que no hubiera unanimidad en la designación, siempre que esta minoría representara, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado, admitiendo, además, el art. 111, que «con carácter excepcional, y a solicitud de accionistas que representen, por lo menos, la tercera parte del capital social desembolsado, los Censores deberán realizar en cualquier momento una investigación extraordinaria para aclarar los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen».

Desde el primer momento mostramos nuestros temores de que el bien intencionado sistema que se establecía en el Anteproyecto pudiera cumplir adecuada-

mente la finalidad que se propusieron sus redactores. Entendíamos de buena fe, y sin ánimo polémico, que se había desperdiciado la ocasión de establecer en España, a la vista de las enseñanzas de la práctica extranjera y de los diversos intentos anteriormente fracasados, con la debida ponderación y medida —de la que era la mejor prenda y garantía la extraordinaria competencia y el claro sentido de la responsabilidad de los ilustres autores del Anteproyecto— un sistema de verdadera verificación y censura del balance y las cuentas del ejercicio.

La razón de esta disconformidad descansa en la distinta posición en que cabe situarse ante el balance de la Sociedad anónima, posición que, naturalmente, condiciona la solución que se adopte. Sin desconocer la naturaleza del balance como acto administrativo-social, de carácter interno de la empresa, de interés indudable para ésta, sus administradores y sus accionistas, debe verse también en él un documento de innegable trascendencia pública, que puede afectar directamente a los derechos de los acreedores, a la propia empresa y a la economía nacional, todo lo cual impide que su verificación y censura pueda quedar al arbitrio exclusivo de los propios accionistas —ya sean mayoritarios o minoritarios—, y que sean éstos quienes den fe frente a terceros y frente al público en general de su exactitud, precisamente porque son parte interesada.

La *ratio legis* de la norma proyectada seguía siendo, en lo fundamental, la misma que inspiraba el sistema del viejo Código de Comercio, y el derecho de los accionistas disconformes de nombrar de entre ellos un tercer censor de cuentas, no era sino una manifestación más del problema general de protección de las minorías en la Sociedad anónima. Es de justicia, sin embargo, proclamar que, aun dentro de

la insuficiencia señalada, el sistema establecido por el Anteproyecto obedecía a un cierto rigor lógico, rigor que echamos de menos en la regulación que este problema alcanza en el texto definitivo de la Ley de Sociedades anónimas.

La discusión de la Ley en las Cortes modificó sustancialmente, aunque con carácter y visión parcial, el sistema preconizado por el Anteproyecto. Se conserva de aquél (art. 108) la intervención de los accionistas censores de cuentas cuando éstos sean designados por unanimidad, injertándose, para el caso de que aquélla no se lograra y los minoritarios disconformes representaren, al menos, la décima parte del capital social desembolsado —en el Anteproyecto se exigía una quinta parte—, una intervención o censura ajena a los elementos personales de la Sociedad, cuyo nombramiento —dice el citado art. 108— «habrá de recaer necesariamente en miembros del “Instituto de Censores Jurados de Cuentas”, no accionistas, los cuales entregarán un ejemplar de su informe técnico al Presidente del Consejo de Administración y otro al primer firmante de la propuesta de elección, y si no se hubiera hecho por escrito, al mayor accionista de los que hubieran votado la propuesta. En el ejercicio de su función, el censor podrá examinar por sí mismo la contabilidad y todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos contables, pero su informe, salvo pronunciamiento expreso de la Junta general en contrario, sólo habrá de referirse a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias y a los criterios de valoración y de amortización seguidos en el ejercicio por la Sociedad».

Las razones que en el Preámbulo de la Ley se ofrecen no son, sin embargo, satisfactorias. Declarar primero que «un balance bien formado garantiza a la

Sociedad la estabilidad de su capital, al hacer imposible el reparto de dividendos ficticios; permite a los accionistas conocer fielmente los resultados del ejercicio y, por ende, la posibilidad de censurar con pleno conocimiento de causa la gestión de los administradores, y, por último, ofrece al tercero que contrata con la Sociedad una representación exacta de la garantía que ésta ofrece para responder del cumplimiento de las obligaciones que ha contraído o va a contraer a su favor», se compagina mal con la norma de condicionar la procedencia o no de una verificación imparcial y objetiva del balance, realizada por personas técnicas ajenas a la empresa y especialmente capacitadas para ello, a la circunstancia de que una determinada minoría no haya coincidido en la designación de los accionistas censores.

Si la verificación se cree necesaria, si se acepta el principio de la conveniencia o utilidad de la censura de cuentas por personas o instituciones especialmente organizadas para el cumplimiento de tal función, la aplicación del mismo no puede ni debe quedar al arbitrio de una minoría. Si se trata de proteger, además de los accionistas, a los acreedores, a la empresa y a la economía nacional, asegurando la formación de balances que sean fiel reflejo de la situación económica y patrimonial de la Sociedad, deben buscarse otros criterios que justifiquen tal intervención. No podemos, porque ello excedería los límites naturales de este trabajo, propugnar aquí cuáles hayan de ser; pero, sin duda alguna, uno de los supuestos en que la censura de cuentas, en el moderno sentido de verificación auténtica, al modo como se practica en Alemania, Inglaterra, Estados Unidos, etc., debiera resultar obligatoria, es en aquellos casos en que la Sociedad tenga admitidos o solicite la admisión de sus títulos a la cotización en Bolsa, en todos los de emi-

sión de obligaciones con llamamiento al público, y quizá, también, aun cuando el criterio adolece de mayor imprecisión que los anteriores, cuando el capital social supere una determinada cifra.

En realidad, lo que interesa en primer término, cuando se enfrenta uno con este problema, no es el decidir si lo más conveniente es una fiscalización o censura individual o colegiada, privada u oficial, y aun si ésta ha de ser administrativa o judicial. Poco importa examinar si la Ley española se acerca más a los Comisarios de cuentas de los derechos francés y belga, al Colegio sindical o los Síndicos del Código italiano —que en las Sociedades con capital superior a 5.000.000 de liras deben ser presididos por persona que figure en la lista de los revisores oficiales de cuentas—, a los revisores de Balances de la Ley alemana de 1937, que colaboran con el Consejo de vigilancia en el ejercicio de esta función, a los *auditors* del derecho inglés, con la acentuada intervención del *Board of Trade*, a partir de la *Companies Act* de 1948, o finalmente, a la más rigurosa y más oficial fiscalización establecida como Ley federal en Estados Unidos a través de la *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934, que para reprimir los abusos en la contratación de valores mobiliarios creó la *Securities and Exchange Commission*.

No se trata tanto de seguir uno u otro sistema —anglosajón, germano, o latino—, cuanto de optar por un sistema de censura auténtica, confiada a profesionales imparciales y objetivos, con responsabilidad, con obligación de guardar el secreto profesional, sujetos a normas técnicas y uniformes, etc., o por un sistema de censura ficticia, que comprende a todas aquellas manifestaciones que por no reunir unas mínimas condiciones de imparcialidad y tecnicismo, no pueden cumplir con su misión, al modo como normal-

mente ocurre hoy día con los flamantes accionistas censores de cuentas instituidos por el art. 108 de la Ley. En este sentido, forzoso es reconocer que el sistema legal español tiene más de apariencia que de realidad de censura de cuentas, con el grave inconveniente de que una censura ficticia, como la establecida, puede ser mucho más peligrosa que la carencia total de censura.

Bastará, para convencerse de cuanto decimos, realizar una experiencia al alcance de cualquiera —y que yo he realizado en ocasiones con mis alumnos—, consistente en tomar un conjunto de Memorias impresas de las grandes Sociedades anónimas, recogidas al azar, y examinar el contenido del informe de los accionistas censores de cuentas. La impresión no puede ser más desoladora. En los pocos años de práctica de la Ley, el informe de los accionistas censores, por desidia, unas veces, por docilidad y complacencia, otras, en cuanto confiado a accionistas designados por la mayoría, se ha convertido en un «cliché» del que se reproducen pruebas hasta el infinito, que nada informa y nada aclara a los restantes accionistas, a los cuales, sin embargo, a pretexto de dicho informe, les ha sido negado el examen directo de la contabilidad y de sus comprobantes.

Y si de los accionistas Censores de la mayoría pasamos al Censor jurado de cuentas designado por la minoría, aun cuando la mención de la Ley haya podido satisfacer en un primer momento al Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, por lo que suponía de primer paso en el reconocimiento expreso de su función privativa —según su estatuto corporativo oficialmente aprobado—, no responde, sin embargo, al sentido y alcance que la función de la Censura de cuentas tiene universalmente reconocida. Primero, porque tal función aparece compartida con

la censura confiada a los llamados accionistas censores, de carácter y finalidad tan distinta, en cuanto designados por la misma mayoría que sostiene con sus votos al Consejo de Administración; segundo, porque no se regula en la Ley cuál deba ser la eficacia del informe de un Censor jurado contrario a la aprobación del balance sometido a la Junta; y tercero, porque llamado y propuesto el Censor jurado por un grupo de accionistas en posición minoritaria y disconforme, se corre el riesgo, por otra parte muy humano, de que la actuación de aquél sea o pretenda ser interferida por los propios accionistas minoritarios proponentes, restándole la libertad de juicio y la imparcialidad de criterio necesarios para un cabal desempeño de su delicada misión.

Tarea extraordinariamente difícil la que corresponde a estos Censores jurados de cuentas propuestos por la minoría, ya que aquel vicio de origen de su llamamiento puede impedir que cumplan de modo pleno las esperanzas que en su función hubieran podido depositarse. Estamos seguros de que el Instituto de Censores Jurados de Cuentas se habrá percatado de la extraordinaria importancia que para su futuro tiene el evitar que en esta su primera salida oficial la función no sufra ni se mixtifique, sino al contrario, salga fortalecida de la prueba.

Los problemas que la inserción de los accionistas censores al lado del Censor jurado de cuentas en el sistema de la Ley pueden plantear, son muy numerosos. Su sola enunciación bastará para confirmarlos. Así, en punto a la legitimación exigida para serlo, ya hemos visto cómo la Sentencia de 31 de mayo de 1937 los considera innecesarios en el caso de Sociedades de capital reducido y de tan escaso número de socios que no cuentan con los dos accionistas no administradores, rechazando la creación de accionistas ficticios para que

cumplan aquella función de censura; en cuanto a su carácter, el Tribunal Supremo los califica como mandatarios en su Sentencia de 3 de mayo de 1956, lo que viene confirmado por el precepto legal que ordena entregar un ejemplar del informe al primer firmante de la propuesta o al mayor votante de la misma, mientras que no falta quien, como URÍA, estime que se trata de verdaderos órganos, olvidando que la Exposición de Motivos declara expresamente que la omisión de un órgano esencialmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la gestión social ha sido deliberada; en lo tocante a su irrevocabilidad, dado que nombrados por la Junta que aprueba las cuentas del ejercicio anterior, declara la Ley que no cesarán en su función hasta el momento en que sean aprobadas las del ejercicio siguiente, no obstante lo cual, se ha estimado también que pueden ser revocados por la Junta general extraordinaria, aunque no se aclara si ésta puede proceder a nuevos nombramientos; y en fin, en punto a su sustitución, cuando los designados pierdan durante el ejercicio la condición de accionistas por enajenación de sus acciones.

Problema también interesante, por haber sido abordado por la Sentencia de 4 de noviembre de 1961, es aquel en el cual una mayoría de accionistas se desdobló en el momento de nombrar censores de cuentas para impedir que pudieran designar uno los socios minoritarios, actuación que se halla en manifiesta contradicción con el espíritu y la letra del art. 108 y con las Sentencias de 29 de marzo de 1960 y 28 de octubre de 1961, que reconocen a la minoría que discrepa, si llega al 10 por 100, la posibilidad de nombrar censor en la forma y manera que establece, pero nunca estuvo en su ánimo permitir que con una división del grupo mayoritario pudiera frustrarse el derecho que la Ley concede a la minoría.

Finalmente, en íntima relación con esta modalidad del derecho de información, y como complemento de ella, se ofrece la que sanciona el art. 109 de la Ley, al amparo de la cual «con carácter excepcional, y a solicitud de accionistas que representen, por lo menos, la tercera parte del capital social desembolsado, los censores deberán realizar en cualquier momento una investigación extraordinaria para aclarar los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen».

Respecto de este precepto, interesa hacer solamente dos observaciones: la primera, referida al elevado porcentaje exigido por la Ley para el ejercicio de este derecho, que proyectado sobre la Sociedad anónima familiar, presupone, en los accionistas legitimados, la posesión de una participación de tal cuantía que les permite estar representados en el Consejo de Administración, salvo en el supuesto de que la Sociedad esté estructurada bajo el régimen de uno o dos administradores únicos, ya que en un Consejo compuesto solamente de tres miembros, uno de los puestos correspondería necesariamente al representante de la minoría peticionaria, por virtud del sistema de representación proporcional sancionado por el art. 71 de la Ley, mientras que si lo proyectamos sobre la gran Sociedad anónima, bastará recordar el cuadro antes ofrecido, para darse cuenta que en cualquiera de las sociedades allí comprendidas, la cuantía de la participación exigida va desde los 33.333.334 de pesetas hasta los 5.000.000.000 de pesetas, cifras por sí solas suficientemente expresivas de lo impracticable del derecho de solicitar en estas Sociedades una investigación extraordinaria de la contabilidad con arreglo al citado art. 109 de la Ley.

La segunda observación se refiere a decidir si los accionistas peticionarios tienen derecho a que les sea

comunicado el resultado de la investigación extraordinaria realizada. En nuestro sentir, la solución, por analogía con lo dispuesto en el art. 108 para el informe emitido por el Censor jurado de cuentas, debe ser afirmativa, debiendo entregarse un ejemplar del informe al Presidente del Consejo y otro al primer firmante de la propuesta o al mayor accionista de los que la hubieren votado.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que el sistema de censura de cuentas en la Ley española no ofrece ninguna garantía de seriedad, por lo que no puede cumplir la función fiscalizadora que le estaba asignada, ni en garantía de los accionistas, ni de los acreedores. Respecto de los primeros, porque resulta muchas veces difícil, cuando no imposible, en razón al porcentaje de capital exigido, el ejercicio por la minoría del derecho a designar un censor de cuentas profesional, miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, que sería el único que estaría en condiciones de actuar con la debida independencia y objetividad; y respecto de los acreedores, porque en la mayor parte de los casos aquella censura ficticia, realizada por accionistas designados por la misma mayoría que con sus votos sostiene al Consejo, muchas veces profanos en materia contable, no puede o no se atreve a formular los reparos y objeciones que estimaren adecuados, con el fin de enderezar la administración y la contabilidad de la Sociedad.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DEL ACCIONISTA A LA INFORMACIÓN

1. *Su configuración en la Ley española*

Complemento natural del sistema de censura de cuentas que acabamos de examinar es el derecho del accionista a obtener de los Administradores una información suficiente para poder ejercitar con conocimiento de causa todos sus derechos en la Sociedad, especialmente el de voto, cuando de la aprobación de las cuentas del ejercicio y de la gestión de los Administradores se trata.

Sin embargo, al enfrentarse la Ley con tan «delicada» materia, según la califica la Exposición de Motivos, ha incurrido nuevamente en el error de enfoque tantas veces denunciado, sometiendo a una misma regulación el contenido y ejercicio de ese derecho en las medianas y pequeñas Sociedades anónimas y en las grandes Sociedades anónimas cuyos títulos se cotizan en Bolsa. Las consecuencias del error inicial se agravan, además, al abordar la regulación exclusivamente desde el conocido ángulo de la protección de los accionistas y muy señaladamente de los accionistas minoritarios, como si fueran ellos los úni-

cos interesados en conocer la situación económica de la Sociedad y la marcha de los negocios sociales, lo cual si puede ser cierto —con olvido de los acreedores— en las Sociedades de tipo familiar, es difícil de admitir cuando nos situamos ante una Sociedad que lleva sus títulos a la Bolsa y acude para su financiación al mercado de capitales, ofreciendo acciones a la suscripción pública o concertando empréstitos mediante la emisión de títulos obligaciones. No debe extrañarnos, por tanto, que la solución de la Ley sea parcial e insuficiente.

Cuando el tema se enuncia como simple derecho de información del accionista, tiene dos manifestaciones o vertientes claramente separadas en la Ley; una, el derecho a solicitar por escrito antes de la Junta o verbalmente durante ella, cuantos informes y aclaraciones se estimen precisos sobre los puntos comprendidos en el orden del día (art. 65); otra, el derecho de proceder al examen de los documentos contables a que se refiere el art. 108 de la Ley —Balance, Cuenta de pérdidas y ganancias, propuesta sobre distribución de los beneficios y la Memoria explicativa del ejercicio—, que junto con el informe sobre ellos emitido por los Censores de cuentas —unas veces sólo por los accionistas censores, otras, por éstos y por el Censor Jurado de Cuentas designado por la minoría—, los Administradores han de poner a disposición de los accionistas, en el domicilio social, durante los quince días anteriores a la celebración de la Junta (art. 110).

Se trata, por tanto, de dos diversas modalidades o formas de manifestación del derecho de información, configurando separadamente el derecho de información referido a los asuntos comprendidos en el orden del día, por vía de solicitud o interpelación antes o durante la celebración de la Junta general, y el de-

recho de información como derecho al examen de los documentos contables y del informe emitido sobre ellos por los accionistas censores de cuentas o por el Censor designado por la minoría. Complemento y soporte de esta segunda manifestación es el sistema de censura y verificación del balance y las cuentas del ejercicio a cargo de los censores de cuentas y cuyo informe constituye materia de examen por los accionistas en los quince días que preceren a la celebración de la Junta general llamada a aprobar el balance y las cuentas de la Sociedad, cuya escasa o nula eficacia ha quedado evidenciada en el apartado anterior.

2. *Derecho del accionista a obtener información sobre los asuntos del Orden del Día*

Como ya indicamos, el art. 65 de la Ley viene a dar rango legal a aquella manifestación del derecho de información que la práctica estatutaria de las Sociedades había venido admitiendo en sus Estatutos, bien como derecho de interpelación del accionista a los administradores, bien bajo la rúbrica un poco tónica de incluir en el orden del día un apartado de «ruegos y preguntas». Sin embargo, al quedar formulado dicho derecho en la Ley, se hace preciso analizar los distintos problemas que su ejercicio plantea, a muchos de los cuales ha venido a dar respuesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en estos últimos años.

Según el tenor literal del art. 65, el ámbito de este derecho se extiende a poder solicitar por escrito antes de la Junta o verbalmente durante la celebración de la misma, toda clase de informes y aclaraciones que los accionistas estimen precisos con vistas a la Junta de que se trate. La extensión de este derecho

viene sometida en la Ley a dos limitaciones: una, por razón de la materia al exigir se trate de asuntos comprendidos en el orden del día señalado para la Junta; y otra, en razón a la extensión, al condicionarlo a la circunstancia de que por el uso que de la información solicitada pueda hacerse, su publicidad no perjudique los intereses sociales, a juicio del Presidente.

Aun admitiendo como justificada la primera limitación de este derecho, al quedar contraído solamente a los asuntos comprendidos en el orden del día de la Junta, lo que lleva consigo una segunda restricción en cuanto al tiempo de su ejercicio —los quince días que la convocatoria debe preceder a la celebración de la Junta—, el verdadero problema se plantea por el hecho de dejar confiada a la facultad discrecional del Presidente la posibilidad de negar los informes solicitados, invocando posibles perjuicios sociales derivados de la publicidad, salvo que la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital desembolsado.

La expresión de la Ley al confiar al juicio del Presidente la determinación de si la publicidad de la información solicitada puede perjudicar o no los intereses sociales, sitúa esta facultad presidencial en un ámbito de absoluta discrecionalidad, que excluye la necesidad de que éste deba justificar la negativa, ya sea señalando el posible perjuicio invocado, ya enunciando las otras razones que pudiera tener para ello. Fácilmente se comprende el desmesurado alcance de esta facultad discrecional que se otorga al Presidente, que pone en sus manos la posibilidad de negar sistemáticamente cualquier información solicitada al amparo de este precepto, alegando un perjuicio ficticio o imaginario como razón formal de su negativa. Conocemos casos en que el Presidente requerido para ofrecer la información ha salido del paso afirmando

como justificación de su negativa, que la simple exposición de las razones que tenía para negar la información solicitada podría acarrear incluso perjuicios aún mayores.

Sólo en el supuesto de que la información sea solicitada por una representación de capital superior al 25 por 100 decae esta facultad del Presidente para negar los informes solicitados. Sin embargo, la medida de este porcentaje, aun admitiendo el principio que inspira la excepción, resulta excesiva en todas aquellas Sociedades cuyo capital alcanza una determinada dimensión, haciéndola innecesaria o impracticable. Lo primero, porque quien cuenta con una participación tan elevada lo normal es que tenga una adecuada representación en el Consejo de Administración, a través de la cual puede recibir y conocer la información deseada, sin necesidad de acudir al cauce del art. 65 de la Ley; lo segundo, porque si el ejercicio de este derecho de información, sin posibilidad de negativa por parte del Presidente, lo imaginamos en las grandes Sociedades anónimas, aquella cifra de capital requerida para que entre en juego la excepción puede alcanzar sumas tan ingentes que no acertamos a imaginarlas en manos de una minoría decidida a hacer valer sus derechos. Por otra parte, no se conjuga bien esta exigencia de la cuarta parte del capital desembolsado cuando a una minoría que sólo cuenta con la décima parte de dicho capital la propia Ley le reconoce el derecho de designar un Censor Jurado de cuentas, perteneciente al Instituto, que en el ejercicio de su función podrá examinar por sí mismo la contabilidad y todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos contables, ya que a través de él podrá conocer lo que el Presidente en uso de su facultad discrecional le hubiera negado.

3. *Derecho del accionista al examen de los documentos contables y del informe de los Censores*

La segunda manifestación del derecho de información se refiere al derecho de examen de los documentos contables preparados por los Administradores con vistas a la Junta general ordinaria y del informe sobre ellos emitido por los Censores de cuentas.

Al sancionar este derecho, el art. 110 del ordenamiento jurídico de las Sociedades anónimas se manifiesta con un criterio mucho más restrictivo que el viejo Código de Comercio, no sólo en cuanto a la índole de los documentos que pueden ser objeto de examen, sino al alcance y extensión de éste, que rechaza el examen directo y la investigación de la contabilidad por parte de los accionistas, para evitar que tengan acceso a los libros personas que hayan adquirido las acciones con la finalidad de penetrar en el secreto de la contabilidad para aprovecharse de este conocimiento con fines de competencia desleal, cuando no como instrumento de extorsión frente a la Sociedad o sus administradores.

Sin embargo, por expresa disposición del art. 110 de la Ley, este examen se limita solamente a los documentos mencionados en los arts. 102 y 108 de la misma, a saber: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria explicativa de la gestión social, así como el informe que sobre los mismos hayan evacuado los Censores de cuentas de acuerdo con el propio art. 108 de la Ley.

La razón de haber sustraído a los accionistas el examen directo de la contabilidad, es decir, de los libros y demás documentos comprobantes de los ba-

lances que se formen para manifestar el estado de la administración social, que con tanta amplitud como largueza les reconocía el art. 173 del Código de Comercio, se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley en la conveniencia de robustecer los poderes de los Administradores y la necesidad de poner los secretos de la empresa a cubierto de cualquier accionista indiscreto o malintencionado, todo lo cual ha inclinado a vedar al accionista aislado el derecho a investigar en la contabilidad y en los libros sociales.

El criterio de la Ley de negar al accionista aislado el acceso directo a los libros de contabilidad, sin duda tenía, en el pensamiento del legislador, como justificación y soporte natural, la existencia de los accionistas censores de cuentas, a los cuales, para preparar su preceptivo informe les permitió el art. 108 «examinar por sí o en unión de personas técnicas, la contabilidad y todos los antecedentes con la mayor amplitud», sin que los Administradores puedan limitar el derecho de examen de los censores salvo en caso de excepcional importancia, cuando así lo exija el interés social gravemente comprometido.

Si la censura de cuentas configurada en la Ley hubiera cumplido su verdadero cometido, los accionistas tendrían a su alcance una información que les ayudara a comprender esa álgebra para muchos ininteligible del balance y de las cuentas de resultados. Pero, como ya hemos dicho, el informe de los accionistas censores, por ser éstos de extracción mayoritaria, ha quedado reducido en la práctica a un mero trámite rutinario que, como decíamos anteriormente, nada informa y nada aclara a los restantes accionistas, a los cuales, sin embargo, a pretexto de dicho informe, les ha sido negado el examen directo de la contabilidad y de sus comprobantes. Es decir, que en sustitución de lo que se les ha negado —el examen

directo de los libros— apenas se les ha dado nada a los accionistas, con lo cual el derecho de información se ha volatilizado en forma tal que no cumple la misión que al mismo le había sido asignada, sirviendo, en cambio, a claros y evidentes fines de extorsión por parte de los accionistas que acuden a las oficinas sociales no tanto en busca de una información realmente querida, cuanto a la caza por sorpresa de una infracción formal por parte de los administradores de los requisitos del art. 110 de la Ley. Todos los que como Administradores o profesionales conocen de cerca la vida de las Sociedades anónimas, saben por experiencia que el ejercicio del derecho de información suele ser la antesala de un juicio de impugnación de acuerdos sociales.

4. *Nuevas orientaciones en orden al derecho a la información*

La configuración legal del derecho de información como derecho subjetivo no provoca para la Sociedad más que un correlativo deber de información por parte de los administradores obligados a cumplimentarlo, deber que, naturalmente, tiene un carácter recepticio. La información se debe a un socio determinado y sólo a él, es decir, a aquel que al amparo de la facultad que le concede la Ley acude a las oficinas sociales para examinar el balance y demás documentos contables, junto con el informe de los censores de cuentas.

Hoy, sin embargo, la cuestión se plantea y discute desde un ángulo distinto. De lo que se habla hoy, sobre todo cuando la institución se proyecta sobre las grandes Sociedades anónimas, es precisamente de una extensión, no tanto del derecho como del de-

ber de información de la Sociedad. Este deber de información de la Sociedad es, por consiguiente, un concepto más amplio y supera claramente las relaciones entre la Sociedad y los socios para proyectarse sobre la esfera económica, industrial y mercantil en que la Sociedad se mueve. Las exigencias que lo reclaman son las exigencias de la economía, del mercado de capitales, de la protección del ahorro público, etc.; no juegan tanto los socios presentes y actuales de la Sociedad cuanto los socios futuros y presuntos de la misma, es decir, los posibles inversores, los que en un mañana no lejano, han de confiar sus ahorros a la administración de la Sociedad.

Naturalmente, cuando las acciones alcanzan la difusión que caracteriza hoy todo el mercado de valores mobiliarios, cuando se muestran como el medio más apto para la inversión y canalización del ahorro público, cuando la función circulatoria del título hace continuamente mudable en sus componentes el grupo de accionistas, cuando surge lo que los ingleses designan, con expresión difícilmente traducible, la *market-ability* —acaso mercado-habilidad o capacidad de mercado de los títulos acciones—, es evidente que aquella constante fluidez, aquel continuo renovarse de los accionistas de la Sociedad, impide considerar a los actuales como únicos legitimados para ser titulares del derecho de información.

Cuando la Sociedad lleva sus títulos a la Bolsa, cuando hace llamamiento al ahorro para a través de él alcanzar su financiación, resulta extraordinariamente difícil considerar la Sociedad por acciones como un negocio exclusivamente propio de aquellas personas que en un momento determinado resultan ser accionistas. La continua y constante renovación del grupo de accionistas no consiente, apenas, establecer distinción alguna, desde este punto de vista,

entre accionistas actuales y accionistas futuros de la Sociedad. Por ello, el titular del derecho de información ya no debe ser quien en un momento o circunstancia determinada sea accionista de la Sociedad, sino ese conjunto indeterminado que integran el inversor actual y el inversor futuro. Del mismo modo, el sujeto pasivo de aquella pretensión, es decir, el obligado a satisfacer ese derecho, tampoco son en realidad los administradores frente a un accionista concreto, sino la propia Sociedad frente a todos, aun cuando, naturalmente, el deber de información haya de satisfacerse y cumplirse a través de sus órganos de administración.

Si debe ser protegido y es digno de protección quien ya es accionista, quien ya tiene puesto en riesgo su capital en la empresa, análoga razón de protección cabe predicar de quien se acerca o se dispone a colocar en riesgo su propio capital, y ello por una razón elemental, a saber, que sólo lo que se conoce se quiere o se rechaza. Salvo contadas excepciones el futuro accionista, el inversor o ahorrador, no sabe de las Sociedades en que pretende invertir sus ahorros más que aquella fría noticia que pueda darle la publicación de un balance o la cotización del título en la Bolsa. Para suplir esta deficiencia informativa, acostumbra a acudir al consejo de un experto en materia bursátil, pero incluso este experto, casi siempre el propio mediador oficial, carece de la necesaria información y tiene que buscarla por todos los medios imaginables. Otro tanto ocurre con los redactores financieros, que al no recibir información directa y objetiva de las Sociedades, se ven precisados a buscarla por los medios a su alcance, con el riesgo, muchas veces, de que la que se les suministra no responda a la realidad o, lo que es peor, sea una información tendenciosa.

Nos hallamos, por tanto, ante un problema en el que no están interesados solamente los accionistas presentes de la Sociedad, sino también los futuros, es decir, que no se trata tanto de proteger a un singular accionista como de otorgar la debida y necesaria protección al ahorro público con toda la trascendencia que esta afirmación encierra. Los deberes de corrección, de lealtad, de buena fe que se pregonan para los administradores frente a los accionistas, no hay razón, cuando los títulos acuden al mercado de capitales, para que no tengan la misma vigencia frente al ahorro abstractamente considerado, porque el abstracto interés comercial de los titulares del ahorro a poder realizar una inversión segura y rentable de sus disponibilidades, es, si no igual, sí del mismo rango que el de los accionistas actuales de la Sociedad.

No se nos oculta que esta configuración del derecho a ser informados ofrece una extraordinaria dificultad desde el punto de vista de la legitimación del titular de aquel derecho, por cuanto careciendo de la condición de accionista, solamente podría invocar su propósito de invertir una parte de sus ahorros en los títulos de una determinada Sociedad. Es precisamente esta dificultad la que aconseja la conveniencia de cambiar la configuración del derecho que estudiamos, para presentarlo desde el ángulo opuesto, es decir, con un *deber de información* por parte de la Sociedad, sin necesidad de ser previamente requerida.

Claro está que este deber de información, demandado por exigencias de protección del ahorro y del mercado de capitales, no aparece igualmente justificado cuando se trata de modestas Sociedades anónimas familiares o de reducido capital, que, como es sabido, han de buscar la financiación entre sus pro-

pios socios, sin hacer, por tanto, llamamiento alguno al ahorro público.

No es posible pretender aplicar la misma norma a situaciones tan radicalmente dispares. La Sociedad anónima que lleva sus títulos a la Bolsa tiene muy poco de común con la Sociedad anónima familiar, que se mantiene ausente de aquélla. Haber olvidado esto es acaso el más grave defecto que pueda imputarse a la Ley española de S. A.

Conviene, sin embargo, advertir, antes de seguir adelante, que cuando se habla de derecho y deber de información resulta necesario establecer una exacta delimitación o precisión de este concepto para distinguirlo de otro que le es muy afín, como es el de publicidad. Publicidad e información son conceptos distintos, que si bien pueden concurrir sobre una zona común, no deben confundirse. Ni aun cuando la información se considera desde el ángulo del deber de información de la Sociedad, puede equipararse a la publicidad. Mucho menos a la propaganda.

«El fundamento de la publicidad reside —según FOSCHINI— en la exigencia de tutela del interés a la notoriedad de aquellos datos reconocidos como socialmente relevantes por el ordenamiento jurídico concretamente considerado, exigencia que debe prevalecer sobre el interés opuesto a tutelar y mantener la reserva y el secreto de aquellos datos. La función de la publicidad es esencialmente la de suministrar pública noticia que haga posible una toma de conocimiento por parte de todos los que de alguna manera están en relación con la empresa. Esta forma de publicidad era ya conocida por los Códigos de Comercio y por las leyes especiales, si bien se limitaba a determinadas manifestaciones de la vida social, al exigir que las mismas tengan constancia en los libros del Registro Mercantil. La publicidad del acto constitu-

tivo, del aumento y reducción del capital social, de la emisión de obligaciones, de la modificación de Estatutos, del nombramiento y separación de los administradores, etc., son supuestos típicos de publicidad.

Incluso la obligación de publicar anualmente el balance, a que hacía referencia el art. 157 del viejo Código de Comercio, caracterizado como norma de orden público, entra también dentro de este concepto, aun cuando esta disposición no haya pasado a la nueva Ley.

Por el contrario, el derecho de información se proyecta sobre aquellos otros datos sustraídos al deber de publicidad y se concreta generalmente, con unos sujetos determinados, los socios, como derivado del contrato social y como un medio o presupuesto para el ejercicio del más sustancial de los derechos atribuidos al accionista, a saber, el derecho de voto. Esta es la configuración tradicional del derecho de información, la que informa casi todas las leyes y los fallos de la Jurisprudencia. En cambio, de deber de información en el sentido amplio a que antes nos referíamos, como algo que interesa a los socios llamados a emitir su voto en las Juntas generales, pero que interesa también a los futuros inversores, dispuestos a confiar sus ahorros a la Sociedad, no encontramos nada en la Ley, la que, por otra parte, al regular el derecho de información, somete a las mismas normas a las Sociedades anónimas familiares y a aquellas otras que acuden con sus títulos a la Bolsa buscando en el mercado de capitales la financiación para sus empresas, bien sea a través de la emisión de acciones o de obligaciones.

Finalmente, una última consideración debe merecer nuestra atención. El derecho de información del accionista no ha tenido «buena prensa» en los medios económicos y financieros de España. La razón

de ello quizá deba buscarse en el hecho cierto de que la honestidad y corrección que habitualmente es norma de los administradores de Sociedades españolas, hacía punto menos que innecesaria cualquier medida de fiscalización, y de otra, que el ejercicio de tal derecho por los accionistas individualmente considerados se estimaba injusto y contrario a la libertad de movimientos necesaria a la administración y a la confianza que la gestión exige, cuando no servía única y exclusivamente a los fines de extorsión antes mencionados. Sin embargo, esta doble razón invocada decae cuando nos situamos frente a Sociedades que conjuntan ingentes capitales, en las cuales aquella relación personal y de confianza entre socios y administradores ha de ser sustituida por la que deriva del conocimiento exacto de la forma en que aquellos cuantiosos capitales son administrados.

Cuando hoy, en todos los pueblos y en todas las modernas legislaciones o en los proyectos de reforma que actualmente se elaboran, el derecho y el deber de información alcanzan su verdadera dimensión para cumplir la alta finalidad que les ha sido atribuida, el problema no se plantea tanto desde el ángulo de la fiscalización y del control bajo el signo del recelo y la desconfianza, cuanto más sencilla y abiertamente, desde el ángulo de la información y el conocimiento de todo aquello que a los accionistas presentes, a los accionistas futuros, a los acreedores y a la economía en general, puede interesar sobre la marcha de la Sociedad.

En los momentos actuales, la nueva tendencia no se encamina tanto a perfeccionar un derecho de información, que se ha mostrado ineficaz en la mayor parte de los casos, cuanto a darle distinta orientación, distinto signo. No se trata tanto de buscar el perfeccionamiento de un detalle, de un dato, de si deben ser

cuatro o cinco los documentos que han de ser puestos a disposición de los accionistas, de si los días señalados para el examen deben ser diez, quince o veinte, de si la facultad de negativa del Presidente al derecho de información ha de estar condicionada a que ésta sea solicitada por accionistas que representen el 10, el 20 o el 25 por 100 del capital social, etc., como de cambiar radicalmente la configuración de aquel derecho, que si se estima necesario atenderlo en interés de los accionistas y de los demás sectores implicados en la vida de la Sociedad, no debe quedar subordinado exclusivamente a que éstos ejerciten singularmente su derecho.

Contrapunto de esta nueva configuración del derecho y del deber de información debe ser el evitar que su ejercicio, cuando se concede como derecho subjetivo a accionistas singulares, titulares individualizados, pueda convertirse en arma de coacción o de extorsión contra los administradores o contra la propia Sociedad. En contra de lo que ha sido norma informadora de gran parte de las legislaciones actuales, no se trata tanto de conceder al accionista singular un derecho absoluto a conocer todos los datos de la Sociedad, todos sus negocios, todas sus relaciones de suministro, todos los vínculos que se mantienen con empresas filiales, subsidiarias, etc., cuanto de ponerle en condiciones de decidir con conocimiento de causa, acerca de la bondad o de la normalidad de la marcha social, cuando periódicamente se le da cuenta de la misma y se pide su aprobación o reparos; de tomar posición sobre la conveniencia de aumentar o reducir su participación en la empresa o de retirarse de la misma, etc.

Si las informaciones ofrecidas por la Sociedad en virtud de aquel deber de información que propugnamos son completas y dadas de buena fe, entonces, la

negativa o limitación de aquel derecho singular, puede resultar justificada. En cambio, cuando la Sociedad se muestra reacia a comunicar a sus accionistas y al público en general aquellos datos que se consideran indispensables para que todos los interesados en la empresa no puedan alegar desconocimiento de su situación económica, de la marcha de los negocios, entonces, el derecho de información singular del accionista reclama nuevamente su imperio y se hace preciso atenderlo como un derecho mínimo reconocido en favor de quien confía sus capitales a la Sociedad.

Nadie debe llamarse a engaño, por tanto, si el derecho de información del accionista discurre en tales casos por cauces que no son los deseados, sirviendo a propósitos o fines de coacción y extorsión. Cualquier persona sensata puede darse cuenta de que los riesgos que derivan de una política de secreto y resistencia a la información bien entendida son grandes. A los responsables de la dirección de las Sociedades anónimas españolas corresponde la misión de hacer que decaiga la razón que todavía puede sustentar este derecho de información subjetivo concedido a todo accionista singular, porque ellos se han adelantado a cumplir un deber de información objetivo e imparcial, poniendo en conocimiento de todos los interesados en la marcha de la Sociedad, sean o no accionistas, aquellos datos que desde los respectivos puntos de vista puedan resultar necesarios.

CAPÍTULO IV

LA RECIENTE LEGISLACIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA CONFIRMA LA MAYOR PARTE DE LOS CRITERIOS SUSTENTADOS EN MATERIA DE CENSURA DE CUENTAS Y DEBER DE INFORMACIÓN

Si en la Segunda parte de este estudio nos preocupamos de señalar —aparentemente con exceso de detalle— cuál era la orientación que como denominador común informa en esta materia la reciente legislación preparatoria y complementaria de la política de desarrollo, fue precisamente para poder en este momento comprobar cómo el legislador español —adelantándose en este punto a muchos países europeos, que hasta ahora no han logrado que sus proyectos de reforma alcancen la sanción legal— ha comprendido la urgente necesidad de dictar normas especiales en materia de formalización de balances, censura de cuentas y derecho y deber de información que vinieran a corregir la deficiencia e ineficacia de las de carácter general contenidas en la Ley de Sociedades anónimas.

Naturalmente, la necesidad se ha hecho más sensible cuando el Estado se ha planteado el problema en presencia de las grandes Sociedades anónimas, ya

sean aquéllas que cotizan sus títulos en la Bolsa, ya aquéllas otras que por razón del tráfico ejercido o la índole de los intereses implicados en ellas, tales como los Bancos Industriales, Sociedades de Financiación de Ventas a Plazos, Sociedades de Inversión Mobiliaria, Sociedades Gestoras de Fondos de Inversión, etc., reclamaban una atención especial por parte del Gobierno.

Así, por ejemplo, en materia de formalización de Balances y cuentas de resultados, se ordenan en muchas de ellas la confección de estados complementarios, según la índole de la Sociedad, que figurarán como anexos del balance, entre los cuales merece especial atención la cuenta de gastos generales, como índice revelador de la austeridad del Consejo y de la Dirección; la cartera de valores de la Sociedad, de extraordinario interés para conocer no sólo la inversión de los fondos sociales, sino la política de participación en otras empresas, ya sea con fines de aseguramiento de suministros, ya con fines de control, etcétera.

Se exige, también, con carácter casi general, que el Balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y los estados complementarios anexos al mismo, sean certificados por dos miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, que serán designados anualmente, sin reelección posible —la reelección de los accionistas censores era otro de los vicios que la aplicación práctica de la Ley había revelado—, uno de los cuales será elegido por la Junta general de accionistas a propuesta del Consejo y otro por designación oficial o administrativa.

En materia de deber u obligación de información, con carácter de generalidad, en cuanto alcanza a todas las Sociedades anónimas que cotizan sus títulos en la Bolsa de Valores, se dispone en el art. 21 del

Decreto-Ley de 30 de abril de 1964, que dichas Sociedades estarán obligadas a facilitar a la Junta Sindical correspondiente, la Memoria, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Balance, certificados por técnico titulado, miembro del Instituto de Censores de Cuentas, así como cuanta información se considere oportuna, en la forma y tiempo que reglamentariamente se determine, advirtiendo que el incumplimiento de esta obligación podrá sancionarse dando de baja en la cotización los valores de referencia. Las Juntas Sindicales harán públicas las informaciones anteriores de forma que se asegure la mayor garantía y orientación de los inversores. He aquí una manifestación clara de ese deber de información que debe exigirse de las Sociedades cuando éstas acuden con sus títulos al mercado de capitales, y que, naturalmente, no tiene como sujeto legitimado al accionista como tal, sino al inversor presente o futuro de sus ahorros en los títulos de aquella Sociedad.

Especial interés en materia de derecho y deber de información ofrecen las normas reglamentarias sobre Sociedades de Inversión Mobiliaria, recogidas en el art. 9 de la Orden de 5 de junio de 1964, en las cuales puede apreciarse claramente la formulación del derecho de información del accionista en términos similares a los del art. 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, y a su lado, un deber de información de la Sociedad frente al Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo y frente a la Bolsa en que los títulos se coticen, y en fin, una obligación de publicidad en el Boletín Oficial del Estado, al modo como ya exigía el art. 157 del viejo Código de Comercio, precepto que, sin duda por haber caído en desuso, no pasó a la Ley de Sociedades Anónimas. Igualmente son de interés las normas que el art. 9 de la otra Orden de 5 de junio de 1964 establece en materia de informa-

ción y publicidad a que quedan obligadas las Sociedades Gestoras de los Fondos de Inversión, si bien en éstas la información más que a los accionistas de la Sociedad Gestora va dirigida a los partícipes en el Fondo y al público en general.

Se apunta ya en estas normas la necesidad de separar como instituciones distintas, que reclaman tratamiento jurídico también diverso, de un lado las Sociedades anónimas con reducido número de socios, que mantienen la dimensión de su capital dentro de ciertos límites, consagradas normalmente a cobijar a las medianas y pequeñas empresas de carácter eminentemente familiar y privado, para las cuales, con leves correcciones que aseguren su mayor eficacia, puede conservarse la actual regulación del derecho de información, y de otro, las grandes Sociedades anónimas, que acogen en su seno a un crecido número de socios, cotizan sus títulos en la Bolsa, buscan su financiación en el mercado de capitales, y cuya actividad acusa la presencia de un pronunciado interés público y social, para las cuales resultan totalmente insuficientes e ineficaces las normas de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de censura de cuentas y derecho de información, como lo confirma el hecho de que el Estado haya tenido que establecer otras más acordes con la mayor entidad de los intereses en juego, cuya generalización en trance de reforma ofrecería la enorme ventaja de que la misma no representaría una innovación substancial en esta materia, por cuanto son ya muy pocas las grandes Sociedades que por una u otra razón no quedan sometidas a los nuevos preceptos, al cotizar casi todas ellas sus títulos en la Bolsa.

CONCLUSIÓN

Pese a la desmesurada extensión del presente estudio, no se ha pretendido ni mucho menos agotar con él la extraordinaria y rica problemática que hoy tiene planteada la Sociedad anónima cuando de su posible reforma se trata. Nos hemos limitado deliberadamente a situarnos y tomar posición frente a aquellos problemas que hoy se debaten más vivamente en los medios jurídicos, económicos y financieros del mundo entero, procurando siempre proyectar su estudio sobre la realidad económica española y la forma en que la misma ha quedado atendida o desatendida por la vigente Ley de 17 de julio de 1951, sobre ordenamiento jurídico de la Sociedad anónima.

Si nos hemos atrevido a formular algunas sugerencias para una posible reglamentación ha sido con el exclusivo objeto de concretar en normas lo que sin ello podría parecer mera disquisición teórica y de crítica de la Ley actual. Ningún otro valor debe atribuirse a las mismas, ya que en cualquier caso han de ser sometidas a detenido análisis y crítica, ponderando debidamente su oportunidad, sus ventajas e inconvenientes, por parte de quienes, con mayor preparación y conocimiento de causa, sean llamados a resolver.

* * *

No quisiera cerrar estas páginas sin una consideración final. Podría creerse, a la vista de las desviaciones y abusos denunciados y de las dificultades con que se tropieza para encontrar remedio a los mismos, que la Sociedad anónima era una institución periclitante y en crisis que se trataba de salvar con normas de excepción, generalmente de carácter ortopédico, que al aplicarse no hacían sino pregonar los propios defectos y anormalidades de esta forma social, incapaz, sin ayuda de aquéllas, de cumplir la función que le corresponde en el concierto económico nacional.

Frente a tal pensamiento o creencia quiero yo que mis últimas palabras constituyan una *profesión de fe* en la Sociedad anónima, como forma insustituible de organización económica, capaz de servir a los fines políticos y económicos más dispares y la única que, pese a todo, continúa inspirando confianza a los inversores de capital y a los usuarios de los servicios públicos o semipúblicos a ella encomendados.

Bajo la forma de Sociedades anónimas se cobijan hoy por doquier los más importantes Bancos y Compañías de Seguros, las empresas de ferrocarriles, tranvías, transportes por carretera, las grandes empresas de agua, gas y electricidad, las explotaciones mineras y de construcción de obras públicas, los astilleros y las compañías de navegación marítima y aérea, las gigantes fábricas de locomotoras, automóviles, camiones, tractores, los altos hornos, las trefilerías y fundiciones, las industrias químicas, las empresas textiles, los grandes almacenes de depósito y los grandes bazares, etc. La lista podría continuar indefinidamente, pero no es necesario, pues, como ha observado RIPERT, todo el mundo cuando piensa en las Sociedades anónimas está

convencido de que no sabríamos pasar sin ellas. En las grandes ciudades no podríamos alojarnos, vestirnos, calentarnos, alumbrarnos, desplazarnos, ni siquiera distraernos, sin su concurso. No podríamos vivir, ni siquiera morir, pues Sociedades anónimas son también las que se encargan de las pompas fúnebres.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

EL MOVIMIENTO DE REFORMA EN EUROPA Y LAS ORIENTACIONES QUE EN EL MISMO HAN SIDO DEBATIDAS

I.	PERSISTENCIA DEL MOVIMIENTO DE REFORMA EN EUROPA . . .	11
II.	ASPIRACIÓN HACIA UN DERECHO UNIFORME DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. <i>La Sociedad anónima de tipo europeo</i>	19
III.	NECESIDAD DE CONSERVAR LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN JURÍDICO-PRIVADA. <i>La tendencia hacia la autosocialización y la concepción institucional de la gran Sociedad anónima</i>	29
IV.	LOS PROBLEMA DE LA ESTRUCTURA INTERNA DE LA EMPRESA DEBEN QUEDAR AL MARGEN DE LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. <i>El fenómeno de la integración del trabajador en la empresa, con especial consideración de la participación del personal en los órganos de gestión de la Sociedad anónima</i>	44

SEGUNDA PARTE

LOS IMPERATIVOS Y PRESUPUESTOS DE LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN ESPAÑA

I.	LAS RAZONES QUE ACONSEJAN LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN ESPAÑA Y EL PROBLEMA DE SU OPORTUNIDAD. . .	63
II.	LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, PENSADA PARA LA GRAN EMPRESA, DESATIENDE LAS EXIGENCIAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA FAMILIAR.	71

III.	EL MARCO LEGAL DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA TAMPOCO RESPONDE ADECUADAMENTE A LAS NECESIDADES DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS HOY ACOGIDAS A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS	77
IV.	LA NUEVA LEGISLACIÓN PREPARATORIA Y DE EJECUCIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO CONFIRMA LA NECESIDAD DE PROCURAR UNA REGULACIÓN ADECUADA A LOS DOS TIPOS ACTUALES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS	85
	1. <i>Dimensiones mínimas de la empresa y reforma de sus estructuras</i>	87
	2. <i>La gran Sociedad anónima como forma preferida por el Estado para el cumplimiento de su nueva política económica</i>	93
	3. <i>Posibilidad de obtener de la anterior exposición unos criterios indicadores con vistas a la reforma</i>	105

TERCERA PARTE

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS
CONCRETOS QUE REQUIEREN MÁS URGENTE
REFORMA EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL

SECCIÓN I. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

I.	LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO ÓRGANO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL	117
II.	LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS DE TIPO FAMILIAR.	
	1. <i>Dificultades que derivan del empate de votos en el seno de la Junta general que impide la adopción de acuerdos sociales</i>	119
	2. <i>Posibles soluciones de «lege ferenda».</i>	125
III.	LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL EN LAS GRANDES SOCIEDADES ANÓNIMAS.	
	1. <i>La presencia de dos clases de accionistas con intereses contrapuestos desnaturaliza el sistema legal de adopción de acuerdos</i>	129
	2. <i>El absentismo de los pequeños accionistas favorece la formación de mayorías artificiales merced al procedimiento de las delegaciones en blanco</i>	133
	3. <i>El ejercicio por los Bancos del voto de las acciones depositadas por sus clientes introduce un nuevo interés en el proceso de formación de la voluntad social.</i>	136
	4. <i>Bases para una posible reforma del art. 60.</i>	140

SECCIÓN II. LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

I.	CONSIDERACIONES GENERALES.	147
II.	EL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES.	
1.	<i>El sistema de representación proporcional para la designación de Consejeros.</i>	151
2.	<i>Conveniencia de abandonar el sistema de representación proporcional o garantías que, en caso de mantenerlo, se estiman aconsejables</i>	156
III.	NÚMERO MÍNIMO Y MÁXIMO DE CONSEJEROS.	
1.	<i>Conveniencia o no de su fijación legal</i>	158
2.	<i>Sugerencias para una posible regulación</i>	160
IV.	NÚMERO MÁXIMO DE PUESTOS DE CONSEJO QUE UNA MISMA PERSONA PUEDE OCUPAR.	
1.	<i>La justificación invocada en favor de la limitación en los países que la tienen establecida</i>	162
2.	<i>Esbozo de una posible reglamentación</i>	164
V.	LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.	
1.	<i>Las tendencias actuales en esta materia</i>	165
2.	<i>Módulos ponderados para determinar la participación.</i>	168
VI.	LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.	
1.	<i>Planteamiento general de la cuestión</i>	170
2.	<i>La diligencia exigida al Administrador como medida de su responsabilidad</i>	173
3.	<i>La tendencia a proclamar el carácter solidario de la responsabilidad de los Administradores</i>	176
4.	<i>La posibilidad de establecer la responsabilidad patrimonial ilimitada de los Administradores</i>	178
5.	<i>Legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la Sociedad, por los accionistas y por los acreedores</i>	181
A)	<i>El ejercicio de la acción de responsabilidad por la Sociedad.</i>	181
B)	<i>El ejercicio de la acción de responsabilidad por los accionistas</i>	185
C)	<i>El ejercicio de la acción de responsabilidad por los acreedores</i>	187
6.	<i>Conveniencia de canalizar el ejercicio de la acción de responsabilidad a través de un procedimiento especial similar al del Art. 70 de la Ley</i>	188
7.	<i>La responsabilidad penal de los Administradores.</i>	190
8.	<i>Líneas para una posible reglamentación</i>	192

SECCIÓN III. *LA CENSURA DE CUENTAS Y EL DERECHO
Y EL DEBER DE INFORMACIÓN*

I. AUSENCIA EN LA LEY DE UN VERDADERO ÓRGANO DE VIGILANCIA Y FISCALIZACIÓN	195
II. EL SISTEMA DE CENSURA DE CUENTAS EN EL ANTEPROYECTO Y EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS	199
III. EL DERECHO DEL ACCIONISTA A LA INFORMACIÓN	
1. <i>Su configuración en la Ley española</i>	209
2. <i>Derecho del accionista a obtener información sobre los asuntos del Orden del Día</i>	211
3. <i>Derecho del accionista al examen de los documentos contables y del informe de los censores</i>	214
4. <i>Nuevas orientaciones en orden al derecho a la información</i>	216
IV. LA RECIENTE LEGISLACIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA CONFIRMA LA MAYOR PARTE DE LOS CRITERIOS SUSTENTADOS EN MATERIA DE CENSURA DE CUENTAS Y DEBER DE INFORMACIÓN	225
CONCLUSIÓN	229