

# LA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

No es ahora nuevo en España este tema de la reforma de la sociedad por acciones. La mentalidad liberal que dictó en nuestro Código de comercio los artículos relativos a las sociedades mercantiles, tuvo su exponente máximo en la regulación raquítica de la sociedad por acciones. No sólo se preocupa el legislador de ahuyentar el fantasma de la intervención gubernativa en la vida interior de estas sociedades, siguiendo el ejemplo de la ley de 19 de octubre de 1869, sino que, llevando al mínimo también la intervención del legislador, reduce a veinticuatro artículos el aparato legal propio del sistema normativo, que en aquella época ya había tomado carta de naturaleza en todas las leyes. Y por si ello fuera poco, la mayoría de esos preceptos legales participa del carácter de Derecho dispositivo que en términos generales afirma el artículo 121 en materia de sociedades mercantiles. Posición ultraliberal que ya era censurable desde el punto de vista del Derecho mercantil privado, en el cual se atiende a establecer una separación neta entre las sociedades de responsabilidad ilimitada, como la colectiva, y las sociedades de responsabilidad limitada, como la anónima. En

efecto; mientras los socios respondan frente a los acreedores con todo su patrimonio particular, es lógico que puedan ordenar libremente sus recíprocos derechos y obligaciones: la esfera interna y la esfera externa de la sociedad están separadas por una línea tajante y aquélla se puede regular por preceptos legales puramente dispositivos. En cambio, cuando los socios no responden más que con los bienes aportados a la sociedad, toda la esfera vital de ésta debe quedar sometida a una reglamentación legal férrea que impida a los socios ordenar sus derechos y obligaciones de tal modo que puedan quedar reducidas o anuladas las garantías que los acreedores tienen en el patrimonio social.

Pero no es éste el único aspecto en el que la reforma de la sociedad anónima se ha planteado en nuestra Patria. Como problema previo a todo otro hace ya tiempo que se suscitó en España el tema de las relaciones entre la sociedad anónima y el Estado. Es decir: independientemente de la implantación por el legislador de un cuerpo de preceptos destinados a regular la vida de la sociedad por acciones, aparece el problema propiamente llamado del "intervencionismo del Estado en la sociedad por acciones". Se ha pensado si aquel sistema de libertad de constitución y funcionamiento de la sociedad anónima no debía ser revisado y moderado, en atención a la importancia de los intereses económicos que esta clase de sociedad pone en juego. En el año 1925 la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* abrió una información pública sobre el tema: *¿Debe el Estado intervenir en la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas?* La información demostró que nuestros financieros, abogados y profesos-

res seguían fieles al dogma liberal, que inhibe al Estado de toda intervención en la esfera económica.

Pero el tema de las relaciones entre el Estado y la sociedad anónima parece ser inherente a la propia naturaleza de la sociedad por acciones. La importancia de los intereses económicos ligados a las grandes empresas anónimas es causa de permanente contacto con el interés público y, por consiguiente, con el Estado. Esta relación inevitable se traducía en los primeros tiempos en una absoluta dependencia y subordinación de la sociedad anónima al Estado, quien se reservaba no sólo la facultad de su creación, sino la intervención y tutela en la vida de organismos nacidos a modo de filiales suyas; hoy se traduce en los países supercapitalistas en una subordinación del Estado a las grandes compañías, que transforman su poderío económico en poderío político y tienden a la dominación del Estado en cuyo seno actúan. Es verdad que en esta relación polémica entre el Estado y la sociedad anónima, ésta hubo de ceder a la penetración del interés público *socializándose*. Esta socialización de la sociedad anónima trae como consecuencia una debilitación del espíritu de lucro de los accionistas y una paralela reducción de sus derechos. De otra parte, el intervencionismo del Estado liberal en el terreno de la economía se manifestaba ya en los últimos tiempos no sólo frente a las empresas concesionarias de servicios públicos (v. gr.: compañías de ferrocarriles) o que gozan de algún privilegio estatal (v. gr.: Bancos de emisión), sino frente a las sociedades por acciones en general y como exponente de un progresivo intervencionismo del Estado en la economía privada libre.

Partiendo, pues, como realidad histórica perma-

nente, de esa conexión entre la sociedad anónima y el Estado, parece lógico que toda profunda transformación en la estructura y en la misión del Estado deba tener repercusión en el ordenamiento jurídico de la sociedad anónima. No olvidemos que este ordenamiento ha sido siempre reflejo de la configuración política del Estado. A la sociedad anónima del siglo xvii, basada en un régimen aristocrático bajo el principio de la desigualdad de derechos y del predominio de los grandes accionistas, sucede la sociedad anónima del siglo xix, que es en su organización una réplica exacta del sistema democrático imperante en la doctrina y en la realidad política: al poder absoluto de los grandes accionistas directores de la sociedad se sustituye el de la junta general como órgano soberano que funciona bajo la rigurosa aplicación del régimen de mayorías; al principio de la desigualdad sucede el de la igualdad de derechos para todos los accionistas. La sociedad anónima adopta en la época del apogeo capitalista la fisonomía de un pequeño estado democrático, con su Constitución (los Estatutos) y sus órganos representativos, deliberantes y ejecutivos (Junta de accionistas y Consejo de administración).

No podía quebrarse en España este paralelismo entre la evolución política y la evolución de la sociedad por acciones en estos momentos de renovación total política en que el viejo concepto del Estado liberal e inhibicionista en materia económica está siendo sustituido por un concepto totalitario del Estado que acude decididamente al campo de la economía privada, antes poco menos que vedado, para no abandonar una de sus misiones primordiales: la de asegurar las condiciones de vida del pueblo. Esto quiere decir que el tema de la re-

forma del Derecho de sociedades anónimas es un tema de forzosa actualidad en el momento español presente.

Pero cabe orientar de modo muy diverso la necesaria reforma de la sociedad por acciones. Lo más fácil sería emprender una reforma parcial y casuística que se contentase con llenar las lagunas de nuestro Código de comercio en esta materia. Tarea en verdad muy poco ardua si se piensa que en nuestro Código todo son lagunas, que fácilmente podrían llenarse tomando de aquí y de allá los preceptos necesarios que faltan en Derecho. A esta labor se redujo el proyecto de reforma español de 1926. Sus redactores se cuidaron exclusivamente del punto de vista técnico de la reforma, realizando una labor meritoria, pero que hoy estaría en desacuerdo con los imperativos políticos del momento. Por otra parte, aquel proyecto, incluso desde el punto de vista técnico, se desentendía de los problemas primordiales que ya en la época en que se publicaba eran tema de preocupación de los especialistas. Así se observa que al exponer los motivos de la reforma, sus autores se limitan a una mención casuística de las modificaciones de detalle que el proyecto pretendía realizar en el Código vigente. Pero quedaban fuera de su consideración problemas tan palpitantes como el del desprestigio de la concepción individualista de la sociedad anónima, que vivió hasta la guerra europea; el de la conveniencia de debilitar el poder de las juntas generales; el de la oposición entre la administración y los accionistas; el de la limitación de la forma de sociedad anónima para las grandes empresas; etc.

Hoy no sería oportuno acometer una reforma puramente técnica de la sociedad anónima. El nuevo Estado español ha formulado ya solemnes declaraciones

en materia de economía, y estas declaraciones programáticas han de ser tenidas en cuenta en toda posible reforma de la sociedad anónima. La reforma puramente ortopédica tiene que dejar paso a una reforma jurídico-política en el sentido más estricto de esta expresión. Mas con esto no queda enteramente resuelto el problema. Quizá su punto más difícil consista no en los principios, sino en la manera de aplicarlos de modo que la economía nacional no sufra ninguna perturbación, que sería doblemente peligrosa en un organismo hipersensibilizado por consecuencia del colapso sufrido durante la guerra en todo el territorio ocupado por el Gobierno rojo y por las dificultades propias de la postguerra en general.

Nuestro FUERO DEL TRABAJO, que contiene los principios constitucionales del nuevo ordenamiento económico español, ha formulado algunos postulados que inexcusablemente afectan a la sociedad anónima. Tales son los contenidos en el capítulo VIII del FUERO, donde se establecen los puntos de apoyo para un nuevo concepto de la empresa.

El Estado liberal regulaba la empresa sólo de un modo externo y tangencial. Y esta postura frente a la empresa era lógica y consecuente con la doctrina liberal que inhibía al Estado de toda intervención en los fenómenos de la organización económica. Si la empresa es una organización económica, quiere decirse que como tal organización no tiene trascendencia alguna al campo del Derecho. El Derecho mercantil, que aspira a ser el Derecho privado de las empresas, no penetra en la organización de la empresa. Y esta afirmación es válida también respecto de las empresas sociales, aun cuando por su propia naturaleza el Derecho de socie-

dades sea un Derecho de organización cuyo objeto es regular el funcionamiento interno de la sociedad. El Derecho de sociedades se refiere exclusivamente a los órganos de la sociedad, dejando fuera el sector de los elementos personales que trabajan dentro de la empresa sin formar parte de la sociedad (técnicos y obreros). El Derecho de sociedades no es, por tanto, un Derecho de organización de la empresa social más que en un aspecto parcial. La sociedad como comunidad de trabajo queda al margen del Derecho de sociedades, el cual no se ocupa del trabajo mismo ni de cómo se llevan a la realidad los objetivos sociales. La organización económica queda, pues, al arbitrio de los órganos administrativos de la sociedad. Como el Estado liberal se desentiende del fenómeno económico de la empresa, quiere decirse que no le interesa el modo de distribución de los beneficios, ni la participación que se adjudique al trabajo, ni la forma de estar atendidos los trabajadores, ni quién lleva la dirección de la empresa y si la lleva bien o mal desde el punto de vista del bien común. La organización interna de la empresa quedaba así abandonada a la omnimoda voluntad del empresario, fuese este empresario individual o social. El empresario gozaba de la más amplia autonomía para disponer aquella organización. Esta autonomía dió lugar a una subversión en la jerarquía de los elementos de la empresa, pasando a primer plano el capital como arma de dominación sobre los hombres. En la obra noblemente humana de la producción, los papeles se truecan: el hombre se convierte en instrumento del capital en vez de ser el capital el instrumento de los hombres para la producción. La necesaria separación entre capital y gestión característica de las sociedades anónimas fué explota-

da por el capitalismo financiero para dominar esta clase de empresas en las que el capital ha llegado a convertirse en empresario contra toda razón ética y económica.

Mas la posición del Estado frente a la empresa cambia radicalmente en España con la publicación del FUERO DEL TRABAJO: de la postura inhibicionista pasamos a la postura intervencionista en la empresa, porque se piensa que un Estado que quiera ser árbitro de la producción no puede desentenderse del modo cómo la empresa ordena sus elementos.

Tres son los postulados del Fuero del Trabajo que es menester tener presentes en la futura reforma de la sociedad anónima: A. La imposición de una jerarquía a los elementos de la empresa y la consiguiente reducción del capital a su naturaleza propia de instrumento de la producción. B. La responsabilidad del jefe de la empresa por la dirección de la misma. C. El destino preferente del beneficio de la empresa.

#### A.—EL CAPITAL COMO INSTRUMENTO DE LA PRODUCCIÓN.

La innovación fundamental en este punto consiste, efectivamente, en haber prescrito una jerarquía para los elementos de la empresa. El párrafo 2.º del capítulo VIII del Fuero del Trabajo dice que la empresa ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común. En la concepción del Fuero del Trabajo la empresa se compone, pues, de dos elementos fundamentales. Primero, los de categoría humana que desarrollan trabajo y que



son—siguiendo la terminología de José Antonio—“el bando del trabajo”, al que pertenecen por igual los obreros y el empresario. Segundo, los de orden instrumental, que son utilizados por aquellos otros en la obra de la producción. Dentro de la organización de la empresa, estos dos elementos han de estar precisamente en una relación de subordinación de los segundos a los primeros.

Ahora bien, precisamente esta jerarquía ha de imponerse en aquellos casos en los que el empresario no sea al mismo tiempo propietario de los elementos de orden instrumental. De la jerarquía que el FUERO DEL TRABAJO establece dentro de la empresa se desprende que el capital *por sí* no puede ser, nunca empresario porque es un simple instrumento de trabajo, tanto del obrero como del empresario. Pues bien, para estos casos en los que el capital está separado de la gestión de la empresa, el FUERO ha formulado una declaración especial al decir que “el capital es un instrumento de la producción” (párrafo 1.º, capítulo VIII). Declaración esta esencialmente anticapitalista y revolucionaria, pero que, en definitiva, no hace sino expresar en forma categórica uno de los principios básicos de la doctrina económica del Nacionalsindicalismo. José Antonio—pensamiento y verbo de la Falange—había hecho reiteradamente en sus discursos la crítica del capitalismo, comenzando por contraponer capitalismo y propiedad privada. “Precisamente uno de los efectos del capitalismo—decía José Antonio (9-V-35)—fue aniquilar casi por entero la propiedad privada en sus formas tradicionales... El capitalismo es la transformación más o menos rápida de lo que es vínculo directo del hombre con sus cosas, es un instrumento téc-

nico de ejercer el dominio". "Pero—añadía—el capital es un instrumento económico *que tiene que servir a la economía total* y que no puede ser, por tanto, el instrumento de ventaja y de privilegio de unos pocos que tuvieron la suerte de llegar antes."

Es claro que cuando José Antonio hablaba así—como cuando el Fuero del Trabajo, confirmando su doctrina, dice que el capital es un instrumento de la producción—no pensaba en las formas individuales de la empresa, es decir, en aquellas formas en las que el propietario, con sus propias fuerzas de trabajo y la de sus colaboradores, es capaz de cubrir todas las exigencias de la explotación industrial. Tampoco se piensa en aquella forma de asociación mercantil que responde a la conveniencia de complementar la capacidad de trabajo individual del empresario. Me refiero a la sociedad colectiva, la cual funda, como es sabido, una comunidad de trabajo entre los socios en la que todos son, al propio tiempo, empresarios y capitalistas. Se piensa más bien en aquellas otras formas de empresa en las que el empresario busca para su empresa el capital ajeno y asocia al capitalista a los resultados prósperos o adversos del negocio. Con esto entramos plenamente en el campo del Derecho mercantil.

Del grupo de las empresas en que hay separación entre el empresario y el capitalista hay que excluir desde luego aquellas formas de empresa en las que a la participación del capital no corresponde una participación en la gestión social. Tal es el caso de la sociedad comanditaria y de la asociación de cuentas en participación. El Derecho mercantil ha ordenado la vida de estas asociaciones sobre la base de imponer al asociado

capitalista la prohibición de inmiscuirse en la gestión de la sociedad.

Pero hay otra forma de empresa social, típicamente capitalista, en la que el capital no se ha contentado con obtener su participación en los beneficios, sino que se ha convertido en el soberano de la empresa. Esta forma es, todos lo saben, la sociedad anónima, en la cual se satisface plenamente la tendencia del capital a la dominación mediante su transformación de instrumento en árbitro de la producción.

Dado el gran número de participantes en el capital de la sociedad anónima, por regla general, era forzosa la separación entre capital y gestión: la identificación entre empresario y capitalista, que es posible cuando son pocos los propietarios de la empresa, se hace impracticable en cuanto los propietarios se cuentan por cientos o por miles. Mas lo que caracteriza la sociedad anónima no es esta separación entre la función del capital y la función del empresario, sino el hecho de que el capital haya mantenido dentro de ella su tendencia a la dominación, en lugar de reducirse al papel instrumental que éticamente le corresponde en toda empresa, cualquiera que sea su forma jurídica.

A esta exaltación del capital, a esta subversión de su función propia, contribuyó eficazmente la constitución democrática que la legislación liberal dió a la sociedad anónima, singularmente en España. La sociedad anónima adoptó la fisonomía del Estado parlamentario del siglo XIX. En su consecuencia, la junta general—órgano representativo de los capitalistas—se exalta al rango de órgano soberano, que funciona bajo la rigurosa aplicación del régimen de mayorías. Los accionistas, reunidos en junta general, deciden por el

sistema democrático de la mayoría acerca de todas las cuestiones importantes que afectan a la sociedad. Ciertamente, los accionistas no llevan por sí mismos la gestión de la sociedad. Pero se reservan la decisión soberana de todos los problemas relevantes de esa gestión. A la manera como en el régimen parlamentario el Parlamento no gobierna, pero se reserva la aprobación o desaprobación de los actos de Gobierno. Así vemos cómo la legislación liberal atribuye a la asamblea de accionistas desde la fijación del dividendo—que suele hacerse en consideración del interés egoísta del accionista y no del interés de la empresa en sí—hasta la revocación de los administradores—siempre expuestos a la revocación *ad nutum*, propia de la relación privada de mandato, en cuyo molde contractual los sitúa la ley—. De instrumento de la empresa el capital pasaba, pues, a ser empresario. Así lo quería la legislación liberal de la sociedad anónima.

Pero la realidad económica imponía sus exigencias por encima de las declaraciones legales, y en la práctica este señorío del capital llegaba a ser muchas veces puramente formulario. De un lado, los pequeños accionistas se desinteresaban de la marcha de la sociedad y dejaban de asistir a las juntas generales en las que, según la ley, habían de ejercitar el derecho de voto, que tenía carácter sagrado e intangible. Ellos no votaban porque no tenían interés, y siendo el interés la base de toda creación jurídica, esos derechos de voto fueron a encarnarse en un interés real y concreto: el interés de los Bancos depositarios de acciones. De aquí esa tremenda paradoja, consecuencia inevitable de la constitución democrática de la sociedad anónima: la

ley quería que el capital fuese dueño de la empresa, y la realidad consiente que las grandes empresas anónimas sean manejadas por los Bancos que no son dueños del capital...

Por otra parte, la administración de la sociedad se resistía a ser esclava de esas volubles mayorías de accionistas, sólo atentas a obtener un dividendo crecido, sin preocuparse del bienestar económico de la sociedad y mucho menos todavía del bienestar económico de la nación. Para reforzar su posición y para defender a la empresa contra sus accionistas, los administradores de las sociedades anónimas recurrieron a diversos procedimientos técnicos, todos ellos enderezados a eludir el influjo perturbador de las juntas de accionistas en la dirección de los asuntos sociales. Nacen así las llamadas *acciones de administración*, que se manifiestan, bien como acciones de voto plural, bien como acciones reservadas. Las primeras conceden una participación en la suma de votos de la sociedad mayor que la participación que corresponde a cada acción en el capital social. Queda, pues, rota la ecuación tradicional entre la medida del derecho de voto y la participación en el capital social, que era uno de los postulados clásicos de la sociedad anónima. Las segundas son aquellas acciones que se entregan a personas o entidades de la confianza de la sociedad, con el compromiso por parte de estos fiduciarios de emplear tales acciones de acuerdo con la administración. Por uno y otro camino lo cierto es que ya desde el punto de vista técnico el capital en las sociedades anónimas había sido reducido muchas veces a una posición secundaria.

De aquí se desprende que toda reforma del derecho de las sociedades anónimas, incluso la reforma pura-

mente técnica, habría de tener en cuenta estos hechos de la realidad económica, que consagra el fracaso de la concepción democrática en este sector del derecho de sociedades.

Mas en la reforma jurídico-política la debilitación de los poderes de la junta general y la reducción del capital a su posición propia de simple instrumento de la producción es, además, postulado elemental de la reforma que viene impuesta por los nuevos principios constitucionales económicos que formula nuestro Fuero del Trabajo.

Al mismo principio antidemocrático responde la nueva ley alemana de sociedades por acciones de 30 de enero de 1937. El legislador alemán ha recogido de la realidad esa pugna permanente entre la administración (personalidad) y la junta general (capital). Y en vez de buscar el refuerzo de la administración por el medio indirecto de las acciones de voto plural y de las acciones reservadas, comienza por eliminar estos recursos nacidos en el seno de la legislación liberal y precisamente como contrapeso a su concepción democrática de la sociedad anónima. El artículo 12, párrafo 2.º, de la nueva ley alemana prohíbe las acciones de voto plural, y sólo a título excepcional permite su creación cuando lo exijan el bienestar de la sociedad o los intereses de la economía nacional. Aparecen aquí, por primera vez, los conceptos de *bienestar de la sociedad* y de *interés de la economía nacional*, que eran completamente desconocidos en la legislación liberal y que pasan a primer plano en la reglamentación nacional-socialista de la sociedad anónima. Por su parte, el artículo 114, párrafo 4.º, limita extraordinariamente el ejercicio abusivo de las cesiones legitimadoras a los Bancos res-

pecto de las acciones en ellos depositadas, al prohibir al Banco ejercer el derecho de voto por virtud de acciones que no le pertenezcan, a menos que esté autorizado por escrito. Esta autorización ha de cumplir ciertos requisitos: ser dada a un Banco determinado, estar completamente llena al tiempo de la firma, no ir unida a otras declaraciones y no ser válida por un período superior a quince meses. En todo caso puede ser revocada en cualquier momento. Por consiguiente, ya no basta una simple cláusula de estilo, como era frecuente en los formularios de los Bancos, sino que se necesita un escrito separado y completo en su contenido.

Una vez suprimidos estos medios indirectos de refuerzo de la dirección, la ley alemana ataca directamente el poder soberano de las asambleas de accionistas, formulando en el artículo 103 el principio de que la junta general no puede deliberar sobre cuestiones que afectan a la administración más que a petición de la dirección de la sociedad. De este modo queda desmontado el principio de la soberanía de la junta de accionistas y se pone en manos de la dirección de la sociedad el ámbito de la competencia de la junta general. El aumento de los poderes de la dirección a expensas de los de la junta general es indiscutiblemente un postulado de la reforma de la sociedad anónima, que ha pasado a la categoría de texto legal en Alemania y que en España habrá de ser tenido presente en los trabajos de reforma. Es preciso consagrar definitivamente en forma legal una exigencia de la vida económica de las sociedades anónimas: la necesidad de que la dirección no sea estorbada en la gestión social por la junta de accionistas. Este principio se desenvuelve con todo rigor en la ley alemana, hasta el punto de que la junta de ac-

cionistas no tiene siquiera el derecho de deliberar sobre el balance. Mientras que bajo el imperio del Código de comercio de 1897 la presunción de competencia se establecía a favor de la junta general como órgano soberano en todas las cuestiones sociales, la nueva ley establece, por el contrario, que la asamblea de accionistas no puede decidir más que sobre materias expresamente previstas por la ley o los Estatutos. Mas por su parte los Estatutos tampoco pueden extender mucho la competencia de la junta, dado que, según el artículo 103, antes citado, las cuestiones relativas a la gestión no pueden ser sometidas a la junta general más que por medio de la dirección. Por su parte, la nueva ley, a diferencia del Derecho español vigente, enumera casi en forma limitativa las atribuciones de la junta general.

Los precedentes datos sobre la reforma alemana, que tan alto interés tienen para la futura reforma española de la sociedad anónima, inducen a la meditación antes de dejarse llevar, por la corriente demasiado fácil de los postulados políticos, que no podrían ser aplicados en todo su rigor a un cuerpo tan sensible como el de la sociedad anónima. En efecto, parece que todos estamos convencidos de que el sistema democrático ha fracasado en su aplicación a esta forma de sociedad mercantil. Pero nadie está convencido de que aquel sistema deba ser enteramente sustituido por el principio completamente opuesto de poner en manos de una sola persona la dirección de la empresa (*principio de caudillaje*).

El ejemplo de la reforma alemana es bien elocuente en este punto. El Nacionalsocialismo ha predicado siempre la responsabilidad personal del capitalista en sus empresas y la supresión del anonimado y de la libre-



negociación de las acciones, porque ella permite ejercer una influencia funesta en la economía nacional a las grandes fuerzas ocultas en la economía. Esta hostilidad se ha traducido en los trabajos preparatorios de la reforma. El presidente de la Comisión nombrada por el jefe de la Academia del Derecho alemán exponía, en un artículo escrito a fines de 1934, que se podría prescindir perfectamente de la sociedad por acciones si se tratase de legislar para el porvenir, pero que no se podrían destruir las sociedades por acciones ya existentes. Mas cuando se ha tratado de llevar a la ley los principios fundamentales formulados en este terreno por el programa nacionalsocialista, se ha podido comprobar que la realidad legislativa ha quedado muy por detrás de las declaraciones políticas programáticas. Ninguna de las reformas sensacionales que aquellos postulados de doctrina reclamaban se ha llevado a la práctica. Ciertamente, la Academia del Derecho alemán postulaba la introducción en el Derecho de las sociedades anónimas del principio de la jefatura (*Führer-prinzip*) en el sentido de que había que conceder no solamente poder muy amplio a la dirección, sino que había que concentrar todos estos poderes en manos de una sola persona como jefe de la empresa. La inquietud que estos propósitos produjeron en los círculos económicos fué bien recogida y expresada por el ministro de Economía, doctor SCHACHT, quien declaró que aquel principio no podría ser transportado esquemáticamente desde el terreno político al terreno económico; que los jefes no pueden ser creados por la voluntad del legislador y que éste debe prever instituciones en las que un jefe pueda desplegar sus energías, pero que permitan también prescindir del jefe cuando no exista ninguno. Por otra parte, no hay que

desconocer que si se quiere conquistar a los capitalistas no se les puede retirar todo derecho a controlar la gestión de la sociedad. Por tanto, la asamblea general debe seguir siendo el órgano de los accionistas. El hecho es que en el proyecto definitivo se eliminó definitivamente el *Führer-prinzip*. En último término es forzoso convenir que las reformas de tipo político en la sociedad anónima alemana se han reducido a la restricción del anonimado, al aumento del poder de la dirección y al refuerzo de la influencia del Estado y del interés público. Pero la sociedad anónima, como forma social que funciona sobre la base de la participación de todos los accionistas mediante el ejercicio de un derecho de voto irrevocable, sigue viviendo en la economía nacionalsocialista y se adapta a sus postulados como antes se adaptaba a los postulados del liberalismo económico.

Estos antecedentes deberán ser tenidos muy en cuenta al abordar nuestra reforma para moderar, en armonía con las exigencias vitales de la sociedad anónima, el principio formulado en nuestro Fuero del Trabajo, según el cual el jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma (VIII, 3). Este principio, que se formula como antecedente lógico del principio de la responsabilidad, del que en seguida hablaremos, no debe entenderse ni en el sentido de que el empresario en una sociedad anónima sea el capital, y por tanto los accionistas reunidos en junta general sean los árbitros de la empresa, ni tampoco en el sentido de que sea necesario concentrar todos los poderes de la sociedad anónima en las manos de una persona que asuma su dirección sin ingerencias de nadie.

Ni el capital debe serlo todo en la sociedad anóni-

ma ni puede dejar de ser elemento esencial en este tipo de sociedades. Sería insensato querer privar a la sociedad anónima de su carácter capitalista. Nace precisamente como sociedad en la cual lo decisivo es el capital y no la personalidad. Nace como un capital con personalidad jurídica. Lo personal pasa a segundo plano y encuentra su cauce adecuado en los tipos de la sociedad anónima y de la sociedad en comandita. Pero esto no significa que el capital por sí lo sea todo en la sociedad anónima. No puede serlo por sí solo, porque, en primer término, el capital ha de ser administrado por alguien, y, en segundo lugar, porque lo que da valor a las aportaciones de capital es justamente la organización colectiva, sin la cual nada representaría. Como cualquiera otra empresa, la sociedad anónima es un fenómeno de la organización económica, es decir, una puesta en comunión de capital y de energía de trabajo para conseguir una ganancia. El capital es un elemento de la empresa, un instrumento de la producción al cual tiene que unirse inexcusablemente el trabajo como elemento vivificador suyo. La sociedad anónima no es un conglomerado informe de elementos materiales y espirituales (hombres, interés, acciones, máquinas, etc.), sino que es un organismo regido por una idea que vivifica aquel conjunto y lo transforma de simple conglomerado en empresa viva. De aquí se desprende que el capital ha de subordinarse a la organización, el dinero a la idea organizadora. Y a esta razón de ética y de economía se une el hecho de la experiencia, que demuestra no ser posible el funcionamiento de una sociedad anónima en la que el capital representado en la junta de accionistas pretenda llevar la gestión o inmiscuirse constantemente en ella. A la idea del capital se sobrepone el de la corporación.

El toque está en contrapesar hábilmente los poderes de la dirección con los de la junta general, como ha hecho el artículo 103 de la ley alemana, reduciendo la competencia de la junta general a los casos expresamente previstos por la ley y por los Estatutos y estableciendo como principio el de que la junta no puede deliberar sobre cuestiones relativas a la administración más que a solicitud de la propia dirección de la empresa. Lo fundamental es que la dirección de la sociedad no pueda ser perturbada en su gestión administrativa por la junta general. Para ello sería preciso seguir el sistema inverso al de nuestro Código de comercio, cuando, en su artículo 151, fija la competencia de la junta general a los asuntos propios de su deliberación, pero sin decir cuáles son éstos. En lugar de emplear esta fórmula vaga, la competencia de la junta general debe ser limitada taxativamente en una lista de atribuciones legales.

#### B.—LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

En la legislación liberal, la empresa se consideraba como un coto cerrado a la ingerencia del legislador. Si la empresa es un fenómeno de la organización económica y el Estado liberal se abstiene en lo posible de intervenir en el terreno económico, es natural que la legislación abandonase a la empresa en manos del empresario, como si fuera cosa propia de éste y sin trascendencia alguna para el bienestar común. Por eso la responsabilidad del empresario se configuraba en la legislación liberal únicamente desde el punto de vista jurídico, tanto externo, o sea de las relaciones contractuales, como interno, o sea de la responsabilidad del administrador frente a los so-

cios en las empresas sociales... La mente del legislador liberal era inaccesible a la idea de que el empresario, al dar vida mediante la organización de su empresa a diferentes elementos de la producción, desempeñaba una verdadera función social, y en tal carácter había de responder de esta función ante el Estado, independientemente de la responsabilidad que pudiera contraer en la esfera jurídico-contractual o en la esfera estatutaria interna. El legislador liberal pensaba que las culpas del empresario como organizador de las fuerzas de la producción tenía su sanción automática en el descrédito o en la ruina económica de la empresa. ¡Cómo si la empresa no fuese una pieza más del engranaje total económico de la nación!

Con la *Carta del Lavoro Italiano* nace la concepción de que la empresa ha dejado de ser organización de interés privado. Si a la producción se le asigna un carácter social, ese mismo carácter trasciende a la empresa como organización de fuerzas productoras. La consecuencia de esta nueva concepción deriva por sí misma: si la organización privada de la empresa es una función de interés nacional, el organizador de la empresa debe ser responsable frente al Estado de la dirección que imprima a la producción. Esta declaración contenida en la *Carta del Lavoro* (VIII) formula por primera vez en un documento legislativo el principio de la responsabilidad del empresario, como resultante de otros principios básicos de la concepción económica fascista: de un lado, el principio de la iniciativa privada (principio anticomunista); de otro lado, el principio del interés nacional preferente (principio antiindividualista). Si el empresario es responsable de la dirección que imprima a su empresa, es precisamente porque se le considera como depositario

de una función pública de cuyo ejercicio ha de rendir cuentas al Estado.

De acuerdo con estas ideas, nuestro FUERO DEL TRABAJO establece que "El jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma, siendo responsable de ella ante el Estado" (VIII-3).

La mera enunciación de este principio ya nos está diciendo que no se trata aquí de formular otra vez el dogma liberal de la responsabilidad jurídica de los administradores de la sociedad anónima. Es sabido que en las sociedades de tipo capitalista, al separarse las cualidades de socio y administrador, la responsabilidad de éste se formula según los principios del mandato. En este sentido, el artículo 156 de nuestro Código de comercio establece que los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si, por las infracciones de las leyes y Estatutos de la compañía o por la contravención de los acuerdos legítimos de sus juntas generales, irrogaren perjuicio y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata. La responsabilidad, según este precepto, es, pues, doble: como mandatarios y como órganos encargados de cumplir la ley y los Estatutos de la sociedad. La responsabilidad de la segunda clase se determina por la realización de actos contrarios de las normas legales coactivas, a los Estatutos y a los acuerdos de la junta general, de la que los administradores son el órgano ejecutivo.

Ahora bien, esta clásica concepción legal de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima fué ya sometida a revisión dentro de la propia

doctrina jurídico-liberal en los últimos años. La realidad en el derecho vivo de las sociedades anónimas era que los grandes accionistas tenían un influjo decisivo en la marcha de la sociedad. Parecía, pues, equitativo imponerles también una responsabilidad paralela a esta posición preeminente, una responsabilidad que excediese del campo del Derecho privado al campo del Derecho público, una responsabilidad que no fuese la simple responsabilidad derivada de las normas del mandato, una responsabilidad, en fin, de más amplio vuelo: la responsabilidad social que contrae el empresario como organizador de los elementos de la producción y por la dirección que imprima a esta producción. Mediante la organización de su empresa el empresario dispone de un efectivo poder social de cuyo ejercicio tiene que rendir cuenta ante el Estado. He aquí la antítesis más importante entre la doctrina falangista y la concepción liberal. Según esta concepción, el empresario es socialmente irresponsable, su responsabilidad se desenvuelve por cauces estrictamente jurídicos, tanto externos, o sea de las relaciones contractuales, como internos, o sea, de la responsabilidad del administrador frente a los socios en la empresa social (mandato).

Queremos decir con esto que la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima va a ser ahora doble: habrá una responsabilidad de carácter externo o social y una responsabilidad de carácter interno o estatutaria. La primera será de tipo público; la segunda, de tipo privado.

a) La responsabilidad social y económica es difícil de formular en una declaración legal. La ley alemana de 1937 se contenta con decir (art. 70) que la Dirección bajo su propia responsabilidad ha de dirigir la sociedad

de modo que sirva tanto al interés de la empresa y de su personal como al bien común del pueblo y del Imperio. Este principio impone a los administradores de la sociedad ciertas obligaciones sociales que son comunes a todos los jefes de empresas como organizadores de las fuerzas de la producción. Obligaciones que no solamente se refieren a los accionistas para procurarles un beneficio, sino a los trabajadores y a los empleados de la empresa, que también colaboran en la obtención de ese beneficio. Junto a estas obligaciones hay otras de tipo económico impuestas por la necesidad de que toda empresa se subordine a las exigencias de la economía nacional y al bien común. La sociedad anónima ha de articularse dentro del organismo de la economía nacional. Los intereses de la sociedad han de subordinarse a los intereses del bien público. Esta jerarquía y esta subordinación han de constituir tema preferente de las preocupaciones de los administradores, los cuales no deben olvidar nunca que los valores patrimoniales a ellos confiados no afectan sólo al interés de los accionistas y de los acreedores de la sociedad, sino que constituyen también parte integrante del patrimonio nacional, cuya conservación y aumento es misión de todos los productores españoles. Como fiduciarios y depositarios de una parte del patrimonio nacional, los administradores de la sociedad anónima contraen una delicada responsabilidad.

Ahora bien, no es fácil establecer un procedimiento para hacer efectiva esta responsabilidad ni para armonizarla con la responsabilidad de tipo estatutario que incumbe también a los administradores. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un consejo de administración que se negase a cumplir los acuerdos de la junta general por estimarlos contrarios al bien común. Diremos tan sólo



que en definitiva la responsabilidad social y económica conduce lógicamente a su destitución y, en definitiva, a la disolución de la sociedad. Cuando una sociedad por acciones representa un peligro para el bien común, singularmente porque sus administradores quebranten gravemente la ley o los principios de una gestión económica consciente, el Estado, como defensor del bien común, ha de tener derecho para disolver esa sociedad cuyo funcionamiento se demuestra como peligroso. Ciertamente, no será fácil determinar en cada caso si la sociedad amenaza o no con sus actividades al bien común. Lo que importa destacar es que no se necesita aquí recurrir al concepto jurídico clásico de la culpa de los administradores. Basta con que objetivamente exista una violación de las leyes o de los principios de una gestión económica prudente.

Pese a todas las dificultades de realización de este principio de la responsabilidad social, lo cierto es que está declarado ya como norma programática en nuestro FUERO DEL TRABAJO, que constituye, sin duda, el ordenamiento constitucional de nuestra futura economía. Es más, las declaraciones del FUERO DEL TRABAJO en este orden han recibido ya aplicación concreta en alguna ley vigente como es la ley de protección y fomento de la industria nacional de 24 de noviembre de 1939, cuyo artículo 8.º establece que, en el grado de sus respectivas atribuciones, los jefes directores de las empresas son responsables ante el Estado del cumplimiento, con elevado espíritu de subordinación al interés nacional, de las disposiciones y orientaciones del Gobierno que en cada momento rijan para la industria, responsabilidad que será exigida subsidiariamente, en sus casos, a los Con-

sejos, Juntas u organismos a quienes en grado superior pudiera corresponder.

b) Dentro del campo del Derecho privado tradicional era también injusto eximir de responsabilidad a los directores de la empresa anónima y a los grandes accionistas que tenían influjo decisivo en la marcha de los asuntos sociales. Así como "nobleza obliga", también obliga el influjo decisivo en la sociedad. No era equitativo tener amplios poderes de disposición sobre el capital ajeno para limitarse luego a responder como un simple mandatario según el dogma de la culpa contractual.

En Norteamérica comenzó a desarrollarse la idea de la responsabilidad ilimitada de los accionistas mediante la institución del "statutory liability". Recientemente Francia, que en política se encuentra todavía en el camino de las vacilaciones, ha abordado decididamente el problema de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima, y la ley del día 22 de septiembre de 1940 impone al presidente del Consejo de administración la responsabilidad propia del comerciante individual en materia de quiebras, para descargar sobre su propia persona las penalidades de la quiebra aun cuando el quebrado no sea él, sino la sociedad que administra. Dice así el artículo 4.º: "Se considera como comerciante a los efectos de la aplicación de la presente ley al presidente del Consejo de administración de la sociedad. En caso de quiebra de ésta, será sometido a las prevenciones establecidas por la ley de Quiebras. Por otra parte, en caso de quiebra de la sociedad, el Tribunal civil, a instancia del síndico, puede decidir, en caso de insuficiencia del activo, que las deudas sociales, hasta el importe que se fijará, sean soportadas ya por

el presidente, ya por los administradores, ya por alguno de ellos con o sin solidaridad. Mas esta materia de responsabilidad de los administradores es de las más delicadas dentro de la sociedad anónima. Los legisladores se abstuvieron prudentemente de reformas demasiado audaces y se ocuparon más bien de prevenir irregularidades en la administración, sobre todo mediante la institución de los expertos contables. La acción de daños y perjuicios llega casi siempre demasiado tarde y no sirve de gran cosa porque el perjuicio suele sobrepasar con mucho la fortuna de los culpables. De otra parte, ésta acción puede ser muchas veces abusiva y vejatoria.

Para evitar abusos lo mejor sería establecer en la ley una lista de supuestos concretos de responsabilidad en la que se recogiesen los casos más frecuentes de violación de los principios fundamentales de la sociedad anónima en materia de integridad del capital social, distribución de beneficios, devolución de aportaciones, emisión de nuevas acciones, etc. Los principios de la reforma en esta materia podrían ser los siguientes: 1.º Un aumento de la capacidad técnica personal de los directores en relación con la del simple comerciante que por no manejar más que sus propios fondos puede exponerlos a mayores riesgos. 2.º Una inversión de la carga de la prueba estableciendo en contra de los directores una presunción de culpa y de solidaridad entre ellos. 3.º Finalmente, una extensión en cuanto a los posibles titulares de la acción de responsabilidad para incluir entre ellos a los acreedores de la sociedad. En compensación se denegaría toda acción de responsabilidad a favor de los accionistas individuales, y se limitaría el

ejercicio de tales acciones a la sociedad como persona jurídica.

Y claro es que cuando hablamos de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad no nos referimos en modo alguno a la responsabilidad por el fracaso económico de la gestión, siempre que este fracaso no sea debido a culpa de los administradores. Ningún administrador de sociedad anónima puede comprometer su responsabilidad por el futuro éxito de su gestión, y ninguna empresa anónima encontraría a este precio administradores honestos y capaces.

### C.—EL DESTINO PREFERENTE DEL BENEFICIO DE LA EMPRESA.

Nuestro Código de comercio ofrece en este punto un espectáculo curioso. Llevando hasta el terreno de lo paradójico el principio liberal que manda al legislador abstenerse de intervenir en la vida interna de las sociedades (así se hace expresamente en la Exposición de motivos), nuestro Código de comercio se ha inhibido totalmente ante la mayoría de los problemas fundamentales de la sociedad anónima. Esta inhibición es inexplicable en materia de derechos individuales del accionista, que están reconocidos en otros Códigos de la misma época como uno de los supuestos esenciales en los que descansa la reglamentación de la sociedad por acciones. Nuestro Código guarda silencio sobre el derecho de dividendo que es en definitiva para el accionista el motivo determinante de su ingreso en sociedad y de los demás derechos accesorios del de dividendo que tienen en otras legislaciones carácter positivo e inalienable. Tal es

el derecho de voto. Del silencio de nuestro Código se deduce que, tanto el derecho de dividendo como el derecho de voto, pueden ser o no reconocidos en los Estatutos de la sociedad anónima sin quebrantar por eso las normas del Código de comercio. El Código ha puesto en manos de los fundadores la posibilidad de construir a su antojo la sociedad reduciendo a cero los derechos del pequeño accionista. La razón es la misma que ya conocemos: el Código no contiene una reglamentación de la sociedad anónima, sino más bien el solar para una reglamentación de la sociedad anónima.

De esta postura inhibicionista en materia de dividendos pueden derivarse consecuencias incalculables. La junta general puede hacerlo todo: o distribuir a título de dividendo el capital social, o no distribuir ningún dividendo, o distribuir dividendo a unos accionistas y a otros no.

Y no es esto sólo. Tampoco el Código de comercio nos da norma alguna para saber si realmente existe ganancia en la sociedad anónima, es decir, si existe la base económica indispensable para poder hablar de dividendo. La razón es que nuestro Código de comercio nada dice acerca de la formación del balance en la sociedad anónima. Sin duda estima suficiente en este respecto la buena fe de los administradores y la pericia de los elementos contables de la sociedad, olvidando que el balance cumple una función genuina en la sociedad anónima distinta de la función que cumple en otras sociedades. El Código se ha limitado a dictar unas normas sobre el derecho de contabilidad formal (libros que han de llevar los comerciantes, su legalización y modo de llevarlos), pero se ha abstenido de dictar un cuadro de normas sobre

la contabilidad material de las sociedades anónimas, cosa que era inexcusable.

En efecto, el Código se limita a imponer a las sociedades anónimas la obligación de publicar anualmente en la *Gaceta* el balance detallado de su situación económica (art. 157). Mas si a los comerciantes en general se impone el balance como medio de determinar su situación económica y de apreciar la ganancia, en la sociedad anónima el balance tiene una significación mucho más extensa, por cuanto afecta no sólo al interés de la sociedad y de los accionistas, sino al interés de los acreedores sociales y del público en general. Sólo a través del balance pueden los acreedores saber si existe o no en la sociedad un patrimonio vinculado por la cifra del capital social y afecto a las responsabilidades sociales. Sólo a través del balance pueden los acreedores saber si al final de un ejercicio existen realmente ganancias o si la sociedad va a repartir como ganancias bienes que deben estar afectos al capital social.

Nuestro Código de comercio no ha querido enterarse de la función que desempeña el capital social en la sociedad anónima como cifra de garantía para los acreedores sociales y para los futuros accionistas. Y si esta cifra fijada en la escritura significa la declaración de que los socios han ofrecido aportar a la sociedad un conjunto de bienes equivalente a esa cifra, y que la sociedad asume la obligación de conservar en interés de los acreedores un patrimonio igual, se comprende el interés de los acreedores en que el patrimonio no quede reducido a una cifra inferior a la del capital social. La garantía mínima de los acreedores exige que a la cifra del capital social corresponda en la realidad un conjun-

to equivalente de bienes patrimoniales. Los acreedores no pueden evitar que ese patrimonio disminuya por consecuencia de pérdidas en el negocio, pero tienen derecho a impedir que se reparta como ganancia entre los socios o en concepto de devolución de las aportaciones. El medio para conseguirlo consistirá en asignar al capital social en el balance la función de una cifra de retención en el sentido de que no se puedan repartir ganancias si no hay un exceso de bienes patrimoniales sobre aquellos que cubren la cifra del capital social. A partir de ese momento, todo exceso está a disposición de la sociedad y puede ser distribuido entre los accionistas como ganancia.

Ahora bien, cuando la ley no dice nada sobre el concepto de beneficios, ni sobre la formación del balance, ni sobre la función del capital como asiento del pasivo, ni sobre la constitución de reservas, es la junta general la que decide con plena soberanía sobre todas estas materias. Puede distribuir el beneficio real o puede distribuir un beneficio ficticio; puede distribuir todo el beneficio o destinar parte a constituir una reserva. La única defensa que contra los excesos de la junta puede utilizar la administración consiste en constituir reservas ocultas por el procedimiento de la supervaloración del pasivo o de la devaluación del activo. Las reservas ocultas o tácitas sirven para nivelar las alternativas de la necesidad de numerario y significan un procedimiento de autodefensa de la sociedad contra los acuerdos lesivos de la junta general y una autofinanciación de la empresa.

Contra este sistema de libertinaje en la fijación y distribución del dividendo reacciona nuestro FUERO DEL

TRABAJO, sancionando dos principios fundamentales: el de la moderación del dividendo y el de la formación de reservas. Dice el párrafo 4.º de la declaración VIII que el beneficio de la empresa, atendido un justo interés del capital, se aplicará con preferencia a la formación de las reservas necesarias para su estabilidad, al perfeccionamiento de la producción y al mejoramiento de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores.

El principio de la limitación del beneficio es una de las características más salientes de la evolución contemporánea de la sociedad anónima. En Alemania, la ley de 4 de diciembre de 1934 decidió la constitución de un fondo de empréstito que había de nutrirse obligatoriamente por las sociedades anónimas con el producto de sus beneficios que excediesen del 6 por 100. En nuestra patria, la ley de 30 de diciembre de 1940 permite, condicionadamente y bajo la responsabilidad de los Consejos de administración, el reparto de un dividendo a cuenta de los beneficios obtenidos desde el 18 de julio de 1936 en las empresas bancarias y de seguros.

El segundo de los principios apuntados introduce en nuestro Derecho el sistema de la reserva legal, desconocido en el Código de comercio. En lo sucesivo, el sistema estatutario practicado por la mayoría de las sociedades anónimas, que consiste en detraer de la distribución anual parte de los beneficios para destinarlos a formar un fondo de reserva, pasará a ser un derecho inactivo. Pero no solamente será necesario implantar el régimen de reserva obligatoriamente, sino que será preciso destinar las reservas a la *empresa en sí*. Esto significa que la reserva ya no debe tener como única finalidad la de nivelar balances deficitarios en beneficio



exclusivo de los accionistas. Debe tener preferentemente el destino de asegurar la estabilidad de la empresa, el perfeccionamiento de la producción y el mejoramiento de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores.

JOAQUÍN GARRIGUES

