

REFORMA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

MOTIVO DE ESTA NOTA.—Ha aparecido un libro titulado *Reforma de la sociedad anónima* (*). Comprende un anteproyecto de ley sobre sociedades anónimas, elaborado por la Sección de Reforma del Derecho privado del Instituto de Estudios Políticos. Presidida por el catedrático de la Universidad Central D. Joaquín Garrigues, componían la sección referida D. Jerónimo González, D. Manuel de la Plaza, D. Rodrigo Uría, D. Antonio Rodríguez Gimeno, D. Juan E. Palao y D. Fernando Sáinz de Bujanda. Al anteproyecto articulado precede una diáfana Exposición de Motivos, memoria y recuento de las sencillas ideas y limpios propósitos que guiaron a la sección.

LIBERTAD DE CRÍTICA.—La REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS me hace el honor de pedirme unas cuartillas acerca del referido anteproyecto. “Por supuesto —y aunque parece innecesario el aclararlo—, puede y debe manifestar con entera libertad su pensamiento sobre tal materia y con respecto a la obra de que se trata”, se me dice al solicitar mi modesta colaboración. Nadie que me conozca puede pensar que yo escriba nada que no sea plenamente sincero. De otra manera no escribiría. Pero conviene dejar sentado el espíritu liberal de la Dirección de la REVISTA y mi posición independiente, pues no pertenezco a ninguna sección ni organismo vinculado al Instituto de Estudios Políticos. Por otra parte, los redactores del anteproyecto, en la Exposición de Motivos declaran abiertamente su desecho de que la obra, “lleuada al aire libre”, “se depure en la pugna de las opiniones y de los intereses económicos que ha de encauzar”. “La única prenda —dicen— que puede garantizarnos de la bondad y oportunidad del presente anteproyecto sería la

(*) Joaquín Garrigues; Jerónimo González (†); Manuel de la Plaza; Rodrigo Uría; Antonio Rodríguez Gimeno; Juan E. Palao; Fernando Sáinz de Bujanda: *Reforma de la Sociedad Anónima*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947. 197 págs.

de resistir sin esencial quebranto una crítica limpia de prejuicios y de partidismos." Tal vez muchos no quieran creer que así acontecen las cosas en la España de hoy. Los ciegos siempre han merecido la compasión.

FRAUDES E INTERVENCIONISMO. Las sociedades anónimas han sido el instrumento para enormes fraudes. Cierta definición humorística expresaba que se llaman anónimas porque en ellas se hacen cosas que no tienen nombre. Accionistas y acreedores han sido víctimas de inicuos despojos. Grandes escándalos financieros han ido en menoscabo del crédito público. En 1793 la Convención francesa suprimió las compañías anónimas existentes y prohibió las futuras. En España, una ley de 28 de enero de 1848 exigió para fundar una sociedad anónima, en cada caso concreto, una ley especial o un Real Decreto. Tal régimen de *lex specialis*, de privilegio, dura algo más de veinte años, hasta el Decreto-ley de 28 de octubre de 1868. El sistema no acusó una mayor moralidad en fundadores y gestores, ni un aumento en la seguridad y garantías de accionistas y acreedores. A los peligros de la iniciativa privada (muy levemente intervenida por la autorización judicial en el Código de comercio de 1829) se unió el cohecho de funcionarios y el contubernio con políticos influyentes, emanaciones inseparables, en la Historia, del intervencionismo indebido del Estado. El Código de comercio vigente de 1885 reguló tímidamente las sociedades anónimas, dejando una total libertad de movimientos a la iniciativa y voluntad privadas. Recientemente, en estos últimos años, una legislación esporádica e intermitente ha establecido un cierto intervencionismo en la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas.

NECESIDAD DE LA REFORMA.—La penuria normativa del C. de c. en materia de sociedades anónimas, de un lado, y de otro la ingerencia del Estado, más o menos excusable en los últimos tiempos, han hecho indispensable una reforma total y a fondo de la legislación sobre sociedades anónimas. Esta clase de empresas vivían en gran parte de los usos y prácticas mercantiles recogidos en sus Estatutos. Yo siempre he creído que la reforma de la sociedad anónima, desde hace muchos lustros, es una ineludible necesidad.

DUDAS Y RECELOS.—Sin embargo, cuando hace algunos años

supe que la sección trabajaba, despacio pero con asiduidad, en el proyecto de reforma, inevitablemente, sin poderlo remediar, surgió en mí la duda y el recelo. El prestigio de los componentes de la sección alejaba por completo el peligro de una reforma menuda y plebeya o de una incompetente subversión de normas y valores. No obstante, el escepticismo y la suspicacia invadían mi alma. Dudaba, en primer término, que los buenos propósitos de los miembros de la Comisión llegaran a feliz logro. También en 1926 hubo una reforma en grado de frustración. Recelaba, sobre todo, del intervencionismo del Estado, en el cenit por los días en que la Comisión iniciaba sus trabajos. Una burocratización de las compañías anónimas sería convertirlas en secuelas de un Ministerio. Recelaba, además, de que un exceso de normas fuera sutil tela de araña en la que como insectos quedaran atrapadas e inmóviles las sociedades anónimas. La vida económica de España no es tan caudalosa que requiera una rígida canalización preventiva del desborde y riada de las sociedades anónimas. Una organización detallada y capilar de la sociedad anónima equivaldría a construir tubos de drenaje o canales de desagüe en el Sáhara. Recelaba, finalmente, de las necesidades fiscales en acecho. El Estado aprovecha toda coyuntura para el medro de sus ingresos. Al fin y a la postre las sociedades anónimas venían viviendo, y muchas muy lozanamente, a través de la holgada celosía del Código de comercio. ¿Podrían vivir después de una nueva ley? ¿Mejor? ¿Peor? Una buena ley de sociedades anónimas ha de ser casi un retazo de la Divina Providencia. Únicamente son posibles métodos experimentales e históricos. Todo dogmatismo debe ser evitado.

SISTEMA DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS.—La lectura del anteproyecto suprimió la duda y desvaneció mi recelo. El Estado no interviene para nada en la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima. Se ha evitado, de una parte, la recaída en el viejo sistema de la previa autorización, o del *octroi*; y de otra, una interpretación socializante o estatista del Derecho de sociedades anónimas. El anteproyecto responde a las convicciones de libertad civil y autonomía de la voluntad, de tan fuerte arraigo en la entraña nacional. La libertad contractual queda enmarcada dentro de límites *jurídicos* (no gubernativos), razonables y discretos. Entre los dos sistemas, libertad desenfrenada

da y previa autorización administrativa, el anteproyecto, siguiendo al vigente Código de comercio, escoge el llamado "sistema de las disposiciones normativas". La diferencia con el C. de c. estriba en la cantidad y significación de los preceptos. El anteproyecto aumenta su número, y muchos de ellos tienen carácter coactivo. Mas no hay cambio de sistema. Seguimos moviéndonos dentro del llamado, con dudosa precisión de lenguaje, "sistema de las disposiciones normativas".

NI LARGO NI CORTO, PERO CLARO.—El anteproyecto es rico en artículos y preceptos (173 artículos), al lado de la inopia del C. de c. (19 artículos). Sin embargo, no cae el anteproyecto en el extremo de regular demasiado. Es verdad que 173 artículos, y algunos de ellos muy largos, no son grano de anís. Esto no obedece a exceso de normas. La razón es otra: la materia se desarrolla con una nitidez pedagógica. Ordenadamente, paso a paso, los preceptos parecen párrafos de una conferencia. Tal vez se repiten algunas cosas. Quizá fuera fácil comprimir el anteproyecto en menos artículos. Mas con ello la ley probablemente no ganaría mucho. El anteproyecto no es una ley *técnica* ni tampoco una ley *popular*. Pero es una ley analítica y, sobre todo, bastante clara, de fácil commixión en la vida económica del país.

LA FALTA DE ORIGINALIDAD.—El anteproyecto tiene, además; una virtud excelsa: carece de originalidad. La originalidad en el arte es el póstico del éxito; en las leyes es el heraldo de su fracaso. La ley se debe a la experiencia y no al experimento. A la experiencia propia: el anteproyecto traduce en ley escrita la vida normal de las sociedades anónimas españolas, dando cauce a las necesidades modernas y atajando posibles abusos. A la experiencia ajena: el anteproyecto no introduce nada que no venga avalado por el éxito en las principales naciones europeas.

EL TRABAJO COLECTIVO Y LAS ENSEÑANZAS DEL PROFESOR GARRIGUES.—La sección de Derecho privado ha trabajado despacio, con sosiego y cordura, cálculo y prudencia, con recta intención y altura de miras. Y además con cautela. Las novedades han sido filtradas escrupulosamente. La labor colectiva, el trabajo en común, se ha llevado de tal forma que es muy difícil desentrañar en el anteproyecto las distintas y parciales ponencias que precedieron a su redacción definitiva. Sin embargo, no

es posible dejar de destacar la significación de la labor científica y pedagógica del profesor Garrigues, con independencia de su intervención personal en el anteproyecto. Sin merma de los prestigios y méritos individuales de los demás miembros de la sección de Derecho privado, que soy el primero en admirar y proclamar, todo espíritu objetivo se encuentra inevitablemente con un hecho indiscutible: Garrigues en la cátedra, en la tribuna pública, en sus dictámenes, en sus libros, ha creado en España una *convicción jurídica común* sobre sociedades anónimas, sobre lo que hay y lo que falta en el C. de c., sobre sus lagunas y sus soluciones. Aunque Garrigues no hubiera formado parte de la sección de Derecho privado que ha redactado el anteproyecto, ninguna Comisión legislativa hubiera podido prescindir de las enseñanzas del ilustre profesor y jurista. En la historia de este anteproyecto --o de otro cualquiera-- figurará con densidad extraordinaria la labor de Garrigues. Las ideas del maestro fueron cauce de la realidad. Ideas y realidad han fraguado en el anteproyecto. Es la actualidad hecha crónica, en vísperas de ser historia.

CARACTERÍSTICAS EXTERNAS DEL ANTEPROYECTO.—Su articulado está distribuido en nueve capítulos. Cada artículo lleva su rotulación marginal al estilo que divulgó el Código civil suizo.

PLAN DEL ANTEPROYECTO.—El contenido del anteproyecto se revela en los epígrafes de los capítulos. Capítulo I: Disposiciones generales.—Capítulo II: Fundación de la sociedad.—Capítulo III: Acciones.—Capítulo IV: Organos de la sociedad. Sección 1.^a: De la Junta general. Sección 2.^a: De los administradores.—Capítulo V: Aumento y reducción del capital, modificación de los estatutos.—Capítulo VI: Del balance.—Capítulo VII: De las obligaciones.—Capítulo VIII: Transformación y fusión.—Capítulo IX: Disolución y liquidación.

PLAN DE ESTA NOTA.—No sigo más que en parte el plan del anteproyecto y hago tres secciones de la materia: I: Vida jurídica. II: Vida económica. III: Vida corporativa. Ni justifico mi plan ni reprocho el ajeno. Quiero, sencillamente, en corto espacio compendiar mucho.

DISPOSICIONES GENERALES.

Antes de entrar en la tripartición señalada he de decir dos palabras sobre ciertas disposiciones comunes.

A pesar de que *omnis definitio periculosa in iure*, el anteproyecto (art. 1.º) empieza formulando dogmáticamente: "En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales."

Cualquiera que sea su objeto—incluso si es civil o no tiene fin de lucro—, la sociedad anónima, sólo por serlo, tiene siempre carácter mercantil y queda sometida a la ley especial (artículo 8.º). La denominación de la sociedad será adecuada a su objeto (art. 2.º), y no podrá coincidir con la de otra compañía preexistente. Por excepción podrá continuar una razón social o un nombre personal, no obstante su entronque subjetivo y su inexpressión del objeto social, cuando la sociedad anónima hubiere absorbido una empresa anterior. El domicilio social (artículo 6.º) se fijará en territorio español, bien en el lugar en que radique la representación legal, bien donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto. El capital social no podrá ser inferior a cinco millones de pesetas (art. 4.º); y cada acción no podrá ser inferior a quinientas ni superior a cinco mil. "En todo caso será múltiplo de ciento" (art. 5.º). Y, como después veremos, para la constitución, transformación, modificación de estatutos, aumento de capital, etc., el anteproyecto exige ineludiblemente escritura pública inscrita en el Registro mercantil. La sociedad, en el momento *de su constitución*, tendrá el capital íntegramente suscrito; y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos (art. 9.º). Las acciones no son transmisibles hasta que no esté inscrita la escritura de sociedad en el Registro mercantil (art. 15); y tanto los promotores (artículo 31) como los fundadores (art. 13) no podrán reservarse remuneraciones o ventajas cuyo valor en conjunto exceda del 10 por 100 de los beneficios netos, según balance y por un período máximo de diez años.

I. VIDA JURÍDICA.

I. FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Hay en las legislaciones europeas dos sistemas de fundación de sociedades anónimas: a) fundación sucesiva; b) fundación simultánea.

Nuestro C. de c. no conoce el sistema de fundación sucesiva: la constitución de la sociedad es un acto unitario y notarial. Por el contrario, la ley francesa de 1867 adopta la fundación sucesiva como único procedimiento. Las legislaciones alemana, italiana y portuguesa acogen los dos sistemas. En Portugal, la fundación sucesiva (1) ha tenido, al parecer, poco éxito. La ley inglesa desconoce la distinción entre fundación sucesiva y simultánea. No por eso la economía inglesa ha dejado de ser próspera.

El anteproyecto que nos ocupa acoge los dos sistemas. El artículo 10, pomposa, pero innecesariamente, lo proclama, para regular en los siguientes artículos ambos sistemas.

A) *Fundación simultánea*.—Unidad de contrato y suscripción en escritura pública. Los otorgantes —tres como mínimo— tienen la condición de fundadores. Deberán *suscribir* todas las acciones (art. 11) y *desembolsar* por lo menos una cuarta parte del nominal (art. 9.º). Con respecto al sistema vigente desaparecen: la posibilidad de las acciones en cartera; la escritura (en la práctica poco frecuente) de dos únicos otorgantes, y el uso mercantil de suscribir acciones personas distintas de los otorgantes por la declaración de éstos (arts. 10 y 11).

B) *Fundación sucesiva*.— Dos partes tiene el procedimiento: una, anterior a la escritura pública; y otra integrada por la escritura pública y la inscripción en el Registro.

(1) El C. de c. portugués designa los dos sistemas: suscripción pública y suscripción particular. Para el Código portugués la forma normal es la suscripción pública. "En la práctica las cosas pasan de modo diverso. La suscripción particular se transformó en la forma normal de suscripción, siendo raros los casos de constitución provisoria, seguida de suscripción pública." Dr. José Tavares, profesor de Coimbra: *Sociedades e empresas comerciais*, pág. 304.

Anterior a la escritura pública.—Se desarrolla un proceso genético en tres fases principales. Las *dramatis personae* son: los promotores, los accionistas y los terceros que contratan con los promotores.

I) En una primera fase (art. 19), los promotores redactan y publican un *programa* fundacional. La redacción se ajustará a los cauces que fija con detalle el anteproyecto. La publicación se hará a través del Registro mercantil y del *Boletín Oficial del Estado*.

II) En una segunda fase (arts. 20 y 21) entran en escena los “suscriptores” y un negocio jurídico especial: suscripción de acciones, que tiene también varios actos, pues la oferta y la aceptación están distanciadas en el tiempo. Instrumento del negocio es el *boletín*. La oferta se compone de dos actos: uno, expreso en la ley: desembolso previo del 25 por 100, al menos, del capital suscrito (art. 21); y otro, implícito: entrega del boletín, dentro de plazo, recibiendo simultáneamente el duplicado firmado por uno o más promotores o por la empresa autorizada para admitir suscripciones (art. 20). La aceptación de la oferta no se produce, a mi juicio, hasta que la Junta constituyente apruebe la labor de los promotores. No obstante su cualidad de oferente, el suscriptor no puede alterar ninguna de las condiciones del programa, y habrá de atenerse al texto del boletín.

III) En una tercera fase, dentro del plazo máximo de seis meses, se reúne y funciona la Junta constituyente, asistiendo los promotores y los suscriptores. Se necesitan *quorum* y *mayoría* cualificados.

Objeto de la deliberación.—“La Junta deliberará en especial —dice el art. 22— sobre los siguientes extremos: a) *Aprobación* de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores. b) *Aprobación* de los estatutos sociales. c) *Aprobación*, en su caso, del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias. d) *Aprobación* de las ventajas particulares reservadas a los promotores, si las hubiere. e) Nombramiento de las personas encargadas de la administración de la sociedad. f) Designación de la persona o personas que deberán otorgar la escritura fundacional de la sociedad.”

Significación de la Junta.—La Junta con toda propiedad se llama en el anteproyecto “Junta constituyente”. La Junta es el

acto colectivo (*Gesamtakt*) que constituye la sociedad. Sustituye la simplicidad de un contrato por un acto plurilateral y corporativo, pero de innegable carácter *constitutivo*. "Tratándose de fundaciones sucesivas, no basta para *constituir* la sociedad anónima que las declaraciones de socio de los suscriptores cubran el fondo-capital estatutario y lleguen a poder de los socios otorgantes de los estatutos. Es necesario que los suscriptores se reúnan en una Junta convocada al efecto, en la que deberán decidir, según su libre arbitrio, aunque por mayoría calificada de votos, si la sociedad anónima queda *constituída* o no" (Fischer, *Anónimas*, pág. 143). "Esta es la razón —añade Fischer, pág. 153— de que la compañía anónima se *constituya* formalmente por medio de una asamblea de los socios adheridos."

Válidamente constituída la Junta, el artículo 22 le pone en el orden del día: "Aprobación de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores", y el artículo 29 agrega: "Una vez *constituída*, la sociedad *asumirá* las obligaciones contraídas por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la Junta general a que se refiere el artículo 22, o que los gastos hayan sido necesarios." ¿A qué momento se refiere la palabra *constituída* (2) en el artículo 29?

Por si fuera poco, el artículo 8.º había dicho: "La validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro mercantil quedará subordinada a este requisito y a la *aceptación* por la sociedad dentro del plazo de

(2) Lo mismo sucede con el artículo 33. El artículo 10 nos había dicho que no se entenderá constituída la sociedad hasta que se haya cumplido lo establecido en el artículo 7.º (escritura inscrita). El anteproyecto no revela ideas claras sobre constitución, inscripción, personalidad, aprobación, asunción y aceptación. Todo ello está barajado como si cada artículo respondiera a concepciones y técnicas distintas. El Derecho alemán, de tanto influjo en el anteproyecto en esta materia, refiere el momento constitutivo, a la asamblea en la fundación sucesiva y a la escritura pública en la fundación simultánea, sin perjuicio de supeditar la personalidad a la inscripción. "Aun después de *constituída* —dice Fischer—, es decir, una vez ultimado el proceso fundacional de la asociación, la sociedad anónima no goza todavía de *personalidad*... Tiene que mediar todavía... la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil."

tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la sociedad.”

Tratemos de poner esto en claro. Es evidente que hay una primera etapa anterior a la Junta constituyente. En ella actúan los promotores en nombre de una sociedad que aun no existe. No es menos evidente que en la Junta constituyente desaparecen los promotores y aparecen nombrados los administradores de la sociedad. Y, por tanto, se inicia una segunda etapa, desde la Junta constituyente a la inscripción (3). Y, por último, una etapa posterior se inicia desde la inscripción. Los actos de los administradores, dentro de sus atribuciones, posteriores a la inscripción son plenamente válidos. De esta etapa no hay que ocuparse; pero sí de las otras dos.

A) ACTOS REALIZADOS POR LOS PROMOTORES ANTES DE SU APROBACIÓN POR LA JUNTA CONSTITUYENTE (4).

Son inexistentes, para la sociedad, a no ser: a) que la Junta constituyente los apruebe; b) que la sociedad aproveche las ventajas de la actuación de los gestores.

(3) Fischer llama a esta etapa: “Fase intermedia entre la constitución y la inscripción de la sociedad anónima.” No obstante la gran importancia de la inscripción en la legislación alemana, el acto constitutivo viene referido inequívocamente a la Junta constituyente.

(4) Construcciones jurídicas sobre esta etapa:

a) *La estipulación en favor de tercero.*

Un grupo de teorías, satélites de la técnica alemana, de gran aceptación en España en los últimos lustros, estima que los promotores otorgan una estipulación en provecho de tercero. Los que aceptan esta construcción —en Italia, incluso el admirable Vivante— fueron influidos por una moda que admitía fácilmente la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones y de derechos. La validez definitiva de la estipulación en favor de tercero —de la sociedad— se basaba en tal declaración unilateral de voluntad de los promotores. Remitida la fiebre de la voluntad unilateral, no muy compatible con los preceptos del C. c. español, se ha visto que por lo menos para las legislaciones latinas, el contrato concluido por las partes —promotores y extraños— en favor de tercero —la sociedad— no produce directamente un derecho al tercero, sino que lo prepara y lo pone a su disposición. Mientras el tercero no muestre su

Por todas partes se va a Roma, y por todas las construcciones jurídicas desembocamos en la necesidad de la ratificación o aprobación de los actos realizados por los promotores.

voluntad de adquirir, mediante la *aceptación*, el derecho estipulado es revocable sin limitación por la voluntad de los contratantes (art. 1.257 del C. c.). La aceptación es un detalle incluíble. Por ello resulta indiferente en la práctica se considere oferente al promitente o al estipulante, o que se estime a uno o a otro apoderado del tercero, o al estipulante apoderado del promitente (o a la inversa) frente al tercero. La aceptación es siempre indispensable, y no sólo la aceptación, sino que se "hubiere hecho saber la aceptación al obligado".

b) *Representantes y órganos sociales.*

Otro grupo de autores construyen la actividad de los promotores en el período precedente a la Asamblea constitutiva dentro de la teoría de la representación (o de la del órgano). Los promotores son representantes legales, u órganos oficiales de una sociedad... que no existe. Las duras críticas hechas a estas teorías parten del error de confundir representación y mandato. Quien no vive no puede conferir mandato. Hoy está perfectamente admitido, incluso reiteradamente por nuestro Tribunal Supremo, que mandato —relación interna de gestión— y poder de representación —relación externa con extraños— son dos cosas diferentes. Y, en efecto, el poder, o el mandato representativo, confieren *a priori* la representación, cosa imposible si el poderdante no existe. Pero la representación puede surgir *a posteriori* por la ratificación (art. 1.259, párrafo 2.º, 1.892 del C. c.), o aprobación (286 del C. de c.). Lo que equivale a montar la relación jurídica de representación con efectos retroactivos.

c) *Gestión de negocios.*

Finalmente, un tercer grupo de autores confinan la situación en la gestión de negocios. Los promotores son los gestores. La sociedad es el *dominus*.

Las críticas dirigidas a esta posición se basan en ideas equivocadas acerca de la gestión de negocios, configurada durante mucho tiempo sobre el mandato. La moderna investigación sobre la gestión ha puesto de relieve, entre otras muchas cosas:

1) Que la llamada gestión de negocios no era una figura unitaria, como un contrato bilateral, con el juego de acciones y obligaciones recíprocas. En la *gestio*, la *actio* directa y la *actio* contraria son independientes, no guardan correlación entre sí y los supuestos de hecho que la producen son distintos.

2) La *actio* contraria, en el Derecho posterior al Código de Napoleón, y por influjo de éste, corresponde no sólo al gestor contra el *dominus*, sino al tercero contra el *dominus*, y a la inversa, el *dominus* puede ejercitar derechos contra el tercero.

3) El principio "la ratificación equivale al mandato" ("*ratihabitió*

Superada por regla general en el Derecho privado moderno la teoría de la unidad de acto --revivida tardíamente en Derecho procesal con el llamado *principio de concentración*--, los hechos constitutivos de un negocio jurídico pueden acontecer, en vez de modo simultáneo, sucesivamente. La formación del negocio jurídico responde a un verdadero procedimiento. No hay plenitud de efectos jurídicos hasta que se consume el último requisito. Mientras éste llega, puede suceder que no haya efecto jurídico alguno, que la etapa sea jurídicamente ineficaz. Pero puede suceder que cada estadio produzca sus propios efectos, que se llaman por la técnica *pre-efectos*, *anti-efectos* (*Vorwirkungen*).

Las partes celebran un contrato. Por ejemplo: promotores y terceras personas. Mas se puede adquirir por la sociedad la cualidad de parte *a posteriori*, mediante la llamada ratificación, aprobación o adhesión (5). Es en la esfera contractual algo semejante a la "intervención adhesiva" de los procesalistas.

Lo característico de todas estas situaciones es el efecto retro-

mandato comparatur") no perteneció a la gestión de negocios, ni en el Edicto del pretor, ni en el *Corpus iuris*. Es un texto de Ulpiano en los comentarios a Sabino, incluido en el *Digesto* al hablar, no de la gestión de negocios, sino de los pagos y de las liberaciones (libro 46 del *Digesto*), en libros del *Digesto* muy distantes (3.º y 46).

4) La llamada gestión de negocios engloba dos figuras distintas: a) la gestión subjetiva, o *negotiorum susceptio*, que es intrascendente sin la ratificación --la ratificación equivale al mandato--, y b) la gestión objetiva, o *negotiorum gestio*, que no necesita ratificación ni postura alguna del *dominus* y que produce efectos, objetivamente, cuando el gestor ha actuado "*utiliter coeptum*", que en el lenguaje del C. c. (art. 1.893), con respecto a las anónimas, se expresaría: la gestión de los promotores obliga a la sociedad, cuando aproveche las *ventajas* de la actuación de los promotores. A pesar de la opinión de Manresa, que confunde *ventaja* con enriquecimiento, los antecedentes históricos del artículo 1.893 del C. c., según la tesis hoy dominante, nos llevan a identificar *utiliter coeptum* y *ventaja*, elemento objetivo que obliga al *dominus* --en nuestro estudio, la sociedad-- con independencia de la ratificación o aprobación. (Véase mi folleto *Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista*, Colegio Notarial de Barcelona, 1942.)

(5) La figura con el nombre de "adhesión" se recoge en el artículo 178 del vigente Reglamento notarial.

activo de la perfección contractual, declarado en términos generales por el artículo 1.120 del C. c. para las condiciones y el 1.313 para la confirmación de los contratos.

De conformidad con la buena técnica, en el anteproyecto la aprobación por la Junta constituyente convierte, *a posteriori*, a la sociedad anónima en parte contratante. Pero no hay ninguna declaración sobre efectos retroactivos, ni para afirmarlos ni para negarlos. Lo mismo se puede decir de la superaprobación, aceptación o asunción por la sociedad después de lograda la inscripción.

LA APROBACIÓN POR LA JUNTA CONSTITUYENTE.

Las aprobaciones sobre las que delibera la Junta, ¿qué valor tienen? ¿Cuáles son definitivas y cuáles necesitan una sobreaprobación o convalidación después de la inscripción?

Hay que distinguir entre el nacimiento de los derechos y obligaciones que tienen por fuente el título de socio y los que tienen por fuente los contratos con terceros.

a) *Obligaciones que tienen por fuente el título de socio.*— Para éstas creo que basta el acuerdo de aprobación de la Junta. La aprobación de los estatutos, el título de socio y la consolidación de las aportaciones dinerarias se producen con carácter definitivo en la Asamblea constituyente. La revisión de los estatutos por una Junta general posterior implicaría modificación de estatutos. La revisión del título de socio y de las aportaciones dinerarias afectarían al *quorum* y a la mayoría y, por tanto, a la validez de la Asamblea constituyente.

A pesar de que el anteproyecto nada dice, en su mecanismo queda implícito que el aportante en especie —aportación no dineraria— no puede formular su proposición de socio por medio del boletín de suscripción. El aportante en especie funciona al margen de las normas de suscripción, y la aportación cobra sustantividad propia, independiente del negocio jurídico de suscripción de acciones. Por lo mismo, la aprobación genérica del negocio jurídico de suscripción no comprende las aportaciones en especie, que han de ser objeto de una aprobación específica y singular (apartado c) del art. 22) y de una ratificación posterior (art. 33).

De aquí se deriva la consecuencia de que la aportación no dineraria o en especie no forma parte del contrato social hasta la aprobación por la Junta constituyente, y aun así los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de sus acciones hasta la revisión del artículo 33. Más bien esta clase de aportaciones tiene tratamiento de contrato entre la sociedad y terceras personas. Para dejarlo completamente claro convenía que los aportantes no dinerarios no tuvieran voto en ningún caso en la Junta constituyente.

El artículo 22 exige también que la Asamblea constituyente delibere y, en su caso, apruebe las ventajas particulares reservadas a los promotores, si las hubiere. A mi juicio, este acuerdo también es definitivo. Son acuerdos entre socios, pactos internos entre los fundadores de la sociedad. En la fundación simultánea, la escritura pública de constitución los consolidaría definitivamente.

b) *Obligaciones que tienen por fuente los contratos con terceras personas.*—La sociedad es una parte, un sujeto de derecho. No se le pueden atribuir derechos y obligaciones antes de ser sujeto, es decir, de tener personalidad, mediante la inscripción en el Registro mercantil. El anteproyecto responde a este criterio propio del Derecho civil alemán en materia de personalidad de ciertos entes morales, pero muy discutible en Derecho español.

Los actos de esta comedieta germánica son los siguientes: 1) Los promotores contratan con terceras personas. 2) La Junta constituyente aprueba las gestiones realizadas por los promotores (apartado a) del art. 22). 3) La escritura social se inscribe en el Registro mercantil. 4) La sociedad acepta los contratos (art. 29). 5) Y si se trata de aportaciones no dinerarias (art. 33), dentro de cuatro meses —un mes más que respecto de los contratos— serán revisadas.

A mi juicio, el anteproyecto se excede. Es, desde luego, indudable la necesidad absoluta de la inscripción y la aprobación por la Junta constituyente. También los contratos de *extrema gravedad* para el activo social deben ser revisados aun después de aprobados por la constituyente. Pero declarar inválidos, o por lo menos claudicantes, *todos* los contratos celebrados por los promotores, a pesar de la aprobación de la Junta constituyente, es un exceso. Los accionistas están garantidos, con un exceso de

garantías, pero no las terceras personas ligadas a la sociedad por un contrato.

LA NO APROBACIÓN POR LA JUNTA CONSTITUYENTE.

Si la Junta constituyente no aprueba la gestión de los promotores, ¿pueden los órganos sociales *acceptar* esos contratos? Por el artículo 8.º no hay dificultades. En cambio, el 29 establece que la sociedad *asumirá* las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores... *siempre que* su gestión haya sido aprobada por la Junta constituyente. Parece que esta aprobación es un requisito para la *asunción* de obligaciones por la sociedad.

Mas si la Junta constituyente no aprueba la gestión de los promotores deberá dejar de cuenta de los mismos los contratos por ellos celebrados. Si la sociedad se aprovecha, se apropia o utiliza los resultados de la gestión, quedará vinculada, frente a los gestores algunas veces, frente a los terceros siempre. *Qui sentit commodum, sentire debet et onus*. Lo que implica que no puede la sociedad aceptar en parte. Al no aprobar las gestiones de los promotores, la sociedad debe dejar de cuenta de aquéllos todos, absolutamente todos, los contratos celebrados por los gestores con terceras personas.

B) LOS ACTOS DE LOS ADMINISTRADORES ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN.

Los administradores advienen a la vida jurídica, en la fundación sucesiva, en la Junta constituyente; en la simultánea, en la escritura pública. En ambos casos el acto constitutivo los crea. Son órganos o representantes legítimos de la sociedad. Dentro de sus atribuciones debieran obligar definitivamente a la sociedad.

Los actos de los administradores (como tales administradores) son posteriores en el tiempo a la Junta constituyente. No han podido ser objeto de deliberación y aprobación por la Junta. Pero, en cambio, son actos llevados a cabo por órganos legítimos. La validez de los contratos celebrados por los promotores debe apoyarse en la aprobación de la Junta constituyente; la de los ad-

administradores, en la legitimidad de su origen y de su ejercicio. El anteproyecto no opina así. Los actos de los administradores no se salvan del terremoto jurídico del artículo 8.º, ni del filtro sanitario del artículo 29. Tienen que ser ungidos por la aceptación o la asunción de la sociedad posterior a la inscripción. Hasta entonces las terceras personas que contrataron con los administradores de la sociedad tienen sus derechos y sus garantías al garete, confiando en la bonanza de la hora de la aceptación. El accionista estará sobregarantido. Quien contrata con la sociedad ya constituida, pero en trámite de inscripción, queda, en cambio, in-fragarantido. La seguridad jurídica y la normalidad del tráfico han perdido el equilibrio. Además, el nuevo régimen implica una derogación de los usos mercantiles españoles (6).

(6) En la casi totalidad de las "escrituras de constitución de sociedad anónima" —nombre consagrado en la práctica notarial española—, en cumplimiento del número 6 del artículo 122 del Reglamento del Registro mercantil, se hace constar: "La sociedad da comienzo a sus operaciones en el día de hoy", es decir, en el día del otorgamiento de la escritura pública de constitución de sociedad.

Una vez firmada la escritura, y mientras su copia autorizada toma rumbo a las oficinas de Hacienda, a efectos de la liquidación y pago de impuestos, y más tarde al Registro mercantil, la sociedad da comienzo a sus actividades; compra los libros de contabilidad, y con plena personalidad los legaliza en el Juzgado municipal, sin que se le exija la inscripción; celebra el contrato de inquilinato, sin que el casero se preocupe de la inscripción (y tampoco se preocuparía para desahuciar a la sociedad); contrata al personal empleado y hasta el obrero de la empresa; adquiere primeras materias, máquinas, mobiliario, etc.; abre cuentas corrientes en los Bancos a nombre de la nueva sociedad; emite letras de cambio y hasta incluso se compran y hasta se venden bienes inmuebles, y se embargan y ejecutan los bienes sociales. Para todo ello basta con la copia (a veces simple, sellada por la Notaría) de la escritura de constitución. Cuando al cabo de unos meses —porque no tarda menos— la primera copia, sana y salva de su travesía por las oficinas de Hacienda y sus estadías y sobrestadías en los locales del Registro, al fin termina de ser inscrita, nadie (ni accionistas, ni gestores, ni acreedores, ni deudores) siente la necesidad de que los órganos de la sociedad, que están en pleno funcionamiento, ratifiquen, aprueben o confirmen los actos de los administradores precedentes a la inscripción. Todo el que contrató con la sociedad se quedó tranquilo desde que vió la copia de la escritura —re-
pito, a veces simple— y obtuvo los informes comerciales de rigor. La preocupación, si la hay, se refiere a la solvencia económica de la compa-

Escritura fundacional.—La fundación sucesiva, una vez logrado en forma el acuerdo de constitución, desemboca en el mismo cauce que la fundación simultánea: en la escritura pública. La escritura, en el fondo, es la misma en ambos modos de fundación, sin más variantes que en vez de otorgarse por la totalidad de los fundadores en cualquier tiempo, como sucede en la fundación simultánea, en la sucesiva se otorga por las personas que hayan sido designadas al efecto en la Junta constituyente, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de esta asamblea, y, naturalmente, recogiendo los acuerdos adoptados en la misma (art. 26). La escritura pública de fundación, dentro de otro plazo de treinta días siguientes a su otorgamiento, deberá inscribirse en el Registro mercantil (art. 27), a cuyo fin los otorgantes tendrán las facultades necesarias y la responsabilidad consiguiente por daños y perjuicios en el retraso o morosidad (artículo 28).

Significación de la escritura.—En la fundación simultánea la escritura es constitutiva. En la fundación sucesiva el acto constitutivo es la Junta constituyente. La escritura recoge este acto y lo eleva a público.

La escritura es, además, un negocio jurídico autónomo. Cierra y completa un ciclo de efectividad. Aunque después de firmada la escritura y antes de la inscripción falezcan o caigan en

nía, y no a su personalidad. La falta de inscripción, o no se advirtió o si se advirtió se consideró en todo momento como algo provisional, siempre subsanable sin dificultad. En todo caso, es algo que se añade a la escritura, sin modificarla.

Con el artículo 3 del anteproyecto, la sociedad no debe hacer nada, incluso después de firmada la escritura de constitución, mientras no se inscriba.

Desde el punto de vista de la práctica, el nuevo sistema es perturbador, mientras la ley no arbitrara el medio de que la escritura se inscriba en horas en el Registro mercantil, sin aguardar al pago de impuestos ni a la lentitud del copista del Registro, que, a mano y por riguroso turno, va transcribiendo, literalmente o en amplísimos extractos, los documentos presentados, en un único libro. Para sostener que la sociedad anónima sólo y desde la inscripción tiene personalidad, habría que remover el mecanismo de la liquidación y pago de los impuestos de Derechos reales y exceso de Timbre, y el modo de llevar los registros mercantiles. Me parece más sencillo retocar levemente los artículos 7 y 8 del anteproyecto.

incapacidad todos o algunos de los otorgantes, la inscripción se practica en el Registro mercantil como si conservaran su plena capacidad. El registrador califica la capacidad de los otorgantes referida exclusivamente a la fecha de la escritura y no a la de la inscripción. El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento (7).

El artículo 10 del anteproyecto, no bien concordado con otros, afirma que "la sociedad se entenderá *constituida* cuando se haya cumplido lo que establece el artículo 7.º (escritura inscrita). Si la inscripción como acto jurídico no necesita una renovación expresa del consentimiento, no puede ser *constitutiva*. Será necesaria, pero no constitutiva. No habrá personalidad sin inscripción: pero esto no convierte a la inscripción en constitutiva. En los últimos lustros ha sido frecuente decir que los contratos únicamente producen efectos obligacionales entre las partes. Esto es así en Alemania, donde los derechos reales y las obligaciones forman compartimientos estancos y hay contratos obligacionales, que sólo crean obligaciones, y contratos reales, que únicamente producen derechos reales y, por tanto, son abstractos. En España, el

(7) Por eso en el B. G. B. alemán, con independencia de un consentimiento para el contrato obligacional y otro para el acto real (bien *Einigung*, bien mero consentimiento formal), se exige vida, nuevo consentimiento y capacidad de las partes en el momento de la *petición de inscripción*, que no puede, por tanto, realizar cualquiera. Por eso en España, en las escrituras públicas, aunque documenten actos o contratos anteriores, se exige siempre en el momento de su firma nuevo consentimiento y capacidad de las partes; y en el matrimonio también es de esencia el consentimiento en el acto de la celebración, cualquiera que sea el expediente previamente tramitado. En el Código civil suizo, que proclama que sólo existe el derecho real *desde* la inscripción (aunque no *por* la inscripción, sino *por* el título), la mayoría de los autores, siguiendo a Von Tuhr, niegan que sea necesario ninguna clase de consentimiento ni capacidad en el momento de la petición de inscripción, porque basta el consentimiento prestado en el título notarial, lo cual pone en grave peligro la tesis de que la inscripción en el Registro suizo sea constitutiva. Wieland, tildado de germanista entre los juriconsultos suizos, quiere apuntalar el dogma ruinoso de la inscripción constitutiva, apoyando los puntales precieamente en la petición de inscripción, para la que exige un consentimiento distinto de el del acto o contrato obligacional. Wieland ve claramente que sin consentimiento en el acto de la inscripción es muy dudoso que ésta pueda ser constitutiva.

contrato real, en ese sentido, no existe, y además muy poca gente logra entenderlo.

Una cosa es que se exija un algo más que el contrato, para producir ciertos efectos, y otra muy distinta que este algo sea un acto o negocio constitutivo. En España, la *traditio* es necesaria para transmitir la propiedad. Pero la *traditio* (8) no es un negocio jurídico, ni siquiera un acto material autónomo: es, simplemente, una *consecuencia* del contrato obligacional (art. 609 del C. c.); una peripecia del *cumplimiento* de la obligación del vendedor de entregar la cosa (art. 1.462 del C. c.). No afecta para nada a la *perfección* de la compraventa, sino a su *consumación*. En la teoría del *título y modo*, secular en Derecho español, sin modo (*traditio*) no hay derecho real. Mas los efectos del derecho real no se producen *desde la traditio*, sino desde el momento en que nació la obligación de dar (*título*). Así se produce la teoría de los riesgos, de las accesiones y de los frutos para el acreedor (1.095).

Me parece bien que para tener personalidad se exija la inscripción de la compañía anónima en el Registro mercantil. Pero este acto en correcta técnica no es constitutivo ni forma parte del proceso constitutivo. Es un algo --una forma de valer-- que se añade al contrato o acto constitutivo para producir ciertos efectos.

Inscripción en el Registro.—“La inscripción en el Registro mercantil --dice la Exposición de Motivos del anteproyecto-- seguirá dotando de personalidad jurídica a las sociedades anónimas, como ocurre en el Derecho vigente.” El artículo 119 del C. de c., en el que se podría basar la opinión de la Comisión, im-

(8) Hay dos concepciones de la *traditio*: a) la hispano-bolonesa, de la *traditio acto material* de ejecución de la compraventa (*Erfüllungshandlung*), y b) la germánica del B. G. B. para los bienes muebles, en que la *traditio* es un *negocio* jurídico autónomo de ejecución (*Erfüllungsgeschäft*). En la primera basta el consentimiento en la compraventa. En la segunda, el consentimiento y la capacidad han de darse en el momento de la *traditio*, que consta de dos partes: una, negocio real abstracto de *traditio*: voluntad concorde de transmitir y adquirir; y otra, la entrega material. La entrega es el cumplimiento del negocio jurídico *traditio*, al paso que en Derecho español la entrega es el cumplimiento directo de la compraventa.

pone el doble requisito de la escritura pública y la inscripción, como *necesario* a las sociedades *para "dar principio a sus operaciones"*, pero *no para tener personalidad*. Como apunta muy bien el profesor Garrigues, "supone este precepto que la compañía existe", y los requisitos formales se refieren al ejercicio del comercio. Y el Tribunal Supremo confirma esta doctrina: "La falta de escritura y de su registro, *dada la existencia de la sociedad*, no se opone a que se hagan efectivas las obligaciones contraídas para los que han negociado con aquélla" (sentencias de 23 de junio de 1885 y 13 de junio de 1891); "la falta de escritura y de su inscripción en el Registro no pueden perjudicar a tercero con quien contrató la sociedad, ni, por tanto, son indispensables para la validez de los actos jurídicos por él realizados" (7 mayo 1927)

Con arreglo, pues, al más estricto Derecho positivo español, la sociedad mercantil, sin escritura y sin inscripción, tiene personalidad propia, distinta e (9) *independiente de la de cada uno*

(9) Hay dos sistemas en materia de personalidad: el latino, derivado de la doctrina de los postglosadores, y el germánico. El sistema latino, en la atribución de derechos a una *universitas personarum*, no conocía más que el *condominio*, en el que los sujetos de las relaciones jurídicas son todos y cada uno de los *condominus*; y el *corpus misticum*, o persona jurídica, que se producía siempre que la ley daba margen para la existencia de un patrimonio social distinto de los patrimonios de los socios (*corpus misticum ex pluribus nominibus conflatum*). Es el sistema que mal recoge el artículo 35 del C. c. al decir que son personas jurídicas "las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, *independiente de la de cada uno de los asociados*. Donde hay un portador de derechos subjetivos, allí hay un sujeto de derecho.

En el Derecho germánico, aparte del *condominio romano*, producto de la recepción, existían otras figuras (propiedad en mano común, y "Genossenschaft") portadoras unitarias de derechos y obligaciones, titular único de su patrimonio propio, distinto del de los socios, quedando con carácter excepcional y por concesión expresa de la ley, lo que se llamaba personalidad. La personalidad es un concepto formal, al paso que en el Derecho latino es un concepto material o substantivo: donde se anuda con autonomía un derecho o una obligación, allí hay un sujeto de derecho. Por eso en España tienen personalidad la sociedad civil y la colectiva y la comanditaria, que en otros países no la tienen, ni la necesitan.

El sistema del Código de comercio es el sistema latino. El del anteproyecto, el germánico. Estará bien la innovación, pero es innovación.

de los asociados; tiene legitimación *pasiva* siempre frente a los socios y, en algunos casos, frente a tercero.

Una ley especial de sociedades anónimas no puede prejuzgar el problema de la personalidad, que le viene dado por los Códigos.

El incumplimiento de los preceptos formales de la ley sobre sociedades anónimas afectará al carácter de *anónima* o hasta, si se quiere, a la cualidad de *mercantil*. Pero el *substratum* asociativo que quede después de esa descalificación tendrá personalidad, bien como sociedad mercantil irregular, bien como sociedad *civil*. Una ley de sociedades anónimas, diga lo que diga su texto, siempre vendrá a decir: "Para que sea anónima la sociedad deberá reunir los siguientes requisitos: ..."

De todas formas, el criterio del anteproyecto tal vez vaya más allá del propósito de sus autores. Como la sociedad anónima carece de personalidad antes de la inscripción, si en ese período resulta heredera o llamada a recibir un beneficio o privilegio por una ley o disposición gubernativa, la sociedad anónima tendrá que resignarse, pues sin personalidad no puede adquirir nada. La inscripción, como el parto, debe conceder personalidad, pero con efectos retroactivos al momento de la concepción, al instante constitutivo.

Responsabilidad de los gestores.—El sistema del anteproyecto en cuanto a la personalidad de la sociedad y validez de los actos de sus gestores (fundadores o promotores) anteriores a la inscripción produce una posición de los gestores de acusada responsabilidad. El artículo 8.º, de entrada, ya hizo responsables solidarios a los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado. El 14 amplía la responsabilidad de los fundadores a otros supuestos. El 29 y el 30 vuelven a insistir y a matizar. Habría que sintetizar todos esos preceptos casuísticos, mejor que nada en un solo artículo. Por economía de la ley y por claridad.

2. VARIACIONES JURÍDICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

A) MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

También resplandece en esta materia el sentido tradicional y conservador de los autores del anteproyecto. Se completa y per-

fecciona la concepción del C. de c., pero no se innova. El anteproyecto formula una parte general común a toda modificación de estatutos, disolución o cambio de nacionalidad, y regula aparte supuestos especiales.

a) *Parte general* (art. 85).—*Toda* modificación de estatutos requiere, bajo pena de nulidad: 1.º Que la convocatoria exprese con la debida claridad los extremos que hayan de ser objeto de modificación. 2.º Que el acuerdo sea tomado con el *quorum* de existencia del artículo 59 (*nominativas* = dos terceras partes del número de socios y del capital desembolsado; *portador* = dos terceras partes del capital desembolsado). 3.º Que en todo caso, para que el acuerdo produzca efecto, será necesaria su inscripción en el Registro mercantil. Nada dice el anteproyecto del aspecto documental. Es de suponer que el acuerdo, en virtud de los preceptos que regulan el Registro mercantil, deba elevarse a escritura pública, como sucede en la actualidad, a pesar de que el artículo 168 del C. de c. tampoco dice nada.

b) *Supuestos especiales* (art. 86).—Respetuoso el anteproyecto con el derecho o con el interés de los accionistas minoritarios que no hubieran votado el acuerdo, para cierta clase de modificaciones estatutarias busca el consentimiento, expreso o tácito, de los lesionados, así:

1) Cuando la modificación imponga nuevas obligaciones a los accionistas se necesita la *acquiescencia* (10) de los interesados.

2) Cuando afecte, directa o indirectamente a los derechos de una clase especial de acciones, será preciso el acuerdo de la mayoría absoluta de estas acciones, tomado con el *quorum* reforzado de los dos tercios del artículo 59. Es decir, no basta el acuerdo de la Junta general. Hace falta un segundo acuerdo del grupo restringido afectado en sus derechos por la reforma.

3) Cuando restrinja o condicione la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedan afectados por él durante tres meses desde su inscripción en el Registro mercantil. Tienen tiempo de vender libremente sus acciones si no les place el sistema de las nuevas trabas.

(10) La palabra es equívoca en nuestra técnica. ¿Se ha querido traducir *Einwilligung* de la técnica alemana?

4) Cuando consista en el cambio de objeto, o de nacionalidad de la sociedad, o en el traslado de su domicilio al extranjero, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán el derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de las acciones propias. ¿Cabe mayor respeto al accionista minoritario?

Publicidad especial.—El cambio de nombre, el de sede social, el de objeto y la ampliación de las operaciones a que la sociedad se dedique, además de la publicidad mediante el Registro mercantil, se anunciarán en la prensa diaria de la capital de provincia (art. 87).

B) TRANSFORMACIÓN.

Tomando como hito la sociedad anónima, el anteproyecto regula el ascenso desde tipos más simples o primarios de sociedad (colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada) a anónima, o, por el contrario, la regresión de la sociedad anónima a cualquiera de aquellas formas. Las demás sociedades (cooperativas, asociaciones, etc.) no entran en el concepto legal de *transformación*: con ellas tal resultado habría de lograrse a través de la disolución y la nueva fundación como actos independiente y *jurídicamente* distanciados. Técnicamente, en la transformación la sociedad cambia de forma, pero no de personalidad. No hay sucesión, sino identidad de sujeto.

Responsabilidad ante los acreedores.—La garantía de los acreedores puede aumentarse, pero no disminuirse, con la transformación. El socio colectivo continúa respondiendo *ultra vires* en cuanto a las deudas anteriores a la conversión en anónima; y, a la inversa, el socio que en la nueva forma social asuma responsabilidad ilimitada, responde de igual manera de las deudas de la sociedad anónima anteriores a la regresión (arts. 141 y 143).

Posición de los socios.—Los socios disidentes tienen derecho a obtener la separación de la sociedad, con reintegro de su haber social (art. 137). En todo caso, la transformación adjudicará a los antiguos socios, acciones, cuotas o participaciones proporcionales al valor nominal de sus acciones o cuotas (art. 140).

C) FUSIÓN DE SOCIEDADES.

Como acabamos de ver, en la *transformación*, la personalidad de las sociedades transformadas subsiste: en la *fusión*, las de las fusionadas o absorbidas desaparece.

Procedimientos.—El anteproyecto recoge dos (art. 144):

A) *Disolución* de dos, o más sociedades, de cualesquiera clases, y fundación simultánea de una nueva, de forma anónima. La nueva sucede a título universal (II) a las antiguas.

B) *Absorción* por una anónima, ya existente y que subsiste, de otras sociedades, de la clase que fueren, que se extinguen. La anónima absorbente sucede también a todas las absorbidas a título universal.

En uno y otro procedimiento se reconocen los derechos de separación de los socios disidentes y de proporcionalidad entre antiguas y nuevas cuotas y acciones.

Ambito de aplicación de las normas sobre fusión (art. 151).—Las formas económicamente afines a la fusión (convencios de sindicación, trusts, cártel, etc.) quedan fuera de la nueva ley, si cada una de las sociedades sindicadas continúa sin alteración en su personalidad jurídica.

3. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

En el anteproyecto, la disolución queda tajantemente separada de la liquidación. Son dos conceptos autónomos, aunque temporalmente sucesivos.

“La disolución —dice la Exposición de Motivos— no implica la súbita muerte de la entidad social, sino su tránsito al estado de liquidación.” En resumidas cuentas, la disolución viene a ser lo que en el *orgot* notarial, recogido para evitar evasiones fiscales en el Reglamento del impuesto de Derechos reales, se llama de antiguo “escritura de puesta en liquidación”. El término *disolución*, por afinidad, parecía implicar *extinción* de la sociedad y,

(II) El anteproyecto, de técnica tan cuidada siempre, aquí lo olvida. y habla “de traspaso en bloque de los respectivos patrimonios”.

por tanto, de su personalidad. Notarialmente se evitaba hablar de disolución. De esta manera, los liquidadores podrían seguir representando a la sociedad en futuras comparecencias. El artículo 156 del anteproyecto resuelve el problema: "La sociedad disuelta *conservará* su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, pero añadiendo a su nombre la frase *en liquidación*."

Los autores del anteproyecto miran con dolor la muerte de la sociedad anónima. Después de un paciente trabajo de relojero resulta que su primor mecánico se puede desintegrar con la dispersión de todas sus piezas. De ahí la postura del anteproyecto: En primer lugar, no hay disolución por el mero hecho de que todas las acciones lleguen a pertenecer a la misma persona. El articulado nada dice, pero lo aclara la Exposición de Motivos. En la práctica esta causa es y será inoperante, pues siempre hay a punto un testafarro. En segundo lugar, el Gobierno puede dar el alto a la disolución (art. 153) a instancia de la mayoría de los accionistas o del personal de la empresa. La economía nacional o el interés social han de tener primacía. Pero la decisión del Gobierno implica expropiación forzosa. Por ello deberá de fijar las compensaciones que habrán de recibir los accionistas. En tercer lugar, dentro de tres meses (art. 153) desde la publicación del Decreto del Gobierno, los accionistas pueden reaccionar y tomar un *acuerdo*, si la disolución no fué acordada por la Junta general, y un *contraacuerdo* si lo fué, y prorrogar la vida de la sociedad y continuar su explotación. En cuarto lugar, fuera del transcurso del plazo en las sociedades a término, el anteproyecto (art. 154), inspirado quizá en el artículo 226 del C. de c., no admite disoluciones de pleno derecho. Todas las demás causas necesitan *declaración de voluntad* de la Junta general, bien expresa, y para ese fin (conclusión de la empresa, pérdida de dos tercios del capital, o por cualquier otra causa estatutaria), bien implícita, en los casos de fusión o absorción. En quinto lugar (art. 152), aplicando el mismo criterio de la declaración de voluntad, para que la quiebra sea causa de disolución no basta en ningún caso la mera declaración de quiebra. Es preciso, además, que por la Junta general "*se acuerde expresamente* (la disolución) *como consecuencia de la resolución judicial*". Pero, ¿podrá decretar el juez la disolución? En sexto lugar, los accionistas, cualquiera que fuera la causa,

pueden reaccionar también contra el acuerdo de disolución, e impugnarlo por los medios generales de impugnación de acuerdos que da el anteproyecto.

En fin: que la sociedad anónima no muere mientras quede un resquicio para sobrevivir. En todo ello late una realidad viva, recogida, como no podría menos, por el anteproyecto: la sociedad anónima es un hecho social y económico trascendente. No se puede dejar desaparecer a una sociedad anónima con indiferencia. El asunto puede ser grave. La Comisión ha estado muy acertada.

4. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.

“Una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o absorción o cualquier otro de cesión global del activo y pasivo” (art. 157).

Se confirma así la independencia *conceptual* y *temporal* de las dos fases: disolución y liquidación.

Los órganos sociales en el período de liquidación.—La liquidación no sólo afecta a la fisiología de la sociedad, sino a su anatomía.

A) *Los nuevos órganos sociales:* Son los liquidadores y los interventores.

1) *Liquidadores.*—Designados directamente por los estatutos; o por la Junta general según las normas de los estatutos; y en defecto de normas estatutarias, por la Junta general libremente; su número será siempre impar.

2) *Interventores.*—No es cargo necesario, sino de carácter eventual y de nombramiento por accionistas y por obligacionistas.

B) *Los viejos órganos sociales:*

1) *Junta general.*—Queda intacta en su organización y funciones (art. 160). Los liquidadores frente a la Junta están en el lugar de los administradores.

2) *Los administradores.*—Cesan en sus funciones. Sin embargo, los administradores pueden tener funciones colaboradoras. “Deberán prestar su concurso --dice el anteproyecto-- *si fueren requeridos*”, suponemos que por los liquidadores, por la Junta o por los interventores.

5. DIVISIÓN DEL HABER SOCIAL.

La división del haber social forma parte integrante de la liquidación. La división se hará por los liquidadores con arreglo a las reglas estatutarias y, en su defecto, a las fijadas por la Junta general. *En todo caso* (art. 164), hay que seguir algunas normas que preceptúa el anteproyecto.

6. EXTINCIÓN Y CANCELACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

“*Aprobado el balance final* ---dice el art. 170---, los liquidadores deberán solicitar del registrador mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad *extinguida*, y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico.”

¿No sería más lógico, en paridad con las *obligaciones*, un sistema de recogida e inutilización de los títulos y consignación en la Caja General de Depósitos del importe de los títulos no recogidos? Este momento de la recogida e inutilización *debidamente inscrita*, debe ser el instante del fallecimiento de la persona jurídica. La importancia de la inscripción ha sido hipertrofiada en cuanto al nacimiento de la sociedad anónima. Ahora resulta menospreciada respecto de la extinción.

7. INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO (art. 173):

“Cuando el capital... sea cuantioso, estén repartidas entre gran número de tenedores las obligaciones o acciones, o la importancia de la liquidación por cualquier otra causa lo justifique, podrá el Gobierno designar persona que se encargue de intervenir y presidir la liquidación y de velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social.”

Un precepto análogo es, desde luego, necesario. Pero el transcrito es excesivamente amplio.

II. VIDA ECONÓMICA.

I. CAPITAL Y PATRIMONIO.

Patrimonio social es el conjunto de derechos (sobre cosas, de crédito, etc.) valorables en dinero, atribuidos a una sociedad. Patrimonio, sin adjetivos, se refiere usualmente al patrimonio activo. Del pasivo *responde* el patrimonio, pero *debe* la persona jurídica. Se habla, no obstante, del *pasivo* de un patrimonio, y de patrimonio *liquido*.

Cada uno de los elementos y, por tanto, el total del patrimonio, puede cambiar de valor. También puede ingresar, transformarse o perderse cada uno de los elementos del patrimonio. Son, pues, entre otras, dos notas las que conviene destacar del patrimonio: valoración en dinero y variabilidad.

Capital social es un concepto formal. Es la cifra, fijada en los estatutos sociales, que permanece invariable en el pasivo del balance, a través de toda la contabilidad de la compañía. Como dice el profesor Garrigues, "indica esa cifra el patrimonio que debe existir, no el que efectivamente existe". Patrimonio y capital están en la relación de contenido y continente, de agua y vaso. El capital, como el vaso, tiene bordes fijos. Capital y patrimonio inicialmente son iguales. Pero si el patrimonio, como el agua, es mayor que el vaso-capital, hay desbordamiento: hay beneficios. Si, por el contrario, es menor, hay pérdidas.

APORTACIONES.

He dicho que capital y patrimonio *inicialmente* son iguales. Debía haber dicho son *idénticos*. En la peripecia genética de la sociedad, la *aportación* del socio forma el patrimonio y forma el capital. El capital es básico. Recibidas y reconocidas las aportaciones, al dar comienzo a las operaciones sociales el capital básico se canaliza en inversiones y caja, y a través del libro de inventarios y balances se constituye el "Activo". Ha nacido el patrimonio social. Al mismo tiempo, se ha encabezado el pasivo con la rúbrica "Capital" y la cifra que lo expresa.

La aportación, pues, produce el patrimonio y produce el capital. Y un tercer concepto: la acción. La acción es la contraprestación de la aportación. La aportación transmite la propiedad de la cosa o dinero. La aportación equivale a venta. Salvo pacto en contrario. Mas este pacto no es válido en las aportaciones de dinero o cosas fungibles, ni en las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima. El anteproyecto parte del supuesto de que la sociedad anónima adquiere la propiedad en todo caso. Y señala, además, las garantías de evicción y saneamiento.

La aportación y la acción agradecen su vida jurídica a un negocio jurídico: la suscripción de acciones. Pero no basta la suscripción para la existencia de la aportación y de la acción. Hace falta la entrega. En la acción, por lo que diremos después; en la aportación, porque es necesaria la tradición. La aportación no ha sido objeto de la atención monográfica de los autores españoles. Su estudio se hace incidentalmente al hablar de la fundación de la sociedad o en la emisión de acciones. El anteproyecto tiene preceptos bastantes para que la doctrina española pueda construir una teoría legal de la aportación.

El anteproyecto conoce dos clases de aportaciones: *a*) dinerarias, y *b*) no dinerarias. (Esta expresión de la ley es muy poco feliz.)

a) dinerarias: Únicamente son las que consisten en pesetas, moneda nacional (arts. 4.º y 32). La moneda extranjera tiene tratamiento de aportación no dineraria.

La existencia real y efectiva del dinero, esto es, la asepsia frente al microbio de las aportaciones ficticias, queda confiada a la responsabilidad de los fundadores (art. 14) o promotores (art. 30). Es lógico el sistema partiendo de la idea, muy plausible, de apartarse de todo intervencionismo del Estado. Sin embargo, no estaría demás un régimen de depósito en un Banco oficial de la porción desembolsada --25 por 100-- antes de la firma de la escritura.

b) no dinerarias: Miradas con desconfianza por el anteproyecto, organiza un sistema de garantías para evitar simulacros y, sobre todo, la hipertrofia de las valoraciones. Las garantías se refieren:

1) *efectividad jurídica.* Evicción y saneamiento. "Si la aportación consistiere en bienes muebles o inmuebles, o derechos asi-

milados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de comercio sobre este mismo contrato en punto a transmisión de riesgos" (art. 32).

2) *efectividad económica:*

a) "Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor."

b) "Si se aportase una empresa o establecimiento mercantil o industrial, se aplicará a la transmisión el artículo 1.532 del Código civil" (responsabilidad por la legitimidad del todo en general, y no de cada una de las partes, salvo evicción del todo o de la mayor parte).

c) Además, la ley establece un sistema de revisión de valoraciones de las aportaciones no dinerarias, dentro de los cuatro meses siguientes a la constitución de la sociedad.

d) La aportación de servicios no puede ser retribuida con acciones.

ACCIONES.

Características.—El capital social estará representado necesariamente por acciones. La acción es la contraprestación —causa— de una aportación patrimonial efectiva; no será inferior a quinientas pesetas, ni superior a cinco mil (art. 5.º), ni se emitirán a tipo inferior a la par (art. 37). En cambio, será lícita la emisión de acciones con prima. Las acciones podrán ser nominativas y al portador, ordinarias y privilegiadas, y de diferentes clases o series. "En ningún caso podrá quebrantarse la proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto" (art. 39).

Cualidad de socio y sus derechos (art. 40).—La acción confiere a su titular la condición de socio. Es inherente a la acción. El *status* de socio tiene un contenido mínimo: a) patrimonial: participación en las ganancias durante la vida de la sociedad, y en el activo social líquido, a su extinción; b) corporativo: voto

en las Juntas generales, con sus derechos accesorios: derecho de información y derecho de impugnación.

Consecuente el anteproyecto con el principio de correlación efectiva entre acción y aportación patrimonial, sienta dos reglas: 1.^a, el deudor *moroso* de dividendos pasivos, no puede votar. Esto es *ius cogens*. 2.^a, las acciones reembolsadas o amortizadas no tienen voto, lo mismo que los bonos de disfrute entregados a sus titulares. Pero "salvo disposición expresa de los estatutos".

Reclamación de dividendos pasivos.—El artículo 164 del vigente Código de comercio establece un doble sistema, según que las acciones sean nominativas o al portador. El anteproyecto exige que las acciones sean nominativas hasta su total desembolso (art. 35). Elimina, por tanto, la necesidad de regular el procedimiento para la reclamación de dividendos pasivos en las acciones al portador, esto es, con deudores no designados *nominatim* en el libro de transmisiones y gravámenes de la sociedad.

Legitimación pasiva.—La serie de titulares sucesivos en la propiedad de la misma acción responde *solidariamente* y a elección de los administradores de la sociedad. Todo pacto contrario a esta responsabilidad solidaria es nulo. Pero los cedentes anteriores a tres años a la reclamación quedan liberados de tal responsabilidad.

Procedimientos.—Dos judiciales —ordinario y ejecutivo— y uno extrajudicial (art. 45). El procedimiento extrajudicial es expeditivo: se enajenan las acciones ante agente de Cambio y Bolsa o notario público, anulando y sustituyendo el título originario por un duplicado.

Propiedad originaria de la acción.—La acción nace, según unos, por la creación del título (*Kreationstheorie-Siegel*); según otros, por el contrato de suscripción; según otros, por la emisión. Una última posición (Dernburg) considera insuficientes estos puntos de vista y refiere el nacimiento de la acción al doble hecho de que, suscrita una acción, se entregue al suscriptor, originando así una primera adquisición de propiedad perfecta y un primer título definitivo (*Eigenthumserwerbtheorie*). Antes de la entrega material al suscriptor no hay verdadera emisión: La creación del título no basta. El robo del título creado, pero no entregado al suscriptor, es ineficaz como robo de

acciones, pues jurídicamente no existía el título-valor. La suscripción, por sí sola, tampoco es bastante: podrá crear la cualidad de socio, desligada del título-valor, pero no el título-valor y, por tanto, la acción.

El nacimiento de la acción es la misma cosa que el nacimiento de la primera titularidad de la acción. Exige, pues, el nacimiento tres requisitos: *a)* suscripción; *b)* creación del título; *c)* entrega al primer propietario, esto es, al suscriptor.

Modificaciones en la propiedad de la acción.—En este aspecto la acción se comporta como una cosa corporal y no como un derecho. Las reglas son, pues, las del derecho de cosas y no las del derecho de obligaciones.

A) MODIFICACIONES SUBJETIVAS.—La acción puede pertenecer a varios propietarios sucesivamente (transmisión); o simultáneamente (copropiedad). La transmisión se puede verificar a un tercero o a la misma sociedad.

a) *Transmisión a un tercero.*—El anteproyecto parte del principio de la libre transmisibilidad de las acciones. Tal principio, sin embargo, no es absoluto. En primer lugar, “ningún accionista podrá transmitir sus acciones mientras no esté inscrita la sociedad en el Registro mercantil” (art. 15). En segundo lugar, algunas limitaciones tienen eficacia real frente a todos (incluso a la sociedad) cuando sean estatutarias y expresas (artículo 47). Aunque no lo dice el anteproyecto, otras limitaciones contractuales, testamentarias, judiciales, sólo tendrán eficacia *obligacional* y relativa interpartes, pero no afectarían al tercer adquirente de buena fe del título-valor.

La transmisión de las acciones *nominativas* se pondrá en conocimiento de la sociedad por escrito y se anotará en el libro de transferencias y gravámenes.

b) *Adquisición por la sociedad.*—El vigente C. de c. únicamente permite a la sociedad anónima adquirir sus propias acciones por *compra*, invirtiendo sólo beneficios y al mero efecto de amortizarlas (art. 166). Pueden, además, amortizar acciones—sin adquirirlas— en caso de reducción de capital social, pagando con parte del mismo capital. Una sociedad no puede heredar sus propias acciones.

El anteproyecto innova totalmente la materia (art. 48).

1) A TÍTULO ONEROSO: La sociedad puede adquirir sus propias acciones:

A) *para amortizarlas:*

a) con cargo al capital social: únicamente en ejecución de acuerdo social de reducción de capital.

b) con cargo a beneficios y reservas libres: solamente por compraventa o permuta.

B) *para venderlas:* en el más breve plazo: con cargo a beneficios y reservas libres y por cualquier otro título oneroso, para evitar un daño grave, previa autorización de la Junta general. Mientras la venta no se realice, esto es, mientras las acciones son propiedad de la sociedad, el ejercicio de los derechos incorporados a las acciones queda en suspenso.

2) A TÍTULO LUCRATIVO la sociedad puede adquirir sus propias acciones sin necesidad de amortizarlas y sin limitación. No se dice que estas acciones deba venderlas o amortizarlas la sociedad. Tal vez esta solución sea procedente por analogía. Desde luego es forzoso que quede en suspenso el ejercicio de los derechos incorporados a las acciones que posea la sociedad.

Copropiedad (art. 41).—La indivisibilidad de las acciones produce un condominio que se rige por el Código civil. Una sola persona ostentará la representación de la acción indivisa frente a la sociedad; los condueños responden ante la sociedad solidariamente. La sociedad podrá dirigirse contra cualquiera de ellos.

B) MODIFICACIONES OBJETIVAS.—El proyecto no contempla más que las hipótesis de la constitución de los derechos reales de usufructo y prenda, en los que se da lo que llaman los autores *sucesión constitutiva*, o supuestos de *derivada y parcial titularidad*. Además del propietario de la acción surgen otros titulares de derecho real. La propiedad, *cualitativamente* queda intacta; *cuanitativamente* pierde alguna de sus facultades.

Usufructo (art. 42).—Frente a la errónea tendencia, un tiempo en boga en España, de considerar socio al usufructuario —rectificada últimamente por nuestro Tribunal Supremo—, el anteproyecto proclama socio al nudopropietario. El usufructuario tiene derecho únicamente a los dividendos *repartidos* durante el usufructo.

Prenda (art. 43).—El ejercicio de los derechos correspon-

dientes al accionista, conexo a acciones pignoradas, pertenece al propietario; y el acreedor pignoraticio, que es quien posee los títulos-valores, deberá facilitarlo presentando las acciones a la sociedad, cuando procediere. El acreedor podrá pagar los dividendos pasivos, si no lo hiciere a su tiempo el propietario.

2. AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.

a) *Acuerdo*.—El acuerdo especial decretando el aumento es un acuerdo de modificación de estatutos. Por tanto, para el aumento del capital social habrán de reunirse los requisitos de cualquier otra modificación de estatutos (art. 88).

b) *Modos económicos de ejecución del acuerdo* (art. 89):

Del *lado de las acciones*, cabe una doble solución: o aumenta el número de ellas, creando otras nuevas, o aumenta el valor nominal de las existentes.

Del *lado del patrimonio social* ha de reflejarse en el activo el aumento del valor nominal de las acciones, lo que puede acontecer: 1) Por aportaciones nuevas —en dinero o especie— en pago de las nuevas acciones (art. 90), con lo cual hay un efectivo aumento del patrimonio paralelo al del capital. 2) Por transformación de reservas libres en capital (art. 95). Las reservas —libres o disponibles— que pueden repartírselas los accionistas (por lo menos las estatutarias libres) como dividendos, en uno o varios años, pueden repartírselas en forma de acciones. 3) Por revaloración del patrimonio, consolidando jurídicamente los *plus valías* de *facto*. La *plus valía* es una reserva tácita. 4) Por conversión de obligaciones en acciones.

Transformación de obligaciones en acciones.—Es el cuarto modo de aumento de capital que recoge el anteproyecto (art. 96). Viene a ser la contrafigura del aumento de capital con nueva emisión de acciones y nuevas aportaciones de los socios. La transformación de obligaciones en acciones no afecta al patrimonio o activo social, sino exclusivamente al pasivo. La cantidad debida por obligaciones pasa en el pasivo a ser debida por acciones. La sociedad se libera de esta manera de la carga anual de intereses y amortización.

La operación, en primer lugar, como todo aumento de capital,

es una modificación de estatutos. En todo caso, habrá que dar cumplimiento a los requisitos legales para tal modificación (artículo 96). Aparte de este común denominador hay que distinguir varios supuestos:

a) *En la emisión de obligaciones ha sido prevista la conversión.*—Se trata, en este caso de una obligación alternativa que, de conformidad con el artículo 1.132 del C. c., corresponde la elección al deudor (a la sociedad), quien llegado el momento, entre pagar en dinero o pagar en acciones, elige el pago en acciones. Por eso basta el acuerdo social de conversión, prescindiendo del consentimiento del acreedor.

b) *En la emisión de obligaciones no se ha previsto la conversión.*—En este supuesto es necesario el consentimiento de cada uno de los obligacionistas, porque el artículo 1.166 del C. c. establece que el deudor (la sociedad) no puede obligar a su acreedor (cada accionista) a que reciba cosa distinta de la pactada. (*Aliud pro alio INVITO creditori solvi non potest.*) El acreedor va a recibir acciones (que son cosas) en pago de un crédito. Aunque los mercantilistas hablan de *compensación* entre la cantidad adeudada por el obligacionista como suscriptor, y su crédito como tal obligacionista, creo que la figura es claramente una *dación en pago (datio in solutum)*. De cualquier forma, el obligacionista cobra totalmente su crédito; y esto cuando la sociedad no tiene una situación económica holgada puede lesionar el derecho de otros acreedores de igual o mejor derecho que el del obligacionista. Por eso el anteproyecto (art. 96) provee cuidadosamente a las diversas hipótesis.

3. CAPITAL AUTORIZADO.

Los usos mercantiles españoles recogidos en el Reglamento del Registro mercantil han creado, *praeter legem*, la figura de las acciones en cartera. Aunque se llaman acciones en cartera, los títulos-acciones, en la mayoría de los casos, no están creados. Pero, en cambio, su importe nominal se hace lucir en el pasivo del balance, desfigurándolo. Esta es realmente la parte censurable del referido uso mercantil. El anteproyecto suprime las acciones en cartera y crea un equivalente con la nueva figura

del capital autorizado. Lo mismo en trámite de fundación de la sociedad que en el de modificación de estatutos, aparte del capital emitido y más o menos desembolsado, puede crearse "un capital autorizado". Los administradores, en una o varias veces, podrán emitir acciones aumentando de *facto* el capital, dentro del límite autorizado, sin previa consulta a la Junta general, en el tiempo y cuantía que ellos decidan. Pero los estatutos primitivos o el acuerdo especial para su modificación habrán de tener en cuenta ciertos límites legales que el anteproyecto señala al encomendar a los administradores tales facultades.

4. REDUCCIÓN DEL CAPITAL.

Es también, antes que nada, una modificación de estatutos, y a los requisitos de la modificación habrá de sujetarse el acuerdo. El anteproyecto, lo mismo que nuestro vigente Código de Comercio, distingue entre el *acuerdo* de reducción (que expresará el procedimiento que la Junta elige entre varios para llevarlo a cabo [art. 98]) y la *ejecución* de dicho acuerdo, que queda sujeta a nuevos requisitos. No siempre la reducción obedece a que el patrimonio social haya advenido inferior al capital. A veces se calculó y se recaudó con exceso el primitivo capital social —capital básico— para las necesidades de la explotación. De cualquier forma, la reducción del capital perjudica a los acreedores, porque si sobra capital —mejor dicho, patrimonio— para la explotación, hay mayor garantía; y si el patrimonio es, por pérdidas, inferior a la cifra del capital, no habrá dividendos hasta que, compensada y rebasada dicha cifra, dejen de aplicarse los ingresos (que en otro caso serían beneficios) a cubrir déficits anteriores. La reducción del capital conduce al dividendo a costa de la garantía. Por lo mismo antes que nada hay que salvaguardar a los acreedores, que en el procedimiento de reducción pasan a primer plano.

El anteproyecto (arts. 99 a 103) recoge dos procedimientos:

a) *reducción efectiva*. Se reduce el capital porque se reduce el patrimonio simultáneamente. Esto ocurre: 1) Por restitución de sus aportaciones a los accionistas. 2) Por condonación de dividendos pasivos. Los dividendos pasivos son un crédito del

activo social, un elemento del patrimonio. 3) Por amortización de acciones con cargo a reservas libres. Las reservas forman parte integrante del patrimonio social. 4) Por amortización con cargo a beneficios. Los beneficios no convertidos en dividendos quedarían retenidos formando parte del activo o patrimonio social. El anteproyecto regula con acierto estos supuestos.

b) *reducción nominal*.—El patrimonio ha advenido, por pérdidas, inferior a la cifra capital. Para lograr el debido equilibrio, sin alterar el patrimonio, hay que reducir el *nominal* del capital. Esta clase de reducción es obligatoria cuando el patrimonio sea inferior en algo más de dos terceras partes del capital nominal y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio. El anteproyecto conceptúa que, siendo el patrimonio social la única garantía de los acreedores, la pérdida parcial del patrimonio es un hecho consumado que inevitablemente disminuye la garantía material de los acreedores. Por eso, el anteproyecto hace ineficaz toda posible oposición de los acreedores al acuerdo de reducción al establecer (art. 100) que la sociedad, en el supuesto que nos ocupa, lo mismo si la reducción es obligatoria que si es voluntaria, no tiene la obligación de garantizar los créditos para ejecutar el acuerdo. Prescinde el anteproyecto de que, según el artículo 1.911 del C. c., la sociedad deudora responde de tales créditos con todos los bienes presentes y *futuros*, y que los beneficios futuros enjugarán pérdidas si no hay reducción y, por el contrario, se convertirán en dividendos si la hay; y, por tanto, con la solución del anteproyecto se postergan los derechos de los acreedores en favor de los accionistas.

5. RESERVAS.

El anteproyecto involucra las normas sobre reservas (artículo 108) en las del balance. No creo que sea acertado. La reserva como institución tiene substantividad propia, lo mismo que el capital. No en vano capital y reservas forman el concepto unitario de capital fiscal. El anteproyecto no habla más que de la reserva legal o forzosa. Por tanto, la palabra "reserva", en el texto del artículo 108, quiere decir "reserva legal". La autono-

mía de la voluntad puede establecer reservas, bien directamente en los estatutos, bien mediante acuerdos de la Junta general. Pero las reservas voluntarias (12) serán independientes de la reserva legal. Así lo establece por vía indirecta el artículo 105 al enumerar ambas reservas, como conceptos distintos, entre las partidas del pasivo.

Nace la obligación de destinar cantidades al fondo de reserva legal cuando los beneficios líquidos sean superiores al 4 por 100 del capital nominal. Cesa tal obligación cuando el fondo de reserva legal alcanza la quinta parte del capital desembolsado, o mayor si así lo dispusieren otras normas especiales.

La cuantía de la reserva se fija uniformemente en el 10 por 100 de los beneficios líquidos.

La reserva legal no goza de la consideración de *reservas libres* invocadas por otros conceptos del anteproyecto. La reserva legal es indisponible. Con una sola excepción: para cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias; pero, transitoriamente, a calidad de reintegro. En ejercicios siguientes, con cargo a beneficios líquidos, hay que ir reponiendo la merma de la reserva legal "cuando descienda del indicado nivel". Palabras que están demás, por cuanto la reserva legal, como tal, no existe en cuanto alcance el indicado nivel. "Las sociedades... —dice el texto del art. 108— vendrán obligadas... hasta... que alcance la quinta parte...". Quizá la mente del legislador pensara "hasta que alcance *por lo menos* la quinta parte". De cualquier forma, si existen reservas voluntarias el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias deberá enjugarse, antes que nada, con cargo a dichas reservas voluntarias, dado que la *indisponibilidad* de las reservas legales es la regla general y su asignación al saldo deudor *excepcional* y *provisional*.

Finalmente, un precepto especial establece que "las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al límite indicado". No es que el importe de "las primas" forme parte de la reserva legal, y ni siquiera provisionalmente se debe contabilizar dicho importe involucrado en tal concepto. Más bien es un caso de reserva voluntaria *transitoriamente no libre*, y en el ba-

(12) Incidentalmente reconocidas en el artículo 75.

alance habría de incluirse en la partida que el artículo 105 rotula: "Las demás reservas". Esto es, con independencia de la cifra de reserva legal y de la cifra de la reserva voluntaria y absolutamente libre.

6. DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS (art. 109).

La correlación entre capital y patrimonio produce los beneficios. Cuando el patrimonio líquido —es decir, después de deducidas las deudas y los gastos— es superior a la suma de las cifras de capital y reservas (capital fiscal), hay beneficios. La teoría de los beneficios no pertenece a la del balance en mayor medida que la del capital o la de las reservas. No obstante, el anteproyecto involucra con dudoso acierto entre las normas acerca del balance las de las reservas y la de los beneficios.

Lo normal es que parte de esos beneficios se conviertan en dividendo. Pero no siempre ocurre así. El dividendo es un concepto más jurídico que económico. El accionista aspira a un dividendo. Es el fruto natural de la acción considerado como cosa. Porque la *acción* es una cosa (lo que no ocurre en otras formas de sociedad) y su fruto es el dividendo; la teoría del dividendo es diferente de la teoría de las "ganancias" en la sociedad civil o en las sociedades mercantiles de personas. El derecho al dividendo no nace por el *hecho substantivo* de la ganancia o beneficio líquido. Nace por el *hecho formal* de un acuerdo de la Junta general ordinaria (art. 51). Sin este acuerdo no hay dividendo, aunque haya beneficio líquido. Por otra parte, puede haber dividendo sin beneficios líquidos con cargo a reservas libres.

Únicamente *desde* y *por* el acuerdo hay fruto pendiente. Antes del acuerdo el posible dividendo es parte integrante del patrimonio social. No hay fruto manifiesto o nacido (art. 357 del C. c.). Por eso la terminología del artículo 109 es perfecta: "distribución de dividendos", y no distribución de ganancias o beneficios.

El acuerdo de la Junta general sobre dividendos es un acuerdo *reglado* en cuanto a las facultades *positivas* de la Junta para el reparto; pero un acto *discrecional* respecto de las facultades

negativas para suprimir o menguar el dividendo. De ahí que el artículo 109 del anteproyecto es una norma límite o barrera.

Requisitos conjuntos para el pago del dividendo:

1) El pago ha de hacerse con cargo a beneficios realmente obtenidos o a reservas expresas de libre disposición.

2) En todo caso, el valor del activo no será nunca inferior al capital social.

Modo del pago: en proporción al capital desembolsado por cada acción ordinaria.

Prescripción: a los cinco años.

7) EMISIÓN DE OBLIGACIONES.

En contraste con el C. de c. vigente, que habla de las obligaciones únicamente para sujetarlas a la publicidad del Registro mercantil, el anteproyecto dedica el capítulo VII a regular toda la materia de modo tan completo y acértado que podría segregarse para su promulgación como ley distinta e independiente. Tal vez por eso, mantenido este capítulo dentro de una ley de sociedades anónimas, la economía legislativa aconsejaría algunos reenvíos en determinadas materias. La teoría de la emisión de obligaciones es autónoma. No obstante, la incluyo a seguida de la del capital y patrimonio por cuanto afecta directamente a la vida económica de la sociedad, y todo, patrimonio y capital, reservas y obligaciones, confluyen con densidad propia en el balance.

Aunque los mercantilistas destacan con nitidez las diferencias entre la acción y la obligación, suelen confinar a ésta en el préstamo mutuo. Como se encuentran con el hecho trascendental de la suscripción del boletín, asimilan este acto a un *pactum de mutuo dando*. En realidad creo que hay bastante más. En el préstamo y en la emisión de obligaciones, la sociedad es deudora; en este aspecto *pasivo* las semejanzas tienen relieve. Pero en el aspecto *activo* el derecho del obligacionista dista mucho del de el prestamista. Más que se incorpora, el derecho del obligacionista se encarna en una cosa. Esta encarnación desplaza la figura al Derecho de cosas, y el titular del derecho de crédito tiene una titularidad mediata, *ab rem*, conexas a la propiedad de la cosa.

Por otra parte, la posesión *legítima* para el ejercicio del derecho. Los conceptos distintos de legitimación y titularidad adquieren el mismo significado que tienen en el Derecho de cosas y, por tanto, las reglas de la transmisión y gravamen se alejan cada día más del Tratado de las obligaciones y contratos, para ceñirse a la dogmática de los modos de adquirir la propiedad.

I.—EL ACTO DE LA EMISIÓN.

a) *Facultad de emitir*.—La facultad de emitir obligaciones se admite por el anteproyecto condicionada a ciertos requisitos (art. 113): serie impresa y numerada de títulos iguales para cada emisión (114) que reconozcan o creen una deuda, con las características en su tenor literal que la ley expresa, sujetándose a los estatutos sociales y a los acuerdos adoptados por la Junta general, con el mismo *quorum* específico de asistencia exigido para la modificación de estatutos (art. 115).

Los requisitos más importantes son:

Elemento real: el importe total de las emisiones no será superior al capital social desembolsado, ni inferior a un millón de pesetas (art. 113), salvo que las obligaciones estuvieren garantizadas con hipoteca, prenda de efectos públicos o aval del Estado, la Provincia y el Municipio (art. 116) (13).

Elemento formal: escritura pública (art. 118) e inscripción. Hasta la inscripción de la escritura no se podrán poner en circulación los títulos (art. 118).

La escritura debe contener una porción de datos que el artículo 118 enumera.

El acuerdo de la Junta general deberá establecer, y la escritura recoger, una asociación de defensa o *sindicato* de obligacionistas, y designará uno o más comisarios, que luego serán confirmados o removidos por la Asamblea de obligacionistas. La escritura pública, en vez de ser, como hoy día acontece, un negocio jurídico unilateral —otorgada únicamente por los administradores sociales—, se convierte en bilateral, pues además de los

(13) La intención de los redactores tal vez fuera exceptuar del límite máximo, pero no del mínimo.

administradores concurren los comisarios en nombre de los futuros obligacionistas. Hasta que la primera asamblea de obligacionistas apruebe la gestión de los comisarios; la figura de éstos, obrando *en nombre* de sujetos futuros, queda bastante borrosa, o, cuando menos, difuminada en sus contornos.

b) *Clases*: 1) *Nominativas y al portador* (art. 113). 2) *Simples y garantizadas* (con hipoteca, con prenda de efectos públicos, con prenda sin desplazamiento, con aval del Estado, de la Provincia o del Municipio).

c) *Suscripción*.—No podrá empezar la suscripción de las obligaciones ni su introducción en el mercado sin que previamente se publique en el *Boletín Oficial del Estado* un *prospecto*, con determinado contenido y el nombre del comisario. La suscripción implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión y su adhesión al sindicato (art. 119).

El Sindicato.—Lo componen los obligacionistas corporativamente organizados para su defensa. El Sindicato no existe plenamente hasta que se inscriba en el Registro mercantil la escritura de emisión. El Sindicato nace por el acuerdo de la Junta general de accionistas y desde la inscripción de la escritura.

Elementos personales del Sindicato.—La cualidad de obligacionista se adquiere por la posesión de los títulos (art. 123), y esto es un imposible jurídico hasta después de inscrita la escritura pública de emisión en el Registro mercantil (art. 118). Los obligacionistas se reúnen y toman acuerdos, de modo semejante a los accionistas, en la *Asamblea general*, que puede ser convocada por el comisario o por los administradores de la sociedad (arts. 127 y 128). El comisario representa y es el órgano ejecutivo y permanente del Sindicato, y a su vez tiene cierta intervención en la sociedad emisora (art. 121). Sus facultades y obligaciones quedan determinadas en el articulado del anteproyecto.

II.—EL ACTO DE LA RECOGIDA DE LAS OBLIGACIONES. Es la operación inversa a la emisión. El artículo 130 del anteproyecto establece los procedimientos siguientes:

- 1) Convenios singulares con los obligacionistas.
- 2) Adquisición en Bolsa.

En estos dos casos, los títulos, aun en manos de la sociedad deudora, no dejan de existir. Salvo acuerdo contrario de la

Junta general de accionistas, continúan produciendo intereses y beneficios, y *los administradores pueden ponerlos de nuevo en circulación*. Sin embargo, dichos títulos no tienen acceso a la asamblea de obligacionistas (art. 131). La extinción de obligaciones por confusión no funciona, porque estamos alejados del tratado de las obligaciones y contratos, y el título-valor llamado obligación es una cosa.

3) Conversión en acciones. Es un modo de aumento de capital.

4) Pago anticipado, si se hubiere hecho la correspondiente reserva en la escritura de emisión. De otra forma el acreedor tiene el beneficio del plazo.

5) Amortización. Es el procedimiento normal de recogida de obligaciones: pago de su valor nominal contra entrega del título. Es frecuente la separación del cupón del título, presentando al cobro el cupón aislado. La previsión del anteproyecto cubre esta eventualidad. "Los intereses de los títulos amortizados que el obligacionista cobre de buena fe no podrán ser objeto de repetición por la sociedad emisora" (art. 131).

Por lo demás, la amortización se llevará a cabo en la forma y tiempo previstos en la escritura y cuadros de amortización, con intervención del comisario y siempre en presencia de notario público (art. 132).

6) Como consecuencia de los convenios celebrados entre la sociedad y el sindicato de obligacionistas.

III.—LA CANCELACIÓN. Después de la recogida del título procede la cancelación. Hay dos cancelaciones: una la del asiento de emisión en el Registro mercantil, de la que el anteproyecto no habla, y otra la de las garantías de la emisión. Para cancelar éstas, total o parcialmente, será necesario destruir el carácter de cosa del título por el estampillado o inutilización, sustituyéndolos por un duplicado (nueva creación de la cosa) cuando subsista el crédito sin la garantía. Exceptúase el caso de que la cancelación se haga por convenio con el sindicato mediante acuerdo de la asamblea, *adoptado por mayoría*.

Legislación especial.—Hay emisiones autorizadas por leyes especiales. Hay preceptos regulando la suspensión de pagos de ciertas empresas, como las de ferrocarriles y demás obras públicas. Esta legislación especial no sólo no queda derogada, sino

que es de aplicación preferente. La nueva ley de sociedades anónimas, en cuanto al régimen de obligaciones, sería derecho supletorio de esta *legislación especial*.

8) CAPITAL Y PATRIMONIO EN LA CONTABILIDAD.

Balance.— Es la parte más nueva en el mundo jurídico mercantil. Por ella sola merecerían plácemes y felicitaciones los autores del anteproyecto. Sin un balance de honesta y técnica confección la sociedad anónima —como he dicho antes— puede ser aquella sociedad en que se hace lo que no tiene nombre. El anteproyecto (arts. 104 a 112) regula detalladamente el plazo de formulación, la forma de redacción, la agrupación y rotulación de las distintas partidas del activo y del pasivo y de la cuenta de pérdidas y ganancias. Y además dicta normas para la *valoración* de cada uno de los bienes que forman el activo. Antes que nada, el anteproyecto quiere que en cada sociedad el método de evaluación siempre sea el mismo “para que el patrimonio se mida siempre con la misma medida”. Los inmuebles se estiman por el precio de adquisiciones; los títulos cotizables, por la cotización media, como máximo; por la cifra menor entre la cotización y precio de compra, las materias primas, y por la posibilidad de su cobro, los créditos. Los elementos del activo inmovilizado se aprecian como los inmuebles, y se amortizan llevando al pasivo en calidad de fondo de amortización las cantidades destinadas a este fin, como si fueran reservas, sin que se disminuya en el activo el precio de adquisición.

Tampoco se escapa la “memoria” anual, ni menos la cuenta de pérdidas y ganancias. Al igual que el balance, ambas tienen carriles fijos y uniformes. Los administradores han de ser sinceros y exactos. Para ello, el anteproyecto ha buscado toda clase de garantías normativas, sin acudir a la ingerencia de funcionarios o personas extrañas a la sociedad. Una vez más se manifiesta la tendencia, totalmente plausible, de evitar el intervencionismo estatal, directo o indirecto, en las sociedades.

Pero en esta sección, como ya he indicado al hablar del balance, el anteproyecto regula la reserva legal y el reparto de beneficios, involucrando el aspecto formal con el sustantivo e-

material. Aunque no tenga gran trascendencia en la práctica, pudiera ser fácilmente corregido.

III. VIDA CORPORATIVA.

Frente a los escasos y esporádicos preceptos de nuestro Código en la materia, el anteproyecto es una novedad legislativa. Frente a la costumbre, vivida y viva, vigente e inmemorial, es casi un plagio. La ley copia a la costumbre: ¿qué mejor título de legitimidad para un legislador?

ORGANOS SOCIALES.

A) *Junta general.*

“Los accionistas —dice el artículo 49— constituidos en Junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría y *con carácter soberano* en los asuntos propios de la competencia de la Junta. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta general.”

I.—CLASES.

Aunque el artículo 50 nos dice, un poco profesoral e inútilmente, que hay dos clases de juntas (ordinarias y extraordinarias), lo cierto es que de los artículos y epígrafes marginales siguientes resultan tres: junta ordinaria, junta extraordinaria y junta universal.

a) *Ordinaria* (art. 51).—Única en el año, dentro de los seis primeros meses de su ejercicio. Tiene un orden del día mínimo y rígido: censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas y balances del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios. Puede tener un orden del día complementario y elástico: tomar toda clase de acuerdos, incluso los de aumento de capital, fusión o transformación de la sociedad,

modificación de estatutos, etc., a excepción de aquellos que no estén reservados (legal o estatutariamente) a la decisión exclusiva de la Junta general extraordinaria o de los administradores. La soberanía de la Junta y la elasticidad de su competencia no puede llegar al extremo de injerirse en los asuntos de *gestión* que incumben exclusivamente a los administradores. La prudencia y tacto de la comisión está siempre presente.

b) *Extraordinaria* (art. 53).—Como la Junta ordinaria, es única, con un orden del día legal y fijo; toda Junta general distinta de la ordinaria es extraordinaria. La extraordinaria, pues, no se diferencia por su competencia o contenido. Ambas *juntas* pueden deliberar sobre las mismas materias, con algunas excepciones, que en cuanto a la extraordinaria son: 1) los asuntos reservados por la ley a la Junta ordinaria (cuentas y balances y distribución de beneficios); 2) los reservados por la ley a los administradores; 3) los reservados por los estatutos a la Junta ordinaria o a los administradores.

c) *Universal* (art. 56).—Presente *todo* el capital desembolsado, los asistentes pueden acordar, *por unanimidad*, constituirse en Junta general, sin necesidad de convocatoria ni de formalidad alguna.

Al margen del acuerdo de constituirse en junta, que ha de tomarse por unanimidad, los restantes acuerdos (puesto que *quorum* siempre lo hay *ab initio*) se tomarán por mayoría, por regla general, y habrán de lograrse las mayorías reforzadas en los asuntos en que la ley o los estatutos las exijan.

II. — CONVOCATORIAS.

Publicidad.—A excepción de la Junta universal, que para merecer este nombre no ha necesitado convocatoria, las ordinarias y extraordinarias requieren una convocatoria publicada en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia quince días antes, como mínimo, a la fecha fijada para la celebración. “El anuncio (sigue el artículo 54) expresará la fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse.”

Clases.—Primera y segunda. Frustrada la Junta en primera

convocatoria, funciona la segunda, que puede previsoramente incluirse en el anuncio de la primera convocatoria (art. 55).

III.—ELEMENTOS PERSONALES.

Quién convoca:

1) *Los administradores*, voluntaria o forzosamente, en la forma usual en los estatutos españoles.

2) *El juez de primera instancia* (art. 58). Si los administradores no convocan la Junta extraordinaria solicitada por los socios, a instancia de parte lo hará el juez, "quien además designará la persona que haya de presidirla".

Quién asiste (arts. 60 y 61).

a) *Con voz y voto*: Los accionistas o sus representantes.

b) *Con voz, pero sin voto*:

1) SIEMPRE, mientras los estatutos no lo prohiban expresamente: los gerentes y administradores que no sean accionistas.

2) NUNCA, a no ser que los estatutos expresamente lo establezcan: los directores y demás técnicos de la empresa que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales.

IV.—ELEMENTOS FORMALES.

a) *Tiempo*.—El fijado en la convocatoria (art. 64). Podrán prorrogarse las sesiones durante uno o más días consecutivos, a propuesta de los administradores o a petición de un número de socios que representen la quinta parte del capital desembolsado. Todas las reuniones se consideran *sesión única* y serán reflejadas en la misma acta.

b) *Quorum* (arts. 52 y 59).— El *quorum* se refiere al número mínimo de socios o de acciones, presentes o representadas, en el momento de abrirse la sesión y antes de darse la Junta por válidamente constituida, para entrar en el orden del día. Hay, pues, unidad de acto referida al momento de constituirse la Junta; pero nada más que en ese momento, pues una vez se ha entrado en el orden del día pueden abandonar la sesión parte de los socios sin que se vicie de nulidad los acuerdos.

1) En primera convocatoria.

Regla general.—La Junta, tanto ordinaria como extraordinaria, queda válidamente constituida cuando se reuna *alternativamente* el *quorum* personal: mayoría de los socios, o el *quorum real*: mayoría del capital desembolsado (la mitad, por lo menos, dice el texto), cualquiera que sea el número de accionistas.

Excepción.—La emisión de obligaciones, el aumento o disminución del capital social, la transformación, la fusión o disolución de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los estatutos sociales necesitan *quorum* reforzado, distinguiéndose:

a) *acciones al portador*: *quorum* real exclusivo, dos terceras partes del capital desembolsado. b) *acciones nominativas*: *quorum* cumulativo, real, dos terceras partes del capital desembolsado, y personal: dos terceras partes del número de socios. Es decir, el *quorum* real y personal habrán de darse simultáneamente, con unidad de acto, antes de constituirse la Junta, y precisamente para darse por constituida.

2) En segunda convocatoria.

Regla general: No hay *quorum*.—La Junta, así ordinaria como extraordinaria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de socios concurrentes a la misma.

Excepción.—Los acuerdos antes dichos que impliquen modificación de estatutos (aumento o disminución de capital, transformación, fusión o disolución, etc.) o emisión de obligaciones, siguen necesitando *quorum*: a) *acciones al portador*: *quorum* real exclusivo, mayoría de capital desembolsado; b) *acciones nominativas*: *quorum* cumulativo: *personal*, mayoría de accionistas, y *real*, mayoría del capital desembolsado.

c) *Acta de la sesión.*—Irà autorizada con las firmas del presidente y del Secretario.

V.—DERECHO DE INFORMACIÓN (art. 66).

El artículo 173 del vigente C. de c. establece la obligación de los administradores de la compañía de mostrar a los socios

los documentos comprobantes de los balances, y contra la negativa de los administradores, el artículo 2.166 de la ley de Enjuiciamiento civil concede al socio el amparo judicial. Fuera de los documentos comprobantes de los balances, el artículo 158 veda a los accionistas el examen e investigación de la administración social, a no ser que los estatutos establezcan otra cosa. El legislador oscila entre la necesidad de que el accionista pueda asegurarse de que no burlan su derecho o perjudican sus intereses, de una parte; y de otra, la indispensable independencia de los administradores y la guarda del secreto comercial. El anteproyecto da una nueva solución: de un lado, más amplia que la del C. de c., pues, en primer lugar, los antecedentes no sólo se refieren al balance, sino a todos o a cualquiera de los asuntos del orden del día; en segundo lugar, la obligación de los administradores comprende algo más que la mera exhibición de documentos comprobantes para abarcar los informes y aclaraciones que pida el accionista, bien por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma. Pero, de otro lado, salvo precepto estatutario expreso, en el C. de c. la obligación de los administradores es terminante, y el juez la salvaguarda siempre; y en el anteproyecto la obligación de los administradores cesa si el presidente, a su juicio, estima que la publicidad de los datos solicitados perjudica los intereses sociales. Comoquiera que el presidente estará designado siempre por la mayoría, la solución del anteproyecto puede dejar sin amparo al accionista aislado o de grupo minoritario. Tal vez este precepto del artículo 66 requiera nuevo estudio y quizá otra solución.

VI.—PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS (art. 67).

Los asistentes a la Junta, bien como accionistas, bien como representantes de accionistas, podrán obtener certificación de los acuerdos adoptados. Además, en todo caso y antes de los ocho días, deberá ser presentado en el Registro mercantil testimonio notarial de los acuerdos inscribibles.

VII.—IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS (arts. 58 a 71).

Todos los acuerdos sociales, sin excepción, pueden ser impugnados.

1) *Causas de impugnación*.—Las podemos agrupar en tres direcciones: a) violación de norma: ley, orden público, buenas costumbres, estatutos y bases esenciales de la sociedad; b) lesión de los derechos de los accionistas o de los intereses sociales en beneficio de uno o varios de los accionistas; c) tacha de votos recusables, indebidamente computados para alcanzar la mayoría necesaria.

2) *Legitimación activa* (art. 70).—*Regla general*: Tienen personalidad para el ejercicio de la acción: los accionistas que no concurrieron a la Junta (por sí o por representante); los que concurrieron, pero no votaron a favor del acuerdo, y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. *Excepción por ampliación*: Las acciones de impugnación de acuerdos que contradigan la ley, el orden público o las buenas costumbres podrán ser entabladas por cualquier accionista, incluso habiendo votado el acuerdo; por los terceros que demuestren un interés suficiente, y por los administradores de la sociedad, en nombre de ésta siempre, y en nombre propio cuando el acuerdo fuere determinante de responsabilidad para ellos.

3) *Legitimación pasiva* (art. 71).—Las acciones de impugnación deberán dirigirse *únicamente* contra la sociedad.

4) *Plazo preclusivo*.—Salvo las nulidades de pleno derecho por infracción de ley, orden público o buenas costumbres, que no precluyen nunca, la acción de impugnación deberá ejercitarse en el plazo de tres meses, a partir de la inscripción en el Registro, o de seis a partir del acuerdo.

5) *Procedimiento* (art. 71).—El anteproyecto articula detalladamente un juicio declarativo en sus tres fases de discusión, prueba y sentencia, contra la que da directamente recurso de casación.

B) *Los administradores.*

Puede haber un único administrador, sin necesidad de Consejo de Administración. En tal caso, los órganos sociales quedan reducidos a la Junta general y a la gerencia unipersonal. En esto nada innova el anteproyecto. Pero, si hay más de un administrador, *varias personas conjuntamente* (art. 74), habrán de funcionar en forma colegiada, llamándose "Consejo de Administración". La palabra *conjuntamente* es equívoca. No sabemos si se refiere al concepto civil de *mancomunidad* o al de *solidaridad*, o los abarca a ambos. Si es esta última hipótesis, basta que se nombren dos gerentes solidarios para que se forme un consejo de administración cuyos acuerdos tendrán que tomarse siempre por unanimidad. Creo que con menos de tres administradores no debe constituirse un Consejo de Administración. Dos administradores producirán únicamente un caso de firma social, solidaria o mancomunada. Y ambas formas son frecuentes en los usos mercantiles españoles.

a) *Nombramiento*.—Para ser nombrado administrador por la Junta general no se requiere la cualidad de accionista (art. 72). Los administradores nombrados en el acto constitutivo no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de tres años, y de cinco, si el nombramiento lo hizo la Junta general. La posible reelección, para unos y otros, indefinida. El nombramiento surte efecto desde su aceptación, y debe inscribirse en el Registro mercantil (art. 73). Cuando por ser varios, los administradores constituyeran Consejo de Administración, la renovación se hará parcialmente. El Consejo podrá proveer interinamente las vacantes eventuales hasta que la Junta general se reúna (art. 74).

b) *Incompatibilidades* (art. 83).—“No podrán ser administradores las personas jurídicas, los sometidos a interdicción, los quebrados y concursados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y los que hubieran sido *condenados por grave incumplimiento* de leyes o *disposiciones sociales*.”

“Tampoco podrán ser administradores los socios con responsabilidad ilimitada o los administradores de otra sociedad competidora, ni las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad.”

Por el artículo 84 los incompatibles deben ser destituidos inmediatamente a petición de cualquier accionista y sin perjuicio de su responsabilidad.

c) *Destitución.* — a) Por la Junta general, *expresamente*, por acuerdo específico, en cualquier momento. El destituido tiene la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 76).

b) Por la Junta general, *implícitamente*, pero de modo automático, mediante acuerdo de promover la acción de responsabilidad contra los administradores, o de transigir o renunciar al ejercicio de dicha acción (art. 81).

d) *Retribución.* — Fijada libremente por los estatutos. “Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detráida 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” (art. 75).

e) *Facultades de toda administración, individual o colegiada.*

1) *Representación legal* (art. 77).—Judicial y extrajudicial.

2) *Representación voluntaria.* — La administración puede apoderar a otras personas (art. 78). Son casos de apoderamientos singulares.

f) *Facultades especiales del Consejo de Administración.* — Además de las facultades anteriores de toda administración, al Consejo, como órgano colegiado, le corresponden las facultades siguientes:

1) *Delegar*, total o parcialmente, todas sus facultades en una comisión ejecutiva o en uno o más consejeros delegados, bien transitoriamente (sin formalidad especial), bien de modo permanente, en cuyo caso se necesita acuerdo *unánime* de los componentes del Consejo, y no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro mercantil (art. 79). “En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado para ello” (art. 78) (14).

2) *Ordenar* la vida del mismo Consejo: designar a su pre-

(14) Opino que esta prohibición de delegar comprende también la de apoderar. A igual razón, igual disposición.

sidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar otros interinamente.

g) *Funcionamiento* del Consejo de Administración (art. 78).

1) *Convocatoria* por el presidente o quien haga sus veces. No hay *quorum* directamente exigido por la ley, pero sí indirectamente con el sistema de la mayoría reforzada. Los acuerdos se adoptarán no por mayoría de los presentes, sino por mayoría absoluta de todos los miembros que integren el Consejo.

2) *Responsabilidad* de los administradores (art. 80). El anteproyecto recoge en términos modernos la responsabilidad en abstracto de un buen padre de familia, no la responsabilidad en concreto o *quam suis*. "Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal." Responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores, del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Es decir, la clásica responsabilidad por dolo o culpa grave. Quien salvó su voto en los acuerdos del Consejo está exento de responsabilidad. El anteproyecto regula la acción de responsabilidad, entablada colectiva o individualmente por socios y acreedores.

c) *Censores de cuentas.*

Se trata de perfeccionar el derecho de información de los accionistas. El C. de c. estimó bastante la posibilidad de inspección y examen de antecedentes por los accionistas y el control de la Junta general respecto de la *realidad, exactitud e integridad* del balance. En algunas legislaciones extranjeras se establece algún órgano especial de inspección. El proyecto de reforma del libro II del C. de c. de 1926 reguló el funcionamiento de un "Comité de vigilancia", de constitución complicada, heterogénea y excesiva. El anteproyecto prescinde de todo órgano colegiado e impone la designación para el ejercicio económico en curso de unos *ensores de cuentas* (unos propietarios y otros suplentes) por la Junta general ordinaria que apruebe las cuentas del ejercicio anterior. De suerte que al aprobar un balance correspondiente al ejercicio último, la Junta general ordinaria debe inexcusablemente nombrar los censores de cuentas

para el ejercicio corriente. Los censores no cesarán hasta que a su vez sean aprobadas en la Junta general ordinaria siguiente las cuentas de este ejercicio.

A) *Número de censores.*—Si la designación es *unánime* (15), se nombrarán dos censores propietarios y otros dos suplentes. Si la elección es por mayoría, el voto mayoritario elige *dos* propietarios y dos suplentes, y la minoría elegirá *un tercero* en propiedad y su suplente, siempre que la minoría represente al menos la quinta parte del capital social desembolsado. ¿No sería más sencillo atenerse siempre al número de dos censores, pero que cada accionista no pudiera votar más que a uno, con lo cual uno saldría necesariamente por la mayoría y otro por la minoría, y quedarían en pie de igualdad, cosa muy conveniente y sin peligro en materia de inspecciones?

Los censores no actúan en forma colegiada. ¿Hará cada uno un informe o todos el mismo informe, previo acuerdo? Para el primer caso es mejor que los censores sean dos en pie de igualdad. Siendo tres, de acuerdo los dos censores de la mayoría, pueden pesar más en el ánimo de la Junta que el informe del censor minoritario.

b) *Funciones de los censores.*—1) Podrán examinar por sí o en unión de persona perita la contabilidad y todos sus antecedentes con la mayor amplitud y el más riguroso secreto profesional incluso respecto de los accionistas. Los administradores podrán limitar el derecho de examen “en casos de excepcional importancia cuando así lo exija el interés social gravemente comprometido”.

2) Examinarán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria, formulados por los administradores para presentarlos a la Junta general.

3) Redactarán un informe, y *por escrito* propondrán la aprobación de los documentos expresados en el párrafo anterior, o formularán los reparos pertinentes.

c) *Tiempo de actuación.*—Por el párrafo 2.º del artículo 110 parece que su función (16) dura alrededor del año, desde la

(15) ¿Vale como unánime la aclamación? En este caso opino que no.

(16) “... y no cesarán en su función”, dice el texto.

Junta general ordinaria que los nombra hasta la siguiente que apruebe el balance de ese ejercicio. Si es así, mientras no se confeccione el balance no pueden hacer otra cosa que ir examinando la contabilidad y sus justificantes. Mas por el párrafo 1.º de dicho artículo resulta que su función dura un mes a contar desde que se les entregue el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria. Creo que esta última es la idea que guió a los redactores del anteproyecto, porque el artículo III establece con carácter *excepcional* la intervención de los censores en *cualquier tiempo*.

d) *Revisión extraordinaria* (art. III).—“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.”

e) *Aprobación de cuentas* (art. III2).—El balance, con su cortejo documental, en unión del informe de los censores, se pondrán por los administradores (17) a disposición de los accionistas quince días antes de la celebración de la Junta general.

“La aprobación de estos documentos por la Junta no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido.” Esta salvedad del anteproyecto no afecta a la eficacia convalidante respecto de terceros del acuerdo de aprobación.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS.

(17) “... por el Consejo de Administración”, dice el texto del artículo III2, olvidando que en algunas sociedades puede no haber Consejo de Administración.



MUNDO HISPÁNICO

