

¿CRISIS DE LA SOCIEDAD ANONIMA?

REFLEXIONES SOBRE LA PROYECTADA REFORMA LEGISLATIVA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

I. LA OPINIÓN DE LOS CIVILISTAS

LA división, ya secular, entre Derecho civil y Derecho mercantil, ha sido respetada meticulosa y hasta excesivamente por los civilistas, conducta despegada que pudicra interpretarse como deseo de hasta ignorar el extravío separatista de esta rama del Derecho. Postura, a primera vista, tanto más extraña cuanto que parte de la doctrina jurídica aceptaba, como hecho importante y real, la recepción por el Derecho civil de conceptos e ideas hijos de la doctrina mercantil, y, sobre todo, cuando ésta misma pretendía —y sigue intentando— ensanchar constantemente el ámbito del Derecho comercial, y a costa del Derecho civil (1).

Ejemplo de esta indebida indiferencia lo ofrece la polémica sobre la proyectada reforma de la Sociedad anónima, en la que, entre tantas voces discordantes y sin autoridad, apenas se ha oído la de algún civilista. Lo que es de lamentar, porque quizá no estaría de más considerar la reforma desde un nuevo ángulo menos especializado, sin los prejuicios de una técnica aprendida o la pasión propia del directamente interesado, y que tuviese en cuenta los criterios tradicionales del Derecho civil.

No es de ocultar que el atreverse a opinar en una materia extraña a la propia especialidad lleva consigo riesgos ciertos de extravío, pero no deja de ser verdad que hasta la más osada experiencia

(1) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.^a ed., 1949, pág. 124 y sig., página 282, núm. 6.

del ignorante, explorando nuevos caminos, puede ser —hasta en sus mayores dislates— acicate o motivo para nuevos y más profundos estudios del sabio. Tales consideraciones, pobre paliativo a la audacia, han decidido esta publicación y, en parte también, la esperanza de que entre la algarabía desconcertada y desconcertante de discursos y escritos, de críticas de listos o de ignorantes contra la obra de algunos de nuestros mejores hombres de ciencia, pasen inadvertidas las reflexiones de un forastero a la doctrina mercantil. También —¿por qué no decirlo?— la perspectiva de que, con su mismo desacierto, provoque la respuesta aleccionadora, tan esperada, del magisterio iusmercantilista.

Cuestión previa a todas las posteriores consideraciones es la de si existe o no un punto de vista peculiar de la doctrina civil, que pueda permitirle un enfoque propio de la reforma de la Sociedad anónima. Adviértase que no se trata de discutir la distinción, o los criterios a seguir para ella, entre Derecho civil y mercantil, sino de otra cuestión distinta, aunque concomitante: la de preguntarse si se inspiran en ideas distintas las doctrinas hoy dominantes en las ciencias del Derecho comercial y civil.

Los juristas han advertido hace tiempo una serie de hechos significativos. Mientras se hablaba de crisis, de agonía y hasta se profetizaba la muerte próxima del Derecho civil, el Derecho mercantil se afirma en campos siempre nuevos. Y por una de esas paradojas a que la Historia nos tiene acostumbrados, en el momento en el que casi desaparece la significación jurídica y social del comerciante, coincidiendo así con la pérdida de su contenido y hasta de su propia razón de ser, el Derecho mercantil crece y aumenta sin cesar, en valor cualitativo y cuantitativo. El cauce para ello quedó abierto por el influjo preponderante que logran las concepciones materialistas en el siglo XIX, especialmente manifiesto en las teorías que rebajan la personalidad a la condición de administradora de Empresas (incluso la personal) (2), y que reducen al sujeto a «irremediable e irremplazable complemento de la mercancía» (3). La consecuencia la saca la doctrina mercantilista que, en el ambiente creado por estas ideas, encontrará natural postular la expansión de de las disposiciones mercantiles, mediante la conversión de los actos

(2) STAMPE, *Einführung in das bürgerliche Recht*, 1920, págs. 4, 5 y 3.

(3) PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929, págs. 13, 14 y 57.

mixtos en actos mercantiles (4) y, sobre todo, transformando al Derecho mercantil en Derecho de las Empresas (5); lo que aseguraría la reglamentación de casi todo el Derecho del tráfico por el Derecho comercial (6). En esa situación de la doctrina resultará posible, y hasta lógico, que se piense que el viejo Derecho civil quedaba desplazado por un rejuvenecido Derecho comercial, que así podría sustituir (reemplazándolo o dándole nuevo sentido) a todo el Derecho patrimonial.

El significado de esta evolución es mucho más hondo, y sólo se ha descubierto, en todo su alcance, al ponerse de relieve la estrecha relación que hoy tienen capitalismo y Derecho mercantil y la generalizada tendencia a que éste funcione como el Derecho patrimonial del capitalismo (7). Esta intuición, tan certera como fecunda —sin necesidad de entrar en distingos de matiz (8)— nos da la clave para comprender algunos de los fenómenos más importantes del Derecho moderno.

La sociedad moderna ha sido influenciada profundamente por esa nueva concepción del vivir que se ha llamado capitalismo (9). Lo que ha tenido importantes y naturales repercusiones en todo el Derecho privado; pero, también, y ello es innegable, han quedado instituciones exentas de su dominio, y de ellas han partido y pueden partir movimientos opuestos de defensa y contraofensiva.

En las mismas reglas y principios del Derecho mercantil, se advierten hoy todavía dos estratos: uno, residual, correspondiente a la concepción profesional del comerciante (10); y otro, impuesto

(4) Una exposición muy exacta y expresiva de sus consecuencias en VIVANTE, *Tratado de Derecho mercantil*, 1.^ª ed., esp., 1932, I, págs. 33-34.

(5) La opinión dominante la recoge muy bien GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1, págs. 25-29.

(6) Incluso comprendiendo dentro de él a derechos de carácter personalísimo, como los de autor e inventor y las relaciones de trabajo.

(7) CONDE, *La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo*, R. D. M., 1947, págs. 167-190; RUBIO, *Sobre el concepto de Derecho mercantil*, R. D. M., 1947, págs. 317-330.

(8) F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, págs. 125-127.

(9) Que impone como valor primario la mayor riqueza, y como aspiración el acrecentamiento ilimitado de ganancias. Su clase dirigente y modelo es la de los financieros; clasifica a las personas por el dinero que tienen; estima a la economía como la fuente única o decisiva del acontecer social.

(10) Por ejemplo, los criterios de buena fe, antiformalismo, el módulo del honrado comerciante.

por las exigencias del capitalismo (11). Ha sido éste el que dominará de modo general en la doctrina y práctica actuales. La transformación y desnaturalización del antiguo Derecho que esto significa, ha sido posible por el carácter de «ius singulare» con que naciera el Derecho de los mercaderes, por su consiguiente carencia de propios principios generales, falta de arraigo tradicional y desconexión con el Derecho natural. Por ello no será difícil que la autonomía de la voluntad y los usos y prácticas mercantiles se utilicen para enmascarar las reglas creadas por los poderes financieros (12). Así, el antiguo sentido de Derecho privilegiado del Derecho mercantil renace (13), pero no en favor de los mercaderes, sino de los poderes anónimos rectores de las finanzas (14).

La estructura económica de la Sociedad moderna y la presión de la ideología capitalista se dejó sentir, ciertamente, también en la doctrina del Derecho civil. Pero el transitorio predominio del positivismo dogmático en la edad de oro del post-pandectismo no llega, en ningún momento, a hacer verdad la frase de la «mercantilización del Derecho civil», pues ni siquiera en su época de mayor

(11) Así, los criterios de la abstracción y formalismo, la seguridad del tráfico y la despersonalización de las relaciones jurídicas.

(12) Incorporación del crédito al título, contrato de cuenta corriente de depósito, cláusulas generales de los negocios, movilización de los bienes inmuebles, depósito de títulos con transmisión de poderes, regulación de la Sociedad anónima, Sociedad de responsabilidad limitada, etc.

(13) De Derecho privilegiado gremial pasa a ser Derecho singular, y luego Derecho especial, para tratar de convertirse ahora en Derecho general común y normal, que impone y garantiza unos nuevos privilegios de clase en toda la vida social.

(14) Quizás tuviese interés para la Historia del Derecho destacar los momentos cruciales del desplazamiento del mercader, por el prestamista, del centro de la vida económica y, en su consecuencia, de la dirección en la creación de los usos, prácticas y doctrina mercantil. Uno de ellos pudo ser el de consentirse la asimilación entre mercaderes, negociadores y cambiistas (al utilizar el «cambio seco»). Otro, cuando los antiguos depositarios de dinero (Bancos en el continente y los orfebres en Inglaterra) son sustituidos o confundidos con los prestamistas, financiando empresas industriales y comerciales; bajo la cobertura del nombre de banqueros y comerciantes (Bancos industriales, «merchant bankers») escapan de las leyes represivas de la usura y utilizan en su beneficio la holgura de los preceptos comerciales; todavía los primeros Códigos mercantiles (francés de 1807, español de 1829) no se ocupan de los Bancos.

influjo sus teorías logran la aceptación general (15). Al contrario, inmediatamente, la doctrina civilista reacciona con energía, e importantes movimientos teóricos se oponen a las teorías determinadas por el capitalismo (16).

No es de extrañar esta actitud de la doctrina civilista; es la que corresponde a su origen y a las notas que han caracterizado de siempre al Derecho civil: la «*aequabilitate conservatio*» ciceroniana (igualdad de Derecho privado en la comunidad política) y la conexión con el Derecho natural (dependencia de todos los poderes sociales a los criterios de Justicia). Ideas tradicionales que, aunque poco visibles o sólo latentes en algunos momentos y autores, ningún buen civilista ha dejado de servir. Por ello mientras el capitalismo y sus seguidores, consciente o inconscientemente, tienden a predicar la muerte, por inactual y agotado, del Derecho civil, y la doctrina mercantil acepta o defiende las nuevas figuras mercantiles, es lógico que los civilistas proclamen el valor perenne de los principios del Derecho civil y censuren, alarmados, los artilugios jurídicos del capitalismo. Continúan fieles así en su defensa secular

(15) Recuérdese la oposición a la doctrina declaracionista en el negocio jurídico; el mantenimiento de las llamadas «*válvulas de seguridad*» y «*preceptos regios*» del ordenamiento (Buena fe, orden público, buenas costumbres, equidad) —de los que todavía se quejaba HEDERMANN (*Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933), y que luego utilizará ampliamente al abandonar su postura positivista—; la conservación de la doctrina de la causa, etc.

(16) La ofensiva, frente a las concepciones positivistas, se ha manifestado en muy numerosos aspectos; por ejemplo, la moderna reacción contra los negocios abstractos, el destacarse el significado moral de las obligaciones, la doctrina del abuso del derecho, los derechos de la personalidad, las múltiples figuras protectoras de la libertad real (tan alejada de la supuesta por la concepción liberal de la autonomía de la voluntad) de la persona, la valoración de los móviles de los actos, la cláusula *rebus sic stantibus*, la investigación de la realidad a través de las formas de cobertura (representación directa e indirecta, negocios fiduciarios, Sociedades, etc.).

Esta dirección llega hasta pedir una revisión general de los conceptos jurídicos: MORIN, *La révolte du Droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, 1945.

Y ya se ha dicho que la finalidad del Derecho español debería ser educar, preparar y facilitar el clima social propicio para que la preponderancia de las valoraciones económicas sea sustituida por la de los valores morales y humanos; que la situación social del hombre corresponda en lo posible a su aportación a la comunidad, en vez de que su consideración aumente en proporción a lo que ha sustraído de ella.

de la «aequabilitas», y como antes descubrían el carácter anómalo del Derecho feudal, ahora muestran las naturalezas, no menos anómalas, de las figuras jurídicas, que modernamente se han tratado de hacer pasar como jurídicas bajo el amplio y oscuro manto del Derecho mercantil (17).

La actitud natural en un civilista, frente al debate sobre la Sociedad anónima, será la de la crítica objetiva; no puede considerarla como figura jurídica con valor «a priori» ni aceptar como postulado la protección de los intereses de una clase; procurará averiguar su «ratio iuris», su adecuación a los fines legislativos y se preguntará por su justificación ante la Justicia social. No estaría de más por ello que juristas que se saben servidores de la Justicia (18) opinasen sobre la reforma de la Sociedad anónima, pues, posiblemente, sus puntos de vista podrían aportar alguna sugerencia nueva, útil e imparcial al debate (19).

III. LA POLÉMICA EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Pocos habrán sido los textos jurídicos que en Europa se han redactado con cuidado mayor y por técnicos de más competencia.

(17) La contraposición hecha en el texto entre doctrina mercantilista y civilista es demasiado esquemática. Del mismo modo que muchos civilistas fueran influenciados por las ideas dominantes de la doctrina comercial, ha habido comercialistas defensores de los puntos de vista de la doctrina civilista que, además, no debe olvidarse coincidían con la antigua concepción del Derecho mercantil. También debe recordarse que muchos autores han trabajado y trabajan en ambas ramas del Derecho privado.

(18) Se ha dicho que «el jurista es un servidor de la economía», RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, pág. 50; afirmación incierta como hecho, incompatible con el concepto mismo y la misión verdadera del jurista.

(19) El núcleo de las notas que siguen lo forman las redactadas para informe a la Dirección del Instituto de Estudios Políticos. Se publican sin cambiar su tono y carácter primitivo (salvo alguna pequeña variante o añadido, habiendo sido completamente rehecho el apartado III, 3), y así, sin ninguna posible pretensión de estudio reposado y de hondura científica, su propósito principal es solicitar la intervención de los hombres de Derecho no adscritos a las direcciones positivistas, y recordarles la urgencia de defender a la ciencia jurídica, en todas sus ramas e instituciones, en las leyes y en la doctrina, de los avances de las concepciones materialistas.

y nombradía que el «Anteproyecto de reforma de la Sociedad anónima», redactado por la Sección de Reforma del Derecho privado del Instituto de Estudios Jurídicos (20). Por ello, por su gran valor intrínseco y con sobradas razones, se le recibe por los especialistas, de modo general y unánime, como la última palabra de la doctrina, y con este significado se le usa, cita y comenta por los estudiosos españoles y extranjeros.

Apenas han transcurrido dos años de su publicación cuando la decoración cambia de modo brusco e inesperado. La iniciativa del Gobierno de abrir información pública sobre la conveniencia de convertir el Anteproyecto en ley, ha desencadenado en contra suya una casi unanimidad de censuras, aunque por distintas razones y de diverso origen y carácter.

Atender al porqué de este brusco cambio de opinión de los especialistas y valorar las razones de las corrientes más importantes de la crítica, puede ser preliminar que facilite el posterior estudio del significado de la Sociedad anónima y la trascendencia social de su reforma.

Los ataques al Anteproyecto más continuados e insistentes, de más acre e hiriente intención, han partido de los círculos financieros y de juristas especializados en materia de Sociedades. Aparte reparos de detalle y de observaciones técnicas (algunas muy finas y de gran interés), la campaña se ha centrado en la defensa del régimen vigente y en lo inadecuado de cualquier reforma. Hábilmente, se ha extraído el fundamento de la réplica del mismo preámbulo del Anteproyecto. En él se alude, un par de veces, al «ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios en España» (21). Recogida esta afirmación, los argumentos en favor del «status quo» legislativo fluirán con facilidad y abundancia. Pues si bajo la vigente legislación se ha conseguido este envidiable resultado, si la situación de las Sociedades es sana y moral, no se advierte la necesidad de correr el riesgo que siempre acompaña a una reforma legislativa. A ello se añade la amplitud de la reforma propuesta,

(20) *Reforma de la Sociedad Anónima*, 1947. Colaboraron en su redacción: JOAQUÍN GARRIGUES, JERÓNIMO GONZÁLEZ, MANUEL DE LA PLAZA, RODRIGO URÍA, ANTONIO RODRÍGUEZ CIMENO, JUAN E. PALAO, FERNÁNDO SÁINZ DE BUJANDA.

(21) *Reforma de la Sociedad Anónima*, págs. 8, 20.

lo extenso del articulado del Anteproyecto (22), su carácter reglamentista, el que limita en exceso la autonomía de la voluntad, todo lo que, en resumen, significaría trabar el libre juego de los negocios, coartar la iniciativa de los promotores y retraer a los capitanes de Empresa, resultado especialmente grave en momentos de crisis económica como el actual. Así, la reforma es adjotivada primero de innecesaria, para aplicársele después los calificativos de inoportuna, peligrosa para la economía y contraria a la libertad.

La ingeniosa sencillez de esta argumentación no logra ocultar su artificio. Lo primero que se advierte es que las amables frases citadas del preámbulo tienen sólo el valor de una retórica cortés. Nadie dudará de que existen hoy bastantes promotores y administradores de Sociedades de conocida honestidad y seriedad, pero tampoco puede negarse que, en los momentos actuales, después de una serie de experiencias desgraciadas, es público y notorio que la ligereza o mala fe de más de un promotor o director ha supuesto graves pérdidas y hasta la ruina de muchos confiados accionistas. La ilusión en el «ambiente de honestidad» en el mundo de los negocios, desgraciadamente se ha disipado en España. Sólo es cierto que las quejas de los expoliados por las combinaciones financieras, las más de las veces, no llegan a los Tribunales y que, cuando llegan, demandas o querrelas, quedan sin éxito; pero esto ocurre no porque se demuestre la falta de maniobras fraudulentas o la no existencia de un despojo injusto, sino porque el Código de Comercio, con su criterio liberal, o mejor dicho, inhibicionista, no ofrece remedio jurídico alguno, y perjudicados, abogados y jueces tienen que resignarse a la irremediable injusticia (23).

El sistema abandonista del Código de Comercio, aprovechado por financieros desaprensivos o simplemente imprudentes, no sólo ha perjudicado a los accionistas, obligacionistas y acreedores defraudados, sino que, también, está creando una progresiva y siempre más acentuada desconfianza, que produce un retraimiento del

(22) El Código de Comercio tiene sólo 24 artículos, mientras el Anteproyecto tiene 173.

(23) Algunos de los más recientes escándalos se hubiesen evitado o reprimido si hubieran estado en vigor los preceptos del Anteproyecto sobre aportaciones no dinerarias y sobre su revisión (arts. 32 y 33).

ahorro respecto a las inversiones, que redundaría en perjuicio de la economía nacional (24).

En todo caso, aunque fuese cierta esa pretendida general «honestidad» de negociantes y financieros y se viviese en una Arcadia feliz de benéficos promotores y abnegados consejeros de Administración, no sería inútil, sino prudente, el dictar medidas preventivas que reforzasen los buenos hábitos y sancionasen los posibles extravíos; no porque en una época no se cometan parricidios sería aconsejable suprimir la sanción de este delito de la lista de las penas.

La alegación de que cuando se pide el mantenimiento del régimen del Código de Comercio y la repudiación del Anteproyecto lo que se hace es defender la libertad, es sólo resucitar un viejo y gastado tópico, y por grande que sea la finura intelectual y el convencimiento de quien lo utilice, sonará a hueco a los hombres de hoy. La experiencia de más de un siglo ha enseñado que la verdadera libertad no consiste en dejar hacer, sin traham ni responsabilidad, a los más poderosos y más hábiles y que la defensa de la verdadera libertad exige normas legales que defiendan a los económicamente más débiles y a los hombres confiados y sencillos (25).

Mas ni aquella supuesta inutilidad del Anteproyecto ni esa imaginaria defensa de la libertad explican la fortísima reacción en contra suya de los círculos financieros. La causa es otra, no mencionada expresamente y de mucha mayor importancia: que el mecanismo jurídico del Anteproyecto hiere directamente o amenaza muy importantes intereses. Bastará recordar que limita el poder omnímodo e ilimitado de los que manejan la mayoría, que se arbitran medios fáciles para impugnar los acuerdos sociales, que a los promotores y administradores podría exigírseles responsabilidades, que se impide el productivo juego de las acciones en cartera, se suprimen las especiales ventajas económicas y el voto plural y que se hacen revisables las valoraciones de las aportaciones no dinerarias.

A cambio de estas pérdidas, no se ofrece a los financieros nada efectivo. Algunos mercantilistas pensaron que, mediante el pro-

(24) Como razón del Anteproyecto se ha dicho: para no matar la gallina de oro de la confianza, bien estará hacer el sacrificio de una reforma de la legislación de las Sociedades anónimas.

(25) El mismo concepto de libertad formal se esgrimió para amparar la esclavización del obrero por el patrono.

yectado «adecentamiento y regularización» de la Sociedad anónima, podría conseguirse una disminución del intervencionismo estatal y señalaban, como compensación a los mencionados recortes de poder, una previsible mayor estabilidad legislativa en materia de Sociedades (26). Este señuelo no resulta eficaz, pues no sólo la reforma no podía ser una garantía contra el intervencionismo fiscal y económico, sino que éste, en sí, no es tan mal visto por las finanzas como se quiere hacer creer. La táctica de la queja y la lamentación ha sido usada siempre y con buen éxito, y oculta muchas veces ventajas muy lucrativas. Las medidas intervencionistas preparadas, conocidas o simplemente previstas por los grupos financieros rectores son espléndidas y seguras fuentes de provechos, a costa de los no advertidos, coyunturas económicas artificiales, explotables sin riesgos, en Bolsas y mercados.

De muy distinto carácter y dirección es el otro frente de la crítica hecha al Anteproyecto: el que le acusa de reforma tímida e incompleta. Formado por grupos de idealistas de diferentes escuelas y aspiraciones, coinciden en estimar la Sociedad anónima como la expresión más genuina del capitalismo y, condenando éste, proponen fórmulas más o menos directas para suprimir la Sociedad anónima. Aunque lo generoso de sus móviles no resalte siempre con la debida limpidez, maculada la crítica por algunos excesos retóricos de censura y por una cierta injusticia al apreciar el Anteproyecto, desconociendo su valor positivo, en todo caso ofrece importantes sugerencias, que pueden servir de punto de partida para considerar el Anteproyecto desde un ángulo opuesto al anterior y posiblemente más fecundo.

Las ideas que inspiran el Anteproyecto y sus principios rectores se enuncian, con ejemplar claridad, en su primeroso preámbulo. Puede éste servirnos así de guía segura para contrastar sus directrices con los criterios generales que se le han opuesto o pueden oponérsele.

a) Se dice que la regulación del Anteproyecto trata de instaurar en España «el Derecho universal de la Sociedad por acciones» (27).

(26) *Comp. Reforma de la Sociedad anónima*, págs. 9-12; GAY DE MONTELLÁ, *Tratado práctico de Sociedades Mercantiles*, s. d. II, pág. 37.

(27) *Reforma de la Sociedad Anónima*, págs. 17 y 18.

En efecto, sin dificultad se descubren las concordancias entre el articulado del Anteproyecto y las legislaciones suiza, italiana y alemana. Precisamente la comparación con ellas permite comprobar y admirar la prudencia de los redactores del Anteproyecto, que han sabido escoger, corregir y completar con envidiable acierto las disposiciones más atinadas de las leyes de mayor corrección técnica.

La censura —desde otro sector— hecha por esta causa al Anteproyecto, de ser extranjerizante y de ir a la zaga de patronos forasteros, es inaceptable cuando se hace por quienes sirven a la ideología capitalista, pues ésta impone carácter universalista o internacional a sus instituciones y a las figuras jurídicas que utiliza.

En cambio cabría señalar que el Derecho, considerado como universal por el Anteproyecto, corresponde a una época de transición (capitalismo moderado) y que hoy las tendencias legislativas y doctrinales más recientes están inspiradas en criterios de recelo, control o represión del capitalismo (anticapitalismo moderado).

Es aquí donde surge la primera y más grave interrogante respecto al acierto de los principios rectores del Anteproyecto: ¿Sirve a la Justicia social, criterio que debe ser el supremo para la ordenación jurídica española?

b) El Anteproyecto parte de la creencia en unos principios connaturales a la «esencia» de la Sociedad anónima, que hay que respetar y que es imposible contradecir (28).

La intangibilidad dogmática, la existencia de unos principios y de una esencia connatural a la Sociedad anónima son afirmaciones que a un civilista le parecen restos de las ilusiones que creara antaño la concepción positivista del pandectismo. La Sociedad anónima, figura jurídica moderna y artificial, carece de fundamento extrapositivo, y, lo mismo que ha sufrido grandes y fundamentales cambios en su estructura y funcionamiento, nada impide que pueda sufrir otros más profundos para adaptarla a nuevas necesidades económicas o políticas y que signifiquen una alteración de esencia y de principios.

c) Se afirma en el preámbulo que sería «insensato querer privar a la Sociedad anónima de su carácter capitalista» (29).

(28) *Reforma de la Sociedad anónima*, pág. 14.

(29) *Idem*, pág. 15.

Si con esta frase se afirma que la Sociedad anónima es una Sociedad de capitales y que ello es algo que le da carácter, se dice algo evidente; pero si, como parece, con ella se pretende vincularla a la concepción capitalista y liberal, habría que oponerle una decidida negativa (30). La realidad contemporánea nos enseña que, si bien la Sociedad anónima fué creación capitalista, puede cambiar de carácter y, tan hondamente, que sea posible el que existan Sociedades anónimas en Estados en los que se condena el capitalismo, que se mantenga la forma de Sociedad anónima en las empresas nacionalizadas y que siguieran siendo Sociedades anónimas las controladas por financieros que habían perdido su libertad de decisión en aquellos Estados que sometían la economía al poder gubernamental o a las directivas del partido único. En todos estos casos habría necesidad de admitir que se cambió la «esencia» de la Sociedad anónima al dejar de servir al liberalismo capitalista y al estar informada por principios políticos, económicos y jurídicos diametralmente distintos; pero ello, no obstante, es un hecho que en esos tan diversos regímenes se mantuvo la forma o figura jurídica de la Sociedad anónima.

Las observaciones ya hechas indican que la discrepancia con el Anteproyecto es radical, pues se refiere al método jurídico y a la misión misma del Derecho. El legislador y el jurista —parece— no están obligados a aceptar como dogma la doctrina creada por el positivismo, en un clima social tan distinto del contemporáneo; uno y otro pueden y deben enfrentarse con la Sociedad anónima como una figura jurídica en crisis, respecto a la que hay que preguntarse, primero, si conviene conservarla y a la que, si se le considera admisible, será preciso después acomodar, con criterio de justicia, las realidades de la hora presente.

Resumiendo: de la polémica en torno al Anteproyecto, resulta que ha irritado a los círculos capitalistas, que ven amenazadas algunas de las productivas ventajas que les confiere el silencio del Código de Comercio (31), que es repudiado también por los que

(30) *Comp. loc. cit.*, pág. 1. Además, si ello fuera así, bastaría esa afirmación para la condena de la Sociedad anónima a los ojos de todos los que sean contrarios a las ideas políticas del capitalismo liberal.

(31) Se ha apuntado que la campaña contra el Anteproyecto pudiera ser una habilidad táctica, con lo que se procuraría evitar una reforma más radical, y, en todo caso, aparecer como víctimas a los ojos del público.

aspiran acabar con la organización capitalista y que, en fin, tampoco satisface a quienes no comulgan con su orientación jurídica doctrinal. De este modo, el Anteproyecto, con su carácter discreto de obra inspirada en las legislaciones europeas de la época del capitalismo moderado, no ha satisfecho a ninguna de las fuerzas en lucha, pero es posible y nada improbable que se acepte como criterio de transacción entre tendencias irreconciliables o que se convierta en ley como compás de espera hasta una nueva coyuntura.

En todo caso, resulta injusto que sólo se le hayan señalado lunares y amontonado censuras y que, en general, se hallan callados los valores positivos del Anteproyecto. Aunque no se esté de acuerdo con su orientación general ni con muchos de sus artículos, cada elemental lealtad reconocer que, además de su cuidadosa elaboración técnica, contiene una serie de disposiciones que tratan de corregir los fallos más graves del sistema del Código de Comercio. Bastará comparar la situación de desamparo en que el Código de Comercio deja al accionista minoritario; la Sociedad anónima es creada conforme al arbitrio ilimitado de promotores y fundadores; su funcionamiento está en manos de quienes manejan la mayoría y, prácticamente, los promotores y administradores gozan de total impunidad a costa de accionistas (sin poder de control), obligacionistas, acreedores y del público en general. Del Anteproyecto, en cambio, se destacan como especialmente afortunadas, una numerosa serie de bien meditadas medidas para imponer a la Sociedad anónima un funcionamiento correcto y para reprimir las más graves injusticias del régimen del Código. De entre ellas, pueden citarse, especialmente, las que regulan la responsabilidad de los promotores (arts. 29, 30), la revisión de las aportaciones dinerarias a la Sociedad (art. 33), la responsabilidad de los administradores (arts. 30, 31), la exclusión del voto plural (art. 39) y del sistema oligárquico (arts. 73, 76), la subordinación de la retribución de los administradores, consistente en una participación en las ganancias (art. 75), la facultad de la minoría de poder solicitar, en ciertos casos, la reunión de Juntas extraordinarias (art. 57), la posibilidad de impugnar los acuerdos de la Junta general (art. 68), la protección de los obligacionistas (art. 120 y sigs.), la supresión de acciones en cartera (art. 9.º) y hasta un atisbo de represión a las Sociedades de Sociedades (art. 83).

III. SIGNIFICADO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

El proemio del Anteproyecto y, sobre todo, la realidad social, prueban sobradamente la necesidad y la urgencia de sustituir el ineficiente articulado del Código de Comercio por unas normas justas y aptas para regir la vida social moderna. Lo primero que se requiere al proyectar una ley, antes de fijar sus bases y desarrollar su articulado, es conocer la materia social a regular, las circunstancias que la determinan o sobre las que ella influye y el instrumental técnico a utilizar. Desgraciadamente, esta labor previa e imprescindible no está hecha de modo satisfactorio respecto a la Sociedad anónima; al jurista moderno no pueden satisfacerle los clichés antaño acuñados y ni siquiera le bastan las sabias explicaciones de los redactores del Anteproyecto. Se impone, pues, el plantearse «ab imis» la cuestión del significado de la Sociedad anónima y, a todo riesgo (32), examinar sus principales repercusiones sociales y, en especial, valorar su significado en la Economía, en la Política y en el Derecho.

1. *Significado de la Sociedad anónima
en la Economía*

Es un tópico usado y repetido con machacona insistencia, por economistas y mercantilistas, que la Sociedad anónima ha sido y es el mejor instrumento del capitalismo moderno; que ni el invento de la electricidad, ni del vapor, ni el de la aviación han favorecido tanto al progreso de la Economía como la Sociedad anónima y, en fin, que el actual florecimiento del capitalismo y de la economía, orgullo del hombre moderno, no hubieran sido posibles y ni siquiera concebibles sin la Sociedad anónima.

Este lugar común, como tantos otros, tiene un tanto de verdad y un mucho de falso. Es posible que las más de las comodidades que ha traído el moderno progreso sean debidas a los medios pecuniarios que los financieros facilitan a la industria, a través del mecanismo de la Sociedad anónima. Mas ni siquiera esta colabo-

(32) Los que se corren siempre al plantearse nuevas cuestiones y al explorar, sin la guía de la previa investigación científica, campos no bien conocidos.

aja de tener un

os creadores del

Cada uno con
os, y dominan-
as, el inventor,
es, los hombres
a economía del
mos promotores
talismo muestra
el industrial; a
la de los explo-
splazamiento de
ada como arma
dirección de las
de la Sociedad,

y el mecanismo
ra, de adminis-
teraliza la buro-
anónima de los
s iniciativas en-
onde la compe-
ocial, el capita-
iniciativa (34).
strial que tiene
egura y enemiga
las dos guerras

pagado el éxito de
niños (respecto a
ción de Villermé;
arraigo de la vida

uropeo y el norte-
os, con prácticas
a vida financiera,
dientes impide el
financiero (una es-
os); en Inglaterra,
encia de los viejos
ción de empresas.

mundiales: cuando los Estados en peligro han tomado la dirección económica de los países y han financiado sin tacañerías, es cuando la industria ha dado los saltos gigantescos e insospechados que transforman la vida del hombre contemporáneo. Así, la Sociedad anónima, que sirviera en los comienzos del gran capitalismo de cauce a la financiación de la industria y con ello a su desarrollo y expansión, es utilizada después por los financieros para esclavizar a la industria y al comercio, con graves trastornos de la economía general.

Estas consideraciones elementales pueden servir para centrar la cuestión de la reforma de la Sociedad anónima respecto a la economía. Esta figura jurídica es sólo un instrumento, que puede utilizarse para bien o para mal. El decidir sobre la conveniencia de conservarlo o suprimirlo, de reformarlo en una u otra dirección, hace preciso saber primero cuál sea la organización económica que se estima preferible.

Previamente, por tanto, parece que habrá que afrontar dos grupos de cuestiones:

a) ¿Conviene mantener el control y general dirección que hoy ejercen los financieros sobre toda la vida económica de la Nación? ¿Debería decidirse el Estado a la nacionalización de la gran industria, o, al menos, de la Banca? ¿Sería preferible fomentar la libre iniciativa industrial reduciendo la Banca a su cometido específico?

b) ¿En el momento presente, dada la situación de la economía española y la situación internacional, sería aconsejable una reforma radical, mantener simplemente el «status quo» o bien adoptar medidas moderadas y de transición?

Sin intentar contestar estas interrogantes, para lo que sería preciso el informe previo, detallado e imparcial, de los especialistas en Economía, pueden hacerse algunas consideraciones generales en relación con la proyectada reforma legislativa.

En caso de creerse conveniente que continuase el dominio, casi incontrolado, de la Economía nacional por los financieros, no parece dudoso que debería mantenerse intacto el sistema del Código de Comercio. También sería aconsejable conservarlo si se piensa en una nacionalización de la gran industria en el próximo futuro. Mientras más profundamente cale y sea más completo el dominio de la concepción financiera, será también mayor el aburguesamiento, la burocratización de las finanzas y la pérdida de independencia de la industria; lo que permitirá que, de modo natural, como fruta madu-

ra que cae y medida de cuya justicia nadie dude, sin trastornos económicos, se acepte y se imponga la nacionalización. Incluso, con el mínimo esfuerzo, podría conseguir el Estado el control de la gran industria con sólo nacionalizar los grandes Bancos.

La aceptación del Anteproyecto, dígase lo que se diga, no significaría ninguna perturbación económica, pues en nada altera el «status quo» de los poderes económicos. Si acaso, podría suponer un aumento de la confianza del ahorro en las inversiones, al enterarse el público del adecentamiento que se impondría en la creación y funcionamiento de las Sociedades anónimas.

Si, por el contrario, se entiende que debe fomentarse el espíritu de libre iniciativa en la industria y el comercio y despertar el sentido de responsabilidad, sería preciso arbitrar medios para independizar a una y a otro del dominio financiero. En este caso— incluso sin necesidad de nacionalizar a la Banca— habría de pensarse en una reforma radical de la Sociedad anónima, que redujese a los financieros a su condición natural de prestamistas y que impidiese que la burocracia bancaria y la administrativa coartasen ese espíritu de iniciativa.

2. *Significado de la Sociedad anónima en la Política*

Con inspiración de vate y de político, Alphonse de Lamartine, en 1838, denunciaba a un nuevo enemigo de la libertad: «el feudalismo del dinero» (35). No es ésta una frase hueca ni un latiguillo demagógico, sino que apunta a una de las realidades sociales más importantes del mundo contemporáneo. Aquí importa recordarla, ya que los financieros han conseguido dominar en la Sociedad moderna, especialmente utilizando el arma jurídica de la Sociedad anónima.

Las primeras Sociedades por acciones («chartered companies», por «charte royale») ostentaban abiertamente su carácter de figuras de Derecho público y su participación en el poder soberano (36).

(35) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, pág. 66.

(36) Monopolios, jurisdicción civil y criminal, acuñación de moneda, imposición de impuestos, hasta la facultad de hacer la guerra y de concluir Tratados.

Al morir el antiguo régimen desaparecen, pero pronto surgen otras, de exterior análogo, como figuras de Derecho privado, para —por medios indirectos y secretos— convertirse en las instituciones desde las que ejercen su influjo las nuevas fuerza rectoras, alcanzando, de hecho, un nuevo significado político, al adueñarse los poderes financieros del timón de la política liberal (37).

En Francia, sus historiadores han sabido señalar la intervención decisiva de los financieros en algunos cambios políticos en el golpe de Estado de brumario, en 1830 y en 1848. Muy significativo parece otro hecho, al parecer no advertido: el que con cada una de esas fechas coincidían momentos cruciales de la historia de la Sociedad anónima. En efecto, en 30 de brumario del año IV se autoriza por primera vez la Sociedad por acciones; las comanditas por acciones florecen bajo la monarquía de julio; durante el segundo Imperio, se crean las Sociedades de responsabilidad limitada (38), y, al fin, la libre constitución de Sociedades anónimas (39). Parece como si los Gobiernos, en pago de la ayuda económica prestada por los

(37) Muchos datos respecto a la influencia de las fuerzas capitalistas sobre los políticos de la democracia en RIEPER, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, 1948. Su interpretación de los hechos no siempre puede aceptarse.

(38) Proclamándose el principio de la Libertad económica y comercial: la provocado (el Emperador) la espontaneidad de los ciudadanos a libertarse progresivamente de la tutela del Estado», Ley de 23 de mayo de 1863.

(39) «En el futuro, las Sociedades Anónimas podrán formarse sin autorización del Gobierno», art. 21, Ley de 24 de julio de 1867.

En Inglaterra, a pesar de los excesos que originó la «Bubble Act» (de 1719, derogada en 1825), se admite antes la limitación de responsabilidad de las Compañías registradas (1862).

El ejemplo francés es seguido por España en 1869, Alemania en 1870, Bélgica en 1873, Italia en 1882.

Quizás convenga destacar que la Ley de 11-19 de octubre de 1869 fué aprobada por las Cortes Constituyentes y sancionada por el regente Francisco Serrano y Domínguez, llevando la firma del ministro de Fomento José de Echeagaray.

El porqué de «haber abdicado en los Tribunales de Comercio la facultad que le competía reservarse (el legislador) en el establecimiento de las sociedades anónimas», el C. de c. de 1829, lo revela con bastante claridad SÁINZ DE ANDINO, *Discurso en el Senado* de 22 de diciembre de 1847; vide RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación civil*, 1950, págs. 224-226 (obra que, desgraciadamente, sólo se ha podido utilizar en el momento de corregir las pruebas de imprenta).

financieros, les entregasen prerrogativas del Estado, hipotecando parte de su soberanía (40).

La admisión de la Sociedad anónima privada no transforma por sí sola la vida social moderna; pero, sin duda, ha sido un medio decisivo para ello. Y esto es lo que importa aquí destacar.

Es un fenómeno propio de toda sociedad sana la ascensión de hombres nuevos, que se multiplica en épocas de cambios económicos o políticos. La importancia de la Sociedad anónima está en que ha servido para que un tipo especial de hombres nuevos, los financieros, consigan, primero, ser considerados como de profesión honrosa y destacada y que luego se conviertan en la clase social dominante (41).

La equiparación del financiero con el señor feudal, hecha en las frases «aristocracia del dinero» y «feudalismo financiero» (42), es más que simple metáfora (43); existe, en todo caso, una cierta semejanza entre ambos, la de convertirse en clase dominante y la de amparar su poder en una serie de privilegios jurídicos. La particularidad que ahora interesa señalar es que los privilegios de que gozan los financieros son indirectos y que algunos de los más importantes los consiguen a través y por medio de la Sociedad anónima (44); de modo que, de hecho, por el mecanismo de la ley (45), quedan exentos del régimen de igualdad jurídica proclamada por las Constituciones.

Habituada hoy ya a esa situación privilegiada, no se advierten, o no chocan, los privilegios de los poderosos del día (46); por ello

(40) De modo semejante a como los reyes medievales ceden trozos de soberanía a los ricos hombres que les ayudan a salir de alguna dificultad de momento.

(41) Con el hermetismo relativo de toda clase.

(42) GARRIGUES, *Tratado*, I, 2, pág. 625; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, pág. 50.

(43) Aunque los caracteres sociales de cada clase, especialmente en el momento de su origen, sean muy distintos, como son también diversas sus virtudes y vicios de clase.

(44) También se llegaba a la nobleza en Francia con la propiedad de un bien noble, adquiriendo con él los privilegios y exenciones de clase.

(45) «El capitalismo no se ha contentado, como se afirma, con la libertad y el Derecho común. Ha creado el Derecho que le ha permitido el triunfo» (página 35). «El Derecho común no le bastaba. Ha creado su Derecho». RIPERT, loc. cit., pág. 15.

(46) Esta afirmación no significa, en sí, un juicio sobre esta clase, y menos un juicio peyorativo. Cada clase rectora ha conquistado, por méritos re-

interesa indicar algunos de los que van unidos a la existencia de la Sociedad anónima:

1.º El artificio de la Sociedad anónima pone a disposición de cualquiera que compra acciones, la posibilidad de limitar su responsabilidad en una Empresa a una cantidad conocida; lo que es, sin duda, una importante ventaja; pero el financiero, gracias a las combinaciones que con la Sociedad anónima le permite la ley, puede manejar la Sociedad sin exponer su propia fortuna. Es posible así disfrutar riquezas y disponer de una inmensa fuerza social con dinero ajeno y a costa y riesgo de los demás (47). De este modo, los hombres de la clase privilegiada pueden aumentar progresivamente su poderío. Pero lo que aquí interesa subrayar es que el mecanismo de la Sociedad anónima significa, para quienes lo manejan, no sólo la entrega gratis de un seguro de limitación de riesgos y para el financiero el jugar con dinero ajeno —sin riesgo de perder—, sino el gozar de un fuero exento; el anonimato le hace libre de responsabilidad civil y penal, de la quiebra y de la cárcel, que pesan y amenazan a los demás ciudadanos: al industrial o comerciante individual y al socio colectivo.

2.º En la práctica y en la doctrina se ha buscado, y en parte logrado, que la gran Empresa goce de un verdadero poder normativo independiente (autonomía normativa). Para ello, más que el uso mercantil, demasiado lento en su formación (48), y después de pensarse en dar un especial valor de norma jurídica y de eficacia general a los estatutos y acuerdos de las Sociedades (49), se centran

lativos, sus privilegios, y los merece mientras sean para la comunidad ejemplo de servicio y sacrificio. La decadencia de una clase se advierte cuando se transforma en decorativa o parasitaria y no quiere o no es capaz de asumir la responsabilidad y el riesgo de la dirección; peligro que ya señalara vanamente el Duque de Saint Simon a la nobleza de su tiempo.

(47) Accionistas corrientes (sin poder de control), obligacionistas, acreedores de la Sociedad.

Se produce así el hecho paradójico de que la Sociedad sea manejada por quienes no son dueños del capital (los Bancos). GARRIGUES, *Tratado*, I, 2, página 624.

(48) No obstante, se utiliza por la doctrina para dar valor jurídico a «casos individuales o particulares» y para justificar doctrinalmente a las condiciones generales.

(49) Para ello se utilizan los nuevos conceptos de «Vereinbarung» (distinguiéndola del elemento contractual. JACOBI, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, 1927, pág. 264) y del «Gesamtakt» (en el sentido que le da CIERKE, *Deutsches*

los esfuerzos de la doctrina mercantilista en elevar hasta la dignidad de Derecho objetivo, de ley especial y de fuente jurídica, a las condiciones generales de los contratos establecidos por las grandes Empresas (50). De este modo, se lograría someter no sólo a los accionistas, sino también a todos los que tratan con la Sociedad y al público en general, que se ve obligado a contratar con ella (monopolio de hecho), a estar y pasar por las decisiones de los poderes rectores de la Sociedad anónima (51).

3.º El mecanismo de la Sociedad anónima ha permitido a las familias que las organizan y dirigen, mantener unido, con una jefatura y dirección única, los patrimonios de los componentes de la familia. El anonimato y la facilidad en el manejo de las acciones es un medio para esquivar los impuestos sobre sucesiones, que es causa de progresiva disminución de las fortunas de las otras clases sociales. De este modo, la Sociedad anónima, además de permitir mantener un patrimonio exento de responsabilidad, ha hecho posible el nacimiento de centros de poder familiar, más ágiles y menos visibles que los mayorazgos, pero que, como éstos, dan estabilidad al poder social de las familias privilegiadas (a las nuevas «grandes familias»).

4.º Los Gobiernos de la edad contemporánea, y por causas semejantes a las de los antiguos monarcas (temor, prodigalidad,

Privatrecht, 1895, I, pág. 284, nota 3, que —a diferencia de KUNTZE— lo caracteriza con notas atribuidas a la «Vereinbarung», comp. págs. 284, 485-487, III; página 831). La importancia práctica de esta dirección ha sido que al negarse la naturaleza contractual al acto constitutivo y a los acuerdos se ha querido deducir de ello (con una *petitio principii*) que no son impugnables *inter partes* por vicios de voluntad, no es investigable su causa y no pueden ser impugnados por terceros, aunque sean en fraude de acreedores o haya simulación. Sobre el significado de la «Vereinbarung», F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, pág. 338.

(50) Se ha visto en ellas «un carácter muy semejante al de la ley» (página 169), y que «estas normas unilateralmente impuestas por las empresas a sus clientes, y a las que éstos quedan sometidos aunque no las conozcan, merecen la calificación de verdadera fuente de Derecho mercantil», GARRIGUES, *Tratado*, I, 1, pág. 170. Otras citas y crítica de esta dirección, desde el punto de vista de la doctrina de las fuentes del Derecho, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, págs. 335-337.

(51) Se ha señalado que así los contratos de las grandes empresas «quedan entregados al arbitrio —tanto más peligroso cuanto más potente— de las coaliciones de empresas en el gigantesco mecanismo de la concentración capitalista», GARRIGUES, *Tratado*, I, 1, pág. 169.

pago de servicios) entregan y regalan (52) los pingües feudos modernos (concesiones, monopolios) a las grandes Sociedades anónimas, creadas al efecto y siempre manejadas por los financieros.

5.º Las Sociedades anónimas facilitan el medio para que el capital siga sin tener patria. Los esfuerzos legislativos para impedir la emigración dineraria se revelan impotentes frente a los expedientes de los hombres de negocios. Las fronteras no evitan el cambio del poder de control sobre una Compañía que, al formar parte o depender de otra superpuesta extranjera, deja de estar sometida a las leyes nacionales (53).

Estos y otros privilegios facilitados por la legislación mercantil y afirmados y ampliados por los comercialistas (54), han determinado una desigualdad jurídica y económica que resultará en la multiplicación, en progresión geométrica, del poder de los financieros. Su ascensión como clase social ha supuesto el paralelo y rápido descenso de las otras clases: la ruina de la aristocracia y de los terratenientes, la pérdida creciente de independencia de la alta burocracia del Estado y de los intelectuales que aceptan el mecenazgo financiero y la sumisión de los industriales y comerciantes que, para gozar de la protección esclavizadora de las finanzas, han de pagarle su tributo en dinero y sumisión (55).

(52) A cambio, a lo más, de contraprestaciones nominales. Cuando, por haberse así pactado, se restituye la concesión al Estado (término de la concesión), está esquilmada la empresa, y el Estado cargará con sus deudas (siempre en beneficio de los financieros).

(53) Todavía podría añadirse: los intentos de constituir una jurisdicción exenta, nacional o internacional, con las cláusulas de arbitraje que el Derecho permite; la facultad de creación artificial de valores dinerarios, pues aun después de perder el poder de emitir papel-moneda (al convertirse en privilegio exclusivo de un Banco central) conservan la de crear valores cotizables en Bolsa.

(54) Muy brillantemente ha expuesto VIVANTE los resultados a que lleva el mantenimiento de la legislación mercantil y los privilegios que ésta (y la doctrina) conceden a los comerciantes (hoy se diría mejor: a los financieros), y que condensa en la frase de que la ley se hace cómplice de la presión a que se somete a los débiles (*Tratado de Derecho mercantil*, I, pág. 33). Es significativo que sus observaciones no hayan tenido mayor eco en la doctrina jurídica.

(55) De todos modos, la clase de industriales y comerciantes sigue siendo privilegiada, aunque con privilegios de segundo orden. Uno de ellos —a costa de los propietarios de fincas urbanas— es el de haber añadido a la prolongación del arrendamiento una poco justificada facultad de traspaso (L. A. U., ar-

La Sociedad anónima sirvió de instrumento para la primera parte de este proceso. Convertidas las Empresas industriales y mercantiles en Sociedades anónimas, para aumentar sus medios económicos, su dirección cae pronto en mano de los financieros, que con facilidad consiguen el control de la mayoría de las acciones. Después, mediante el uso y abuso de un mayor poder económico y con la agrupación de Sociedades se consigue la destrucción de la competencia, y con ello el dominio efectivo de la vida económica del país. Afirmado el predominio, el uso implacable de la inflación empobrece a los acreedores, obligacionistas y cuenta-correntistas, en beneficio de los financieros; después, las épocas de deflación harán que los industriales y comerciantes se entreguen inermes a su protección. En este juego con la economía, ni siquiera los accionistas no pertenecientes a la clase directora están libres de peligro, pues el valor de sus acciones queda «aguado» con la emisión de nuevas acciones; además de siempre estar expuestos a un reparto ruinoso de dividendos pasivos y a ver los beneficios de la Sociedad pasar a otra que se le superpone o yuxtapone.

De esta forma, por cauces legales, el poder económico de un país queda, de hecho, en manos de una clase o de unas familias, unidas entre sí por lazos de sangre, alianzas y comunidad de intereses. Se ha producido así el resultado que temiera y contra el que previniera Montesquieu: que las riquezas particulares alcancen fuerza de riqueza pública (56). Las organizaciones financieras aparecen ahora a los ojos atónitos del espectador imparcial como «monstruos», de «masa enorme y atrevida acción» (57), que escapan a las leyes generales del Estado, que se enfrentan a éste, que pretenden y logran crear e imponer su propio derecho (58). No han presentado lucha abierta al viejo Leviathán, pero, por medios

título 44 y sig.); compárese la brillante crítica de MESSINEO, *Riflessione sulla c. d. proprietà commerciale*, «Ri. trim. D. e proc. civ.», 3 (1949, 3), pág. 513.

(56) *Del espíritu de las leyes*, trad. esp., 1820, 20, 10 (III, pág. 14).

(57) RIBERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, pág. 85.

(58) «En el terreno de las relaciones con el Estado, y por efecto del movimiento de concentración capitalista, del cual es instrumento óptimo la Sociedad por acciones, se han invertido los términos de la relación, y así como en su origen esta Sociedad nace y vive subordinada al Estado, ahora se independiza de él y, en definitiva, se sitúa a impulsos de su propio poderío económico, incluso frente al Estado, como si fuese un Estado dentro de otro», GARRIGUES, *Tratado*, I, 2, pág. 263.

indirectos, se le debilita, se le desprestigia y exacerba. Las cajas de los partidos, los órganos de opinión —hasta los nominalmente más anticapitalistas— están subvencionados por las grandes organizaciones financieras; los políticos y burócratas de primera fila son llamados a los Consejos de administración, y a los menos importantes se les atrac con asesorías o remuneraciones indirectas. Este influjo sobre los servidores del Estado y el conocimiento previo de sus medidas, hace que hasta los actos defensivos más enérgicos del Estado (Derecho de la economía) sirvan, a la postre, para aumentar el poder financiero.

Ante esta situación, cabe plantear los siguientes grupos de interrogantes:

¿Deberá dejarse, como hasta ahora, el poder de decisión sobre materias claves para la vida de la comunidad en manos de una clase? ¿Deberá intentar el Estado la recuperación de los abandonados atributos de su soberanía y el restablecer la igualdad jurídica entre las clases sociales?

b) ¿Sería aconsejable mantener una postura de simple expectativa o estar en una vigilante actitud defensiva, o bien emprender a fondo una reforma restauradora de la igualdad jurídica?

No parece haber duda del peligro que para el Estado moderno supone la situación actual, pero no puede ocultarse la dificultad que encontraría para recobrar el control real sobre la economía, tanto mayor cuanto que son los financieros los que dominan la economía de casi todos los países que están fuera del telón de acero, incluso en los que se ha ensayado parcialmente la nacionalización.

La aceptación del Anteproyecto en nada cambiaría la situación actual; no fortalecería, ciertamente, al Estado, pero tampoco produciría reacciones de tipo político. Una reforma tendente a robustecer los resortes del poder, impondría —en cambio— cambiar radicalmente la regulación de la Sociedad anónima (59).

(59) Reforma jurídica que supondría, a la vez, independizar la industria de las finanzas, y que podría o no estar acompañada de medidas complementarias, como la de la nacionalización de la Banca y el reforzamiento de la situación social de los servidores del Estado.

3. *Significado de la Sociedad anónima en el Derecho (60)*

La Sociedad anónima, que fué la manifestación predilecta del dogmatismo positivista, que se pensara manifestación directa de la libertad de asociación y que se creyera que podía servir de modelo o de explicación al mismo Estado, está en un momento de crisis: en los distintos países se dictan nuevas leyes o se preparan reformas, y la doctrina se muestra inquieta y dividida. Situación que, por su generalidad, hace pensar que quizás se trata de algo más grave que de una transitoria situación patológica y que sea la figura misma de la Sociedad anónima la que está en cuestión.

El concepto de Sociedad anónima no debe olvidarse que es muy reciente y que carece de la firmeza de otros conceptos jurídicos basados en una milenaria tradición. La doctrina moderna ha pretendido —y en buena parte, logrado— enraizarlo en el concepto clave de la persona jurídica, lo que ha hecho que durante bastante tiempo se admita sin recelos todo lo que de extraño tiene esta figura de la Sociedad anónima. Este apoyo conceptual, a la larga, ha resultado insuficiente, pues hoy no sólo se duda —y cada vez en más amplios círculos— de la justificación jurídica de la Sociedad anónima, sino que su consideración como persona jurídica parece ser reflejamente la principal causa del escepticismo de buena parte de la doctrina respecto a la persona jurídica.

Para poder enfocar debidamente las cuestiones que atañen al significado jurídico actual de la Sociedad anónima y al valor dogmático de la persona jurídica, parece preciso poner en claro la trayectoria del proceso que termina en ese extraño resultado, y, para ello, examinar el influjo mutuo (al parecer deformador y pernicioso) que en la dogmática han ejercido entre sí los conceptos de persona jurídica y de Sociedad anónima. A este efecto, se recordarán los antecedentes de la cuestión del modo más conciso posible y procurando esquivar las conocidas complicaciones teóricas sobre la naturaleza de la persona jurídica.

En base a los textos romanos, los antiguos juristas cuidaban de

(60) En este apartado se reproduce el estudio *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, que publicará el *Anuario de Derecho civil* (fasc. 4 de 1949, dedicado a la reforma de la Sociedad anónima).

distinguir entre «universitas honorum» y «universitas personarum», o sea, entre lo que hoy se llamaría patrimonio (independiente o separado) y persona jurídica (tipo asociación). El afán sistematizador de los pandectistas llevó a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derechos distinto del hombre. Algún autor, en un primer momento, incluyó, por esa confusión conceptual, entre las personas jurídicas a varios patrimonios separados (61); pero, en seguida, la doctrina vuelve al buen camino y, siguiendo el ejemplo de Savigny, considerará como personas jurídicas sólo a la «universitas» y a los «pia corpora» (62).

Pero, en ningún caso —y esto es lo que importa subrayar— autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de Sociedad fuese posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica, pues para la técnica jurídica era y es indudable que: a), el contrato de Sociedad crea una relación obligatoria, y como tal, dependiente de la voluntad de los socios; b), que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común), que le separa del patrimonio de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios (63). Había, además, otra razón, quizás más de-

(61) La forma más extremada, su primer modelo, y casi su único exponente, es la teoría de HEISE diciendo que el substrato de una persona jurídica puede estar compuesto: I, de hombres: a), uno cada vez, pero sucesivos en el tiempo (empleo público); b), reunión de varios al mismo tiempo («universitas»). II, por cosas: a), predios (servidumbres, derechos subjetivamente reales); b), patrimonio de una persona («fiscus», «hereditas»); c), masa de bienes dedicados a un fin de común utilidad y con especial administración (casa de ancianos, legado para redención de cautivos, bolsas); *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrecht.*, 3, ed. 1830, § 98.

(62) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp., 1878, II, §§ 86, 102 (II, págs. 67, 175); PUCHTA, *Pandekten*, § 26, ed. 1850, págs. 39-40; en general, la doctrina posterior, aunque algunos comprendan también a la herencia yacente, VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, § 53, ed. 1865, página 92.

(63) En los Tratados se elige precisamente a la sociedad («societas privata») para contraponerla a la persona jurídica, PUCHTA, loc. cit., pág. 38.

En la doctrina española se conoció la existencia del patrimonio colectivo (formado con las aportaciones sociales), en especial al referirse a la preferen-

cisiva: la de que la doctrina, conforme a la tradición romanista, sólo consideraba personas a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público (64), «corpus» o «universitas» (65) «body politic» o «politic person» (66), caracterizados internamente (67), porque su continuidad no dependía de la voluntad y existencia de sus miembros (68).

La figura de la Sociedad anónima aparece en la historia del Derecho «abrupte», repentinamente, sin antecedentes ni justificación jurídica. Los mercantilistas se han esforzado en encontrarle una genealogía y la derivan de las Sociedades por acciones nacidas en distintos países por concesión real; pero se descuida marcar

cia que sobre los bienes sociales tenían los acreedores de la sociedad respecto a los acreedores individuales de los socios. Importa señalar que la situación de estos bienes se considera análoga a la de otros patrimonios colectivos, la sociedad de gananciales (HERMOSILLA, *Additiones, notae, resolutiones ad 7 Partit. Glos. et cogitã doct. D. Gregorii Lopetii*, ed. 1634, a P. 5, 5, 49, II, f. 223 vto.) o patrimonios separados, la herencia yacente, los bienes en administración y al mayorazgo gravado con deudas especialmente autorizadas (FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, 4, 9, 2, ed. 1762, I, pág. 130; SALGADO DE SOMOSA, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, I, 9, ed. 1757, I, páginas 60, 61).

SALGADO señala el caso de los dos patrimonios separados con un mismo titular, como de deudor que representa dos personas, no debiendo confundirse acreedores y contratos de los diversos negocios, sociedades o administraciones, «habiendo causa, razón, libros y acreedores separados» (loc. cit., § 49, pág. 61).

(64) En base a D. 3, 4, 1, § 1.

(65) Se usan otros términos también, por ejemplo: para las personas eclesiásticas, el de «communitas» (GONZÁLEZ TÉLLEZ); para la ciudad o república, el de «corpus mysticum» (GREGORIO LÓPEZ).

(66) COKE, *On Littleton*, 1628, § 250; KYD, *A treatise on the law of corporations*, 1793-1794, pág. 15 (citas de NEKAM, *The personality conception of the legal entity*, 1938, págs. 97, 111).

PUCHTA habla de «societates publicae», loc. cit., pág. 40.

(67) SAVIGNY, II, §§ 89, 96; págs. 87, 113.

La doctrina española parece haber sido la misma siempre; así, por ejemplo, en los distintos períodos: ACEVEDO, en sus *Additiones a la Curia pisana* (RODRÍGUEZ DE PISA, IV, 3, f. 99 y sig.); PÉREZ VALIENTE, *Apparatus iuris publici hispanici*, 1751, § 40, pág. 204 y sig.; VIZCAÍNO PÉREZ, *Compendio del Derecho público y común de España*, 1789, I, pág. 356; DE DOU, *Instituciones del Derecho público general de España*, 1800, I, págs. 214, 215.

En la doctrina francesa: BODIN, *Les six livres de la République*, ed. Lyon, 1595, págs. 478-497.

(68) SAVIGNY, loc. cit., págs. 86-89; PUCHTA, pág. 43.

su esencial diferencia con éstas, caracterizadas por su naturaleza de «societates publicae» (69), manifestada en todos sus caracteres: control directo del soberano en su nacimiento y administración, independencia de los gestores respecto a los socios, facultad discrecional de retirar la concesión, atribución de poderes propios de la soberanía; había, pues, que considerarlas —y así se las trataba— del mismo modo que a las corporaciones (70).

El recuerdo de esas especialísimas Sociedades quizás sirviera para que las combinaciones de los especuladores durante la Revolución francesa pareciesen menos extrañas y para que el legislador se autosugestionase, creyendo no desviarse de la línea jurídica tradicional, con sólo imponer para su nacimiento el requisito del permiso administrativo; pero el jurista no puede engañarse sobre la esencial diferencia entre las dos figuras jurídicas.

De todos modos, la regulación del Código de comercio francés (1807) creando la Sociedad anónima, hace creer que se partió de otra base: la de pensar que los asociados no debían exponerse

(69) GARRIGUES señala que entonces «la influencia política es decisiva», *Tratado*, I, 2, pág. 614.

(70) Se ha señalado, repetidamente, que las Sociedades mercantiles fueron llamadas por la Rota de Génova «corpus mysticum» (VIVANTE, loc. cit., páginas 11-12, nota 2; VALERY, *Comment s'est formé la théorie de la personnalité des Sociétés commerciales*, «Rec. d'études sur les sources du Droit», 1934, I, págs. 100-104); sin conocer el texto completo no se puede saber si se trata de un error técnico del Tribunal o de una interpretación moderna apresurada, siempre fácil.

VALERY dice que GROTIUS, en *De iure belli ac pacis*, 5, 2, 17, «se decide por que en una sociedad la voluntad de la mayoría se impone a la minoría, lo que supone que, a diferencia de lo que sucede en la indivisión, la sociedad tiene una voluntad que le es propia y, por consiguiente, es una persona» (loc. cit., pág. 103, nota 9). Esta inducción, si fuera cierta, sería muy importante, pues significaría que la escuela iusnaturalista protestante consideraba a la simple «societas» como persona. No parece ser así. Los comuneros o copropietarios pueden estar obligados por la decisión de la mayoría sin ser por ello persona jurídica (así, art. 398 C. c.). El texto de GROCIO se refiere a las «consociationes» (ed. 1735, I, pág. 287), y no al contrato de Sociedad o a la «Societas negotiatoria» (ídem, II, 12, 24, pág. 429), en su concepción de la Sociedad mercantil, tal como se muestra en *Inleyding tot de hollandse Regtsgeleertheit*, ed. 1706, págs. 256-259. La doctrina de la escuela iusnaturalista no difiere en esta cuestión de la de los romanistas, PUFENDORF, *Le droit de nature et des gens*, 5, 8 (ed. 1754, pág. 495), 1, 1, 13 (I, pág. 15); NOODT, *Commentarius ad Digesta* 3, 4 (ed. 1724, págs. 93-94), 17, 2 (págs. 378, 386).

a perder más que su interés en la Sociedad (art. 33), porque no eran ellos quienes la administraban, y que los mandatarios temporales que han de administrarla (art. 31) tampoco debían ser responsables más que de su gestión, pues dada su condición de mandatarios no se obligaban ni personal ni solidariamente por las obligaciones de la Sociedad (art. 32) (71).

Esta argumentación no podía convencer a ningún civilista educado en la doctrina del Derecho común, pues si bien el mandatario, en cuanto fuese sólo mandatario (no si era también socio) no responde de los actos que realice como tal respecto a los terceros, los mandantes (los socios), quedaban obligados personalmente por todos los actos que realizase el mandatario y que no excediesen de su mandato o poder, de modo reconocible por el tercero (72). La limitación de responsabilidad que concedía el Código de comercio francés a los socios de una sociedad anónima tenía, pues, que parecer, a los ojos de los juristas, un privilegio más, concedido a los comerciantes a costa de los no comerciantes, como tal «odioso» y sometido a interpretación restrictiva (72 bis).

El influjo de las finanzas en el mundo decimonónico hizo que esta nueva y anómala figura se aceptase en todos los países. Queda así planteada a la dogmática jurídica, de modo general, la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad anónima. Después

(71) Compárense las exposiciones de REGNAUD DE SAINT JEAN D'ANGELY y de JARD PARVILLERS, *Código de Comercio de Francia, Los Discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunado*, 1812, I, págs. 18-19, 31.

Las consideraciones indicadas son muy semejantes a las que hicieron decir a FONTANELA (y en base a sus razonamientos sentenciar a Rubí de Marymon en 19 de febrero de 1633) que en una sociedad de capitales, en la que se entrega la administración a unos mandatarios, no quedan los socios obligados más allá del capital de la sociedad, pues al darles poder para contratar «tot arisch e perill de la present compañía», quedaba la facultad de los administradores «limitata intra eam quantitatem», no respondiendo el socio por el dolo del administrador, del mismo modo como tampoco lo queda el dueño de la nave por el dolo de los «institores navium», *Sacri Regii Senatus Catholoniae decisiones*, des. 404-408, ed. 1645, II, pp. 560-577.

(72) POTHIER, *Traité du contrat du mandat*, § 89; *Traité des obligations*, § 79; *Oeuvres de Pothier*, ed. 1818, VI, pág. 391; III, pág. 58.

(72 bis) Dirá SÁINZ DE ANDINO: «Las sociedades anónimas tienen un sistema constitutivo excepcional, que no guardando conformidad con las disposiciones generales del Derecho común equivale a un privilegio». RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, pág. 224.

de bastantes dudas (73), la doctrina se decide a clasificarla como persona jurídica, del tipo de la asociación (74).

Dos motivos fueron decisivos: primero, la estructura corporativa en que se presenta la Sociedad anónima (75), que le hacía semejante a la primera y más típica de las corporaciones, al mismo Estado, con una Constitución (estatuto social), un poder legislativo (asamblea general de socios) y un poder ejecutivo (el Consejo de administración); segundo, que la doctrina no encuentra dificultad en ensanchar el concepto de persona jurídica, para encajar en él a la Sociedad anónima, pues le bastaba volver a la equivocada y antes desechada idea de que la personalidad consiste sólo en ser sujeto de derechos y obligaciones (76); lo que

(73) HERMANN, *Der Rechtscharakter der Aktien-Vereine*, 1858.

(74) Dificultades graves para ello originaba el art. 216 del Código de Comercio alemán de 1861 («Cada accionista tiene una participación (ANTEIL) proporcional en el patrimonio de la Sociedad»), lo que parecía indicio claro de que se consideraba el patrimonio de la Sociedad como copropiedad o patrimonio de los socios, mientras otros artículos (207, 213, 216, 227) parecían establecer una independencia completa del patrimonio social. Así, según autor erce ver en la Sociedad Anónima una figura intermedia entre la «communio» y la «universitas» (BESELER, *Erbverträge*, 1835, I, págs. 73-83), y se advierte en ella hasta un parecido con la fundación (ser esencial el estatuto y el capital), y, por el contrario, se señala que, como en el patrimonio separado, hay falta de independencia material del capital de la Sociedad respecto al de los socios (BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1836, I, p. 209, n. h., páginas 214, 262, n. i., etc.).

En la doctrina francesa, y siguiéndola en la española, no hubo estas dificultades teóricas, antes bien, se acepta con ligereza la personalidad jurídica de las Sociedades. GARCÍA GUYENA afirma, sin más, que la Sociedad es una persona moral (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, IV, pág. 26, art. 1.594), refiriéndose al art. 33 del Proyecto, que, según su comentario y su letra, mantenía (por el contrario) la doctrina clásica («corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley», I, pág. 44); GÓMEZ DE LA SERNA, R. G. L. J., 10 (1857), 28 (1886), pág. 380 (señalado por GIRÓN TENA, R. D. M., 1947, pág. 26, nota 32); GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, 1869, pág. 463; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, 1873, pág. 185 (aceptando decididamente la teoría de la capacidad); ELÍAS, *Derecho civil general y foral de España*, 1884, II, pág. 162.

(75) Que hace que BRUNZ modifique su primitiva teoría, *Lehrbuch der Pandekten*, ed. 1886, III, pág. 696, nota 21.

(76) La idea de HEISE (que tenía antecedentes en el iusnaturalismo protestante) se mantuvo latente en el mismo SAVIGNY (comp. loc. cit., pág. 62); pero sólo se desarrolla con la admisión de la Sociedad Anónima como perso-

le permitía convertir a la persona jurídica en un concepto puramente formal (77).

Un refuerzo, que resultará decisivo, en favor de esta tendencia formalista vendrá de donde menos cabía esperarlo. GIERKE, al defender la teoría de la realidad de la persona jurídica, no tuvo la valentía de sacar sus lógicos postulados y no se atrevió a señalar que la sociedad anónima no tenía intrínsecamente la naturaleza de persona jurídica, y que era sólo una comunidad en mano común, potenciada artificialmente por el privilegio de limitación de responsabilidad concedido a los socios (78). La autenticidad de GIERKE, precisamente como teórico de la realidad, hace que los autores que le siguen, y también los que no le siguen, se afirmen en la creencia de que la sociedad anónima es una persona jurídica real, totalmente distinta de los socios, que se interpone, como realidad social o formal, según las teorías, entre los socios y los terceros, independizándola hacia adentro y hacia afuera (79).

una jurídica. WINDSCHEID dirá que el substrato de la persona jurídica no determina su esencia, y que hablar de persona jurídica (unidad pensada) es lo mismo que hablar de un patrimonio sin sujeto, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, §§ 57, 58; nota 5, ed. 1878, I, págs. 134, 137, 140.

(77) BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886, I, § 68, pág. 264; § 60, pág. 209.

(78) El resultado de esta infidelidad teórica tiene el resultado de que GIERKE no pueda ya señalar ninguna nota distintiva esencial entre la persona jurídica y las comunidades personales (*Deutsches Privatrecht*, I; *Allgemeiner Teil und Personen Recht*, 1895, pág. 660), y que no le sea posible encontrar un porqué a la afirmación de que la Sociedad anónima sea persona jurídica y las demás Sociedades mercantiles creen sólo una comunidad en mano común y un patrimonio separado (*Deutsches Privatrecht*, III; *Schuldrecht*, 1917, páginas 842, 843); viéndose obligado a decir que las Sociedades sin capacidad jurídica, aun sin ser personas jurídicas, funcionaban en gran parte como personas jurídicas (idem, pág. 334).

LARENZ ha señalado que GIERKE agnó su doctrina al considerar como asociaciones a las Sociedades anónimas y dar excesiva importancia a la capacidad jurídica (A. C. Pr., 143, 1937, pág. 268). La postura conservadora de GIERKE, y lo poco claro de su concepción filosófica, hizo que, a pesar de sus esfuerzos, no lograra salir del conceptualismo individualista de su tiempo.

(79) El triunfo de la dirección formalista fué rapidísimo. Ya se advierte en REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, pág. 293; v. THUR dará la pauta que seguirá la doctrina posterior, al identificar la persona con la capacidad jurídica, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1910, I, pág. 455. Se excusan citas, pues serían interminables; pueden verse en algunos de sus representantes recientes y más significativos: FERRARA, *Personne giuridiche*, 1938

Recibida así la Sociedad anónima entre las personas jurídicas, ello significará un cambio inmediato y radical de su consideración jurídica. Ya no se le podrá tachar de figura anómala y excepcional, sino que todas sus particularidades se entenderán derivadas de su naturaleza de persona jurídica.

Con esta nueva consideración jurídica coincide el que se le incluya entre las instituciones animadas por el espíritu de la liberal-democracia. Se dice con máximo énfasis que su admisión estaba impuesta por el mismo Derecho natural, por el derecho natural que tienen los hombres a asociarse y a contratar libremente (80). Se señala, como señalo democrático, que es el medio ideal para que las pequeñas fortunas participen, sean también dueñas y reciban los pingües beneficios que crean y reparten las grandes empresas, al lado y en situación de igualdad con los millonarios (81). De este modo, la enemiga que los nuevos ricos pudiesen suscitar y el recelo que hubiera debido producir el nuevo poder entregado al capitalismo, se oculta hábilmente tras el brillo de las ideas de libertad y democracia; se crea el mito —todavía operante— de que las pequeñas acciones democratizan al capital y que en las sociedades anónimas decide democráticamente la voluntad de la mayoría.

Pero lo más importante es el alcance técnico que se da a la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. El clima creado por la doctrina mercantilista, el influjo de ésta sobre la segunda generación de pandektistas, la afición del positivismo jurídico por la abstracción y el formalismo, su debilidad por frases como

(*Tratato* dirigido por VASALLI, II, 2), págs. 2-3, págs. 30-40; *Diritto delle persone e di famiglia*, § 42, pág. 117; AZZARITTI, MARTÍNEZ, AZZARITTI, *Diritto civile italiano*, 1943, I, § 223, pág. 330; PUGLIATTI, *Gli Istituti del Diritto civile*, 1943, I, ág. 110 y sig.; GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, 1946, página 191 y sig.; MESSINEO, *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1947, páginas 165-166.

(80) La «legitimidad intrínseca» de la Sociedad anónima se afirma en que «nada es más legítimo que esta forma de asociación, se puede decir que es un derecho natural en virtud del principio de libertad de contratación», JANNET, *Le capital, la speculation et la finance au XIX siècle*, 1892, págs. 161, 165 (cita de RIBERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, pág. 89, nota 1).

(81) Idea que ya utiliza REGNAUD diciendo que serán el medio «de admitir a la medianía, y aun a la pobreza misma, a participar de las utilidades de las grandes especulaciones», *Código de Comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado*, 1812, págs. 18-19.

«los intereses del comercio», «las necesidades de la economía», y la «seguridad del tráfico», será el ambiente más favorable para el crecimiento artificial de la sociedad anónima como persona jurídica formal. Para los autores, la sociedad anónima llega a ser la persona jurídica típica, la más semejante a la persona física, y con delectación morosa se va señalando la identidad de sus atributos: la nacionalidad, el nombre, el patrimonio personal y hasta los derechos de la personalidad (82). Como natural consecuencia de todo esto, se acepta que mediante esa entelequia (la persona jurídica) la sociedad queda totalmente separada de los socios (abstracción), que la dirección real de la sociedad pueda liberarse, por su propia decisión, de toda responsabilidad hacia los socios (por el «quitus» liberatorio de la mayoría) y que quede exenta también de ella, de modo automático, respecto a los terceros (por responder sólo la sociedad); el substrato asociativo pierde importancia y sólo se requiere nominalmente (en el momento de la constitución); se hacen posibles, en fin, las sociedades de sociedades, con lo que se desplaza del todo la realidad asociativa de la dirección y del poder sobre el patrimonio social. La sociedad anónima adquiere, de este modo, la posibilidad de convertirse en instrumento encubridor y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras.

Como se ha indicado, la admisión de la sociedad anónima entre las personas jurídicas fué decisiva para el desarrollo de la sociedad anónima en el mundo económico moderno; en cambio, ha sido la principal causa determinante de la crisis del concepto de persona jurídica en la moderna dogmática. La razón es clara; si la personalidad jurídica se reduce (para encajar en ella a la sociedad anónima) a la facultad de demandar y ser demandado, a la condición de mantener unida una masa patrimonial, si se acepta como persona a una sociedad cuyo objeto es el enriquecimiento o beneficio egoísta de sus socios, no habrá razón para negar la personalidad a otras figuras jurídicas de iguales características. Y la verdad era que, considerada persona jurídica la Sociedad anónima, ninguna nota esencial podrá ya separar a la perso-

(82) Sobre el desarrollo de esta idea a principios de siglo: HEDERMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. I. Die Neuordnung des Verkehrsleben*, 1910, págs. 62-64.

na jurídica de las distintas «universitates bonorum» (83). La consecuencia más inmediata será la de preguntarse si las demás sociedades mercantiles son también personas jurídicas. Para evitar la inevitable respuesta afirmativa, la doctrina ha recurrido a la invención de Sociedades sin capacidad jurídica, persona parcial, medio personas, personas de capacidad negocial limitada, personas en la relación interna, personalidad relativa, «individualité», «petite personnalité», «de facto corporation», «quasi corporation», «corporation by stoppel», etc.; pero la única consecuencia lógica —dado el equivocado punto de partida de la doctrina— es el seguido por el legislador español, admitiendo en general la personalidad jurídica de las compañías mercantiles (art. 116 del Código de Comercio) y de las sociedades civiles (arts. 35 y 1.669 del Código civil) (84).

(83) BEKKER hubo de resignarse a indicar algunos caracteres sintomáticos (no esenciales), loc. cit., I, págs. 209-210; REBELSBERGER confiesa terminantemente que es trabajo perdido la búsqueda de esos caracteres, y que hay que contentarse con decidir en base a la impresión de conjunto que causen, loc. cit., página 317. La doctrina moderna, de modo expreso o tácito, se refiere como elemento distintivo a la voluntad legislativa (reconocimiento de la personalidad por el Estado; últimamente, BRUNETTI, *Sulla pretesa personalità giuridica delle società personali*, Ri. trim. D. e proc. civ., 1948, pág. 61; *Riflessioni sulla società a responsabilità limitata*, Ri. trim. D. e proc. civ., 1949, pág. 630. Más así quedan incontestadas las preguntas claves: ¿En qué consiste la personalidad? ¿Qué se atribuye con la personalidad? ¿Qué significado técnico tiene la persona jurídica? Nominalismo que justifica el reproche de OERMANN: nada podrá oponerse al intento de considerar persona jurídica al embrión, al predio dominante y al título al portador (*Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, 1927, pág. 81); la persona jurídica se convierte en etiqueta sin propio significado.

La dirección normativista dirá, por ello, con su peculiar lógica, que la personalidad es la «personificación de una parte del ordenamiento jurídico» (KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, págs. 66-67; SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, 1924, pág. 141 y sig.; HANKE, *Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Handlungsfähigkeit*, 1928, pág. 54). Frente a ella se objeta que sólo en la persona jurídica (no en la física) hay «unidad de sistema jurídico», pues de ella puede decirse que es «la personificación de su estatuto» (NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtliche Grundbegriffe*, 1941, página 148). Ni siquiera este concepto es compatible con la consideración de la Sociedad anónima como persona jurídica, pues si se aceptase la «personificación de un estatuto», variable a voluntad de los socios (en su caso, hasta del socio único), no podría negarse la personalidad a un contrato (estatuto «inter partes») o a un testamento (estatuto de la sucesión).

(84) Comp.: GARRIGUES, *Tratado*, I, I, pág. 458 y sig.; VIVANTE, loc. cit., II, pág. 13 y sig.; SCHÖNFELD, *Zur Konstruktion der offenen Handelsgesell-*

En este camino ya no es posible detenerse y, constantemente, se señalan otras figuras jurídicas que, con iguales razones, se piensan incluir entre las personas jurídicas; así, por ejemplo, la sociedad o la fundación en formación, la sociedad y la asociación irregulares, los comités para suscripciones, la herencia yacente, el patrimonio del ausente, los bienes destinados al concebido y no nacido y al mismo no concebido, la masa del concurso y de la quiebra, la sociedad de gananciales y hasta a la mera copropiedad (85). De este modo, bajo el título de persona jurídica se confunden, en heterogénea amalgama, con las «corporaciones», las *universitates bonorum*, patrimonios colectivos y separados y *horribile dictu*, hasta con la copropiedad. Estirado de esta forma el término, queda sin valor técnico, y es natural que en la doctrina se vaya generalizando, la tendencia a abandonar, como inútil y productor de confusiones, al mismo concepto de persona jurídica (86).

Esta decadencia del dogma de la persona jurídica hará que se debilite el apoyo que antes prestaba a la concepción abstracta de la Sociedad anónima (87); con ello y con el desvanecerse de

schafte, J. J. 75 (1925), pág. 75 y sig.; SOPRANO, *La comunione negli enti collettivi*, Ri. D. C. 18 (1926), pág. 27 y sig.; BRUNETTI, *Sulla pretesa personalità giuridica delle società personali*, Ri. trim. D. e proc. civ., 2 (1948, 1), pág. 51 y sig., y allí citados.

(85) DONDERIS TATAY, *La copropiedad*, 1933, pág. 165. DOSSETIO, *Teoria della comunione*, 1943, p. 5. En las reseñas a esta última obra hay quien acoge tal teoría con cierta simpatía (W. B., *Ri. trim. D. e proc. civ.*, 1949, página 140) y quien la califica de «exceso de conceptualismo jurídico» (JORDANO, *A. D. C.*, 1949, pág. 1.174).

La doctrina anglosajona gusta referirse a la atribución de personalidad jurídica a un ídolo de Calcuta (Lord Schaw of Dunfermline habla de «la voluntad del mismo ídolo» y de sus intereses) en el proceso Pramatha Nath Mullick versus Pradynmma Kumar Mullick (1925).

(86) Las posiciones escépticas antes aisladas (BRINZ, BEKKER, JHERING, PLANIOL, VAREILLES-SOMMIERES, VAN DEN HEUVEL, MOLENGRAFF, HÖLDER, SCHWARZ, ROEDE, etc.) se han convertido en dominantes en la doctrina americana: NEKAM, *The personality conception of the legal entity*, 1938, págs. 93, 113; BALENTINE, LATTIN, *Cases and materials on the Law of Corporations*, 1939, página 83. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1947, pág. 371 y sig.

(87) El gran esfuerzo teórico de WOLFF (Hans J.) para encontrar un concepto técnico de persona jurídica partiendo de la Sociedad anónima ha sido inútil, pero muy revelador. Frente al abandono hecho por KELSEY de la distinción entre personas jurídicas con capacidad jurídica y las sociedades y comunidades (sin ella), observa que en estas últimas la imputación y la responsabilidad es sólo provisional; los sujetos definitivos de imputación son los

otras ilusiones, se hace posible preguntar ahora, sin riesgo de ser tachado unánimemente de jurista heterodoxo, por la justificación de las particularidades de la Sociedad anónima. Véase como se ha llegado a esta nueva situación.

Con la pérdida de confianza en los dogmas del individualismo liberal ha terminado también el creer en que la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad sin límites sean siempre beneficiosas para la libertad personal, y la experiencia no permite dudar de que, sin la vigilancia constante del Estado, han sido, son y serán utilizadas para despojar y esclavizar a los económica-

asociados o comuneros; la sociedad y la comunidad no son personas jurídicas, pues para ello se requiere ser no sólo «polo», sino «punto final» de las relaciones normativas (*Organschaft und Juristische Person. I. Juristische Person und Staatsperson*, 1933, págs. 198, 151). No puede ser fiel a su teoría, a la que contradice al admitir que se pueda ser persona sólo en la «relación interna» o en la «relación externa» (pág. 199), y, sobre todo, al aceptar como tipo de personas jurídicas a la Sociedad anónima (págs. 229-230).

Importa subrayar la causa de las dificultades de la teoría de WOLFF. En ella se contiene la misma idea que en la doctrina que primero acuñara el concepto de persona jurídica, idea exacta, que luego se abandona al resultar incompatible con la Sociedad anónima; es simplemente la de la independencia definitiva entre la organización jurídica (asociación, fundación) y las personas físicas que le sirven de órgano: la regla, la finalidad de la organización, su subsistencia, no dependen de la voluntad, ni sus intereses son idénticos a los de los asociados y administradores. La Sociedad anónima carece de estas características, no es «punto final de imputación»; su regla (estatuto) y su vida dependen directamente de la voluntad de la asamblea; sus bienes (activo patrimonial) pertenecen en último término (patrimonio separado), a través de la organización (patrimonio colectivo), a los patrimonios de los socios; hay una incomunicación artificial y temporal, cuya naturaleza de tal no se altera por la limitación de responsabilidad (existente en otros supuestos, el buque en muchos Derechos extranjeros, la «Grundschuld» alemana; también la dote, los bienes vinculados, etc.).

El resultado que se destaca de lo indicado es que la sociedad o asociación de fin egoísta (ganancias) no puede encajar en la figura técnica de la persona jurídica, pues el carácter neutro de este fin (consecución de poder económico) impide su definitiva separación de los patrimonios individuales; la ganancia para la sociedad es igual a la suma de ganancias de los socios. La asociación (o el destino de bienes) para un fin altruista permite, en cambio, una separación completa de las esferas jurídicas (interés ajeno, patrimonio ajeno).

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1948 ha advertido la esencial diferencia entre la asociación de carácter egoísta y «cualquiera otra que no persiga fin de lucro» (a pesar de que pueda criticarse desde el punto de vista formal, comp. COSSIO, RUBIO, *Tratado de Arrendamientos urbanos*, 1949, págs. 261-262).

mente débiles. Por ello ya a nadie se le ocurrirá hablar de un derecho natural a fundar Sociedades anónimas, y lo que preocupará a los iusnaturalistas es averiguar qué privilegios de los obtenidos por medio de la Sociedad anónima son condenables y si la misma Sociedad anónima debiera serlo.

La Sociedad anónima obtuvo la consideración de persona jurídica por la semejanza que su estructura formal tenía con las corporaciones; pero también aquí los hechos han venido a demostrar que esa vida corporativa rara vez existe.

En la gran empresa los socios no deciden nada y para nada es tenida en cuenta su voluntad; la Sociedad anónima es o pertenece a quien domina en el Consejo de administración y maneja por medio de la Banca las acciones necesarias para tener la mayoría (de papel) aquiescente. En la misma asamblea general no cuentan las personas ni el número de socios, sino la mayoría del capital representado (88). La masa de los socios no se distingue en la práctica (a estos efectos) de los obligacionistas y, como éstos, están interesados casi únicamente en la cotización de Bolsa y en el corte del cupón (89); los socios ya saben qué no son «los amos de la sociedad», son de hecho (y se contentarían con que se les respetase sus facultades de tales) acreedores no privilegiados de la Sociedad (90).

Respecto a la pequeña empresa, la forma de la Sociedad anónima se utiliza, las más de las veces, de cómodo artificio para limitar la responsabilidad del dueño del negocio, mediante la agregación de algunos socios nominales (familiares o empleados) a los que se les da, al menos al constituirse la sociedad, alguna acción (91).

(88) Es peregrino que se siguiese utilizando el argumento de la democracia cuando se vota por número de acciones (capital) y no se tiene en cuenta el número de socios.

(89) La asimilación del socio al tenedor de obligaciones se ha hecho visible, en la práctica, en las acciones con interés fijo y las obligaciones de renta variable.

(90) «Los accionistas, en vez de ser dueños de la empresa, se ven reducidos a la posición de simples obligacionistas o acreedores de la Sociedad», GARRIGUES, *Traitado*, I, 1, pág. 625.

«Los accionistas ya no son los amos de la Sociedad. No les interesa serlo. Se consideran sólo sus acreedores dóciles o furiosos, según la marcha de los negocios sociales; corderos o tigres, dice irreverentemente un autor belga: *mais toujours des bêtes*», RIEPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, pág. 105.

(91) En un periódico de Madrid, hará unos dos meses, se anunciaba de

Conocidos estos hechos por todos, quedaba como única justificación objetiva de la especial mecánica de la Sociedad anónima, el argumento técnico de su naturaleza de persona jurídica. Pero, como se ha indicado, sólo pudo ser eficaz mientras que la doctrina sobre la persona jurídica era imprecisa y en estado de transición, cuando todavía dominante la concepción formalista (única que permitía encajar en la persona jurídica a la Sociedad anónima) se mantenía (sin advertir la contradicción) el viejo criterio que negaba la consideración de personas jurídicas a las demás figuras carentes de carácter corporativo (92); ahora, cuando la lógica implacable ha impuesto que se acepte como persona jurídica hasta a la sociedad ocasional, el decir que la Sociedad anónima es una persona jurídica no sirve para explicar ninguna de sus particularidades.

Queda, de nuevo, así, al descubierto y en toda su desnudez, el artificio de la Sociedad anónima y brota irremediable la interrogante sobre su justicia: ¿Cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad?, y si no es la pluralidad de los accionistas quien dirige la sociedad, ¿cómo se explica que se otorgue una patente de irresponsabilidad —por actos propios— a quien verdaderamente es el dueño de la sociedad?

Ante este estado de cosas, parte de la doctrina mercantilista,

venta» de una Sociedad anónima de tres millones de capital por un millón. En el boletín-periódico de una empresa individual se comunicaba el año pasado que tomaba la forma de Sociedad anónima, advirtiendo que el cambio era sólo externo.

(92) Así se mantuvo, en parte, la doctrina exacta. La idea de la persona jurídica tiene una raíz más profunda que la de explicar ciertos fenómenos técnicos (unidad patrimonial, subjetividad de derechos), es la de la existencia de realidades sociales, organizaciones, que tienen propia e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen o las rigen; su característica y diferencial está en que existen en torno a un fin distinto y superior, al que los asociados y administradores deben servir. La ciudad, las asociaciones religiosas, políticas y culturales, las fundaciones benéficas han reclamado y obtenido por ello la condición de miembros en la organización jurídica, al lado de las personas físicas. En cambio, en la Sociedad o Asociación para ganar dinero, sea cualquiera la forma que adopte, falta el fin supra-individual, existe sólo una suma de aspiraciones egoístas, cuya compaginación realiza el Derecho con la figura jurídica de la comunidad de bienes, en forma de copropiedad y de mano común.

aun sin abandonar del todo la teoría de la personalidad abstracta, apunta la tendencia a recurrir a la idea de la institución (93).

Si con esto se pretende algo más que seguir el viejo procedimiento de alejar la cuestión, remitiendo el porqué de figura jurídica tan bien conocida a un concepto vago e impreciso y aun carente de valor técnico (94), será necesario admitir que la Sociedad anónima debe servir a fines más altos que al egoísmo de los hombres que la controlan. Y sean estos fines los de la economía, los de la comunidad nacional o los de la empresa como unidad (capitalistas, técnicos y productores), tal referencia no justifica a la Sociedad anónima tal y como existe en la actualidad y, por el contrario, postula una reforma radical: la implantación de una nueva regulación sobre principios completamente distintos y hasta contrarios de los actuales.

El interés práctico y general que ofrece la cuestión de la naturaleza jurídica de la Sociedad anónima parece indudable, y no menos evidente resulta su importancia desde el punto de vista de la Justicia. Nada lo mostrará con mayor claridad que un ejemplo tomado de la jurisprudencia inglesa (95). Mr. Salomon vendió su negocio a una compañía de responsabilidad limitada, con un capital nominal de 40.000 acciones de una libra cada una, estando formada la Compañía (Salomon an Co.), por el vendedor (Mr. Salomon), su mujer, una hija y cuatro hijos, cada uno de los cuales suscribió una acción. Después se emitieron nuevas acciones (20.000) en favor de Mr. Salomon y también obligaciones especialmente garantizadas (96). Llegan malos negocios, la Compañía se liquida y Mr. Salomon reclama todo el activo de la Compañía como acreedor privilegiado, no dejando nada para los demás (los verdaderos) acreedores (97). Ante esta situación el sentido de justicia se

(93) GAILLARD, *La Société anonyme de demain*, 2.^a ed., 1933; GARRIGUES, *Tratado*, I, 2, pág. 626; SOLÁ CAÑIZARES, *La Administración de la Sociedad Anónima en el Derecho comparado*, La Ley (Buenos Aires, 20 de agosto de 1949), pág. 2, nota 33, y allí citados.

(94) Comp. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, págs. 562-563; RIETZ, *Aspects juridiques du capitalisme*, pág. 92-93.

(95) Salomon versus Salomon and Co. (1897). De las diferentes referencias hechas por los autores ingleses, se sigue la de DUFF, *Personality in Roman-private Law*, 1938, pág. 214.

(96) Exactamente «desventures forming a floating security».

(97) Situación que hubiera sido la misma de tener la compañía otros socios verdaderos, pero sin efectivo control, y obligacionistas no privilegiados.

inclinará a considerar que el artificio de la Sociedad no otorga la inmunidad para realizar tal género de maniobras (98); en cambio, la doctrina mercantilista dominante de la personalidad abstracta hará que Mr. Salomon logre sus propósitos (99).

El caso citado es, en el fondo, el mismo de la Sociedad anónima compuesta de un solo socio; que se presenta en dos formas: el supuesto, poco usual, de que constituida por una pluralidad de socios quede reducida accidentalmente a uno y, el más frecuente, de que exista un solo socio real y varios aparentes. Los autores han discutido sobre si en el primer supuesto la Ley permite la continuidad de la sociedad o impone su extinción (100); respecto al segundo, para condenarlo y como «argumento», *ad absurdum*, se arguyó: si se admitiese como legal no habría razón alguna para que cualquiera pueda limitar abiertamente y sin ficción su propia responsabilidad (101).

Un buen ejemplo de la deformación teórica que ha predominado en gran parte de la doctrina mercantilista es que esta última

verdaderos, o que, en vez de aparecer Mr. Salomon, sólo hubiese actuado a través de otra Sociedad anónima o de responsabilidad limitada de la que tuviese el control.

(98) Se dijo: «Este negocio era de Mr. Salomon, y de nadie más» (VACCHAN, J., en la Chancery Division); «es evidente que los otros miembros de la compañía no tenían intereses en ella, y que sus nombres fueron usados por Mr. Aron Salomon al mero efecto de permitirle crear una compañía y usar su nombre para protegerse de la responsabilidad», «meros artilugios que permiten comerciar con responsabilidad limitada, contraer deudas en nombre de una compañía registrada y arrebatar con todo el activo de la compañía, por medio de obligaciones emitidas en su favor, para defraudar los créditos de quienes han sido bastante incautos de negociar con la compañía, sin advertir la trampa que se les había preparado» (LINDLEY, L. J., en la *Court of Appeal*).

(99) En base a que, para juzgar, «la sola directriz debe ser la ley misma». Así se decide por la House of the Lords.

(100) F. DE CASTRO, *El autocontrato en el Derecho privado español*, 1927, páginas 105-119 (t. a. de R. G. L. J., 1927, información anticuada y con muchas erratas); GARRIGUES, *Tratado*, I, 3, pág. 1.218-1.220. R. 11 de abril de 1945 (nota de BONEI, R. G. L. J., 1946 (mayo), pág. 604).

(101) «Si se quiere impedir que se conviertan en un fácil medio de eludir el precepto fundamental de que cada uno debe responder con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído», ASCARELLI, *La società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, R. D. Comm., 1924, I, pág. 453, citado y aceptado por BRUNETTI, loc. cit., Ri. trim. D. e proc. civ., 1949, página 635.

solución se haya aceptado seriamente y que se predique el que deba permitirse la limitación de la responsabilidad en favor de cualquier empresario (102). Su sinrazón parece evidente, y no harán falta muchos argumentos para demostrarlo.

Técnicamente, la «hacienda comercial de responsabilidad limitada» o la «anónima unipersonal» supondría construir un patrimonio separado al lado del personal del dueño de la empresa o negocio. No se tiene en cuenta que el patrimonio separado (como excepción al art. 1.911 del Código civil) requiere estos requisitos para su existencia: a), un destino especial de los bienes, causa jurídica de la separación; b), creación de una titularidad especial, cuyas facultades están al servicio (y por él limitadas) del especial fin del patrimonio; c), mantenimiento formal de la separación. Requisitos de los que conceptualmente carecería la empresa individual de responsabilidad limitada (103).

Desde el punto de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad, *ad libitum*, de quien por profesión arriesga bienes ajenos (104), en provecho propio, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes o dolosos y sin peligro de la propia ruina, que, en fin, se permitiese el progresivo enriquecimiento de los hábiles, utilizando el mecanismo de la quiebra de sus empresas de responsabilidad limitada. El sistema de la falsa Sociedad anónima (con pluralidad de socios en el pa-

(102) GARCÍA ALVAREZ, *La «O. L.» Persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal*, 1944. (Sobre este estudio, notas bibliográficas de LANGLE, R. G. L. J., 1945 (febrero), pág. 252, y UTANDE, R. D. Pr. 1944 (julio-agosto), página 683.) TRIAS DE BES, *La limitación de responsabilidad de las empresas individuales*. Conferencia en la Academia matritense del Notariado, An. 4 (1948), págs. 364-397. PALÁ MEDIANO, *Sociedades unipersonales*, conf. en Colegio notarial de Valencia (1947). Reseña de PASCUAL Y DOMINGO, en R. G. L. J., 1947 (abril), págs. 507-514. BOTER, *Anónimas unipersonales*, «R. D. Pr.», 1947 (enero), pág. 31. SOLÁ CAÑIZARES, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, «Re. trim. D. comm.», 1948, pág. 376.

(103) Adviértase del absurdo técnico de hablar de dos patrimonios o de dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más «ratio» que la conveniencia del mismo interesado, con titularidades de igual carácter e ilimitadas (arbitrio individual) y sin posibilidad práctica de regular el paso de bienes de un patrimonio a otro. Los resultados que se obtendrían pudieran ser curiosos: préstamos, letras de cambio, hipotecas, pleitos, transacciones, quizá hasta hurtos, entre ambos patrimonios.

(104) Créditos bancarios, cuenta corriente deudora, descuento de letras, compras a crédito, etc.

pel) tiene, al menos, el pudor de ocultarse mediante la simulación; la empresa de responsabilidad limitada vendría a legalizar el fraude (105).

En la práctica, la empresa individual con responsabilidad limitada pocas ventajas tendría para el comerciante o el industrial, pues los Bancos, los prestamistas y las grandes empresas impondrían como cláusula de estilo la renuncia a la limitación de responsabilidad, o impondrían que garantizarasen especialmente la operación con su otro patrimonio (106 (107)).

(105) En muchos casos, escapando a la justa sanción penal. El reconocimiento legal de la empresa individual de responsabilidad limitada se parece mucho a una declaración de impunidad del alzamiento de bienes y de la quiebra fraudulenta (art. 390, C. de C.; 519, 520, C. P.).

(106) Fianza, aval, aceptación o endoso de letras, etc.

Socialmente, esta tendencia a conceder privilegios a la empresa individual parece un anacronismo en la época presente. Concuerda con la concepción pequeño-burguesa que las tendencias capitalistas y las socializantes del momento presente repudian. Irresponsabilismo que condena la Justicia (cada uno debe responder de sus actos), y que rechazan hasta las mismas direcciones existencialistas a la moda (*«il faut s'engager»*).

Todavía cabe preguntar si por semejantes razones no habría que extender esa limitación de responsabilidad a los profesionales (empresa profesional: clínica, sanatorio, estudio, bufete), y hasta a quien ejerce la empresa de vivir.

(107) Se ha utilizado como argumento de analogía que la limitación de responsabilidad individual está reconocida por el Código de comercio vigente, artículos 578 a 582, 587 y 590, lo que también ya hacía el artículo 600 del Código de 1829 (Borner, *loc. cit.*, págs. 35-36). Pero ello no parece admisible por las siguientes razones: 1.º El carácter especial y privilegiado que siempre ha tenido la «aventura marítima» hace que sus disposiciones no puedan utilizarse analógicamente respecto al tráfico terrestre. 2.º Que los artículos 578 a 582 (lo mismo que el artículo 600 del C. de C. de 1829) se refieren a la responsabilidad del buque como cosa (responsabilidad real) y a las cargas reales y su orden de preferencia sobre el buque; la responsabilidad personal (sobre el patrimonio) está regulada conforme a los principios generales (coincidiendo así con el art. 1.911, C. c.) por el art. 586, C. de C. 3.º Que los artículos 587 y 590 se refieren a la hipótesis peculiar de la responsabilidad subsidiaria del mandante, dueño o director de una empresa naviera, por la culpa (aquiliana) o dolo de su mandatario o dependiente (comp. arts. 1.727 y 1.903, C. c.), siempre considerada de modo especial; precisamente, nuestro Código de Comercio se ha caracterizado (a diferencia de otros extranjeros) por eliminar supuestos injustificados de limitación de responsabilidad, pues, como muy exactamente se ha dicho, extender la limitación a las obligaciones contraídas para la navegación en general es cometer desde la ley un acto en fraude de acreedores (Rubro, *Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio*, 1940, pág. 11).

Más que rechazar esta dirección regresiva de la doctrina mercantil, interesa señalar el franco renacer de las tendencias realistas y el progresivo abandono de los conceptos y figuras abstractas. Respecto de las Sociedades anónimas, abrió la marcha la cuestión sobre la nacionalidad; en la primera guerra mundial se planteó la pregunta: ¿Ha de considerarse nacional y no le serán, por tanto, aplicables las disposiciones sobre súbditos enemigos, la Sociedad anónima nominalmente nacional, pero en la que la mayoría de sus acciones —o las de control— están en manos enemigas o en las de sus testaferros? Los tribunales y la doctrina se vieron obligados —quizás por vez primera— a descorder el velo artificial de la sociedad y a juzgar conforme a la realidad (108). Del mismo modo, hubo de procederse cuando un Estado quiere que su industria, comercio, agricultura, zonas estratégicas, flota mercante, etc., no pase a manos extranjeras (109), o bien, en el caso contrario, de evitar que los hombres de negocios nacionales logren esquivar el control fiscal o económico, mediante sociedades con bandera extranjera.

Perdido el respeto supersticioso a los conceptos abstractos, cada vez serán más los casos en que se considera necesario no detenerse ante la forma jurídica (110), ante la persona jurídica, e investigar el fondo real de la situación. La sociedad en mano de un solo socio se ha pensado que no puede ser juzgada como patrimonio independiente y se concluye que el socio único, como soberano de la empresa, debe responder con su patrimonio personal (111), o bien

(108) Sentó doctrina el caso «Daimler Co. versus Continental Tyre and Rubber Co» (1915-1916). Sobre esta base, los especialistas de Derecho internacional privado piensan en negar la nacionalidad a las personas jurídicas, NIBOYER, *Existe-t-il une nationalité des sociétés?* «Re. D. I. Privé», 1927, página 402.

(109) WOLFF, *Private international law*, 1945, § 289, pág. 313.

(110) En un terreno cercano se afirma la responsabilidad del socio oculto y la de la sociedad oculta. BIACINI, *Società occulta e imprenditore occulto*, «Ri. trim. D. e proc. civ.», 3, (1949, 1), pág. 1.

(111) MOSSA, *Responsabilità dell'unico socio di una anonima*, «Ri. D. comm.», 1931, II, pág. 315.

El art. 2.362 (sobre la Sociedad anónima) del Código civil italiano (1942) dice: «En caso de insolvencia de la Sociedad, por las obligaciones sociales nacidas en el período en el que las acciones resulten haber pertenecido a una sola persona, ésta responde ilimitadamente». El último párrafo del art. 2.497 (sobre la Sociedad de responsabilidad limitada) dice: «En caso de insolvencia

que el principio de la buena fe impone que los actos realizados por la sociedad de un solo socio («Einmanggesellschaft») sean examinados uno por uno, pues lo que el accionista no pudiera hacer personalmente sin violación de la buena fe tampoco lo podrá realizar mediante la sociedad (112). En otras muchas circunstancias los tribunales han creído necesario que, para evitar el fraude a la ley, la expoliación de los accionistas minoritarios, de los obligacionistas, de acreedores y hasta de legitimarios era preciso prescindir del artificio abstracto de la persona jurídica, y así lo han hecho en defensa de la justicia (113); de modo que se ha podido sentar el principio de que se debe proceder de esta forma siempre que «sea ne-

de la Sociedad, por las obligaciones sociales nacidas en el período en el que las cuotas resulten haber pertenecido a una sola persona, ésta responde ilimitadamente». La «Companies Act», 1948 (11, 12 Geo.), chapter 38, art. 31, aplica igual criterio a la «private company» reducida a un socio y a la «public company» reducida a menos de siete.

Las anónimas ficticias o de comodidad, se consideran como negocios simulados e indirectos o en fraude a la ley. DOMINÉDÓ, *Le anonime apparenti*, 1931. La jurisprudencia holandesa declara la nulidad de las sociedades en que un socio aporta todo el capital y los demás consocios son «pro forma» o testaferros. VOLKMAR, *Het nederlandsch Handelsrecht*, 1931, pág. 33.

ROHM señala que entonces la Sociedad no es un patrimonio especial, que falta la separación entre el patrimonio de la Sociedad y el del socio, pues es sólo aparente, pudiendo el comerciante disponer libremente de los bienes de uno y otro; ambos patrimonios responden tanto respecto a los acreedores privados como a los de la Sociedad. *Juristische Person und Treuhand*, 1932, página 176.

(112) GUHL, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 1944, pág. 415.

(113) Así, por ejemplo, cuando el dueño del control de la Sociedad opone sus derechos preferentes de acreedor individual a los acreedores de la Compañía; cuando habiéndose hecho convenio de no competencia se compra el control (o se forma una Sociedad reservándose la casi totalidad de las acciones) de Sociedad anónima dedicada al mismo negocio; accionista poseedor del control que hace derivar todos los beneficios de la Sociedad (en perjuicio de los restantes socios) para sí, directamente o por medio de una Sociedad cuyo control tiene; Sociedades de cartera, de administración, Sociedades de Sociedades, para conseguir monopolio, eliminar de los beneficios a grupos de accionistas, escapar al control del Estado; formación de Sociedades para evitar el pago de Derechos reales (aportación de inmueble a la Sociedad), los impuestos y hasta las disposiciones sobre legítimas (Sociedad familiar); el comerciante que convierte su negocio en Sociedad anónima para escapar a la quiebra; en vez de venderse finca, único patrimonio de una Sociedad, se ce-

cesario para promover la Justicia y evitar resultados inicuos» (114).

De todo lo expuesto parece que pueden deducirse las siguientes consecuencias, tanto respecto al significado jurídico de las Sociedades anónimas (115) como a su relación con el concepto de persona jurídica:

1.º Que al calificarse de persona jurídica a la Sociedad anónima se abandonó el sentido con que naciera el concepto de perso-

den todas las acciones, para evitar el pago de la retribución al corredor, etcétera.

Sobre un intento de defraudar a la Hacienda: MOSSA, *Evaporazione di obbligazioni nella concentrazione di aziende sociali*, «Ri. D. comm.», 41 (1943), página 102.

La búsqueda de la realidad puede ser también beneficiosa a todos los miembros de una Sociedad; en la jurisprudencia española se ha estimado la identidad de los arrendatarios y aparceros de una finca con la Sociedad (no anónima) constituida por éstos, a los efectos de poder la Sociedad retraer la finca, S. T. C. (soc.), 3 de abril de 1945.

(114) FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1947, pág. 478, que también dice que en América «se levanta el velo» de la persona jurídica cuando se intenta defraudar a los acreedores, evadir impuestos, obrar en fraude a la Ley, lograr monopolio, proteger delitos. También se ha dicho que «la política legal administrada por Tribunales progresivos es mirar a la sustancia y despreciar a la forma» (WORMER, *Disregard of Corporate fiction*, pág. 10); que la personalidad jurídica (*corporate personality*) está «sometida a limitaciones indefinidas contra el abuso y la perversión del privilegio» (BALLANTINE, *Cases and materials on the law of corporations*, 1939, pág. 83).

Respecto a las Sociedades de sociedades, se dijo hace tiempo «que quien maneja internamente, de modo unitario y total un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes». HAMBURGER, *Die Organgesellschaft*, *Gedächtnisschrift für E. Seckel*, Abh. aus der Berl. Fak., IV (5), 1927.

(115) Lo que se dice de la Sociedad anónima es aplicable por iguales razones a la Sociedad de responsabilidad limitada. De modo paralelo, las críticas hechas a las Sociedades de responsabilidad limitada, en general, pueden y deben aplicarse a la Sociedad anónima. Así, cuando, respecto de aquella, se menciona «la ligereza con que los administradores se dejan ir a contraer compromisos superiores a las fuerzas económicas de la Sociedad, libres de la preocupación de hacerlas frente con sus propios bienes y de incurrir en las sanciones de las quiebras. Incentivo éste, fácil y frecuente, de hacer servir la Empresa a los intereses individuales del exiguo grupo de los socios»; «la llamada responsabilidad limitada obra así a uso y consumo de los socios que han gestionado en familia, han apartado vistosas ganancias y, después, a la primera adversidad, dejan quebrar la Empresa, sin el perjuicio de consecuencias patrimoniales y personales». BRUNETTI, loc. cit. «Ri. trim. D. e proc. civ.», 3, (1949, 3), páginas 632 y 636; también, pág. 628.

na jurídica, identificándolo con el de la capacidad jurídica, vaciándolo de contenido y haciéndolo prácticamente inútil. Si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico será preciso partir de que la Sociedad anónima no merece la consideración de persona jurídica.

2.º Que al estimarse persona jurídica a la Sociedad anónima se abstraigo indebidamente de sus componentes (substrato personal, realidad jurídica subyacente).

3.º Que la limitación de las responsabilidades de los socios, por ser un privilegio, debe interpretarse restrictivamente, y que sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas.

4.º Que conforme a la acertada tendencia moderna no debe vacilarse en apartar el artificio de la Sociedad anónima para decidir los casos según la realidad que constituye la base de la sociedad.

Estas consideraciones permiten plantear las cuestiones sobre la Sociedad anónima, son una amplitud y desembarazo que no le estaban permitidos a la antigua doctrina, lo mismo al interpretar los textos legales que al plantearse hoy día su reforma. Ante la tarea de *lege ferenda* suponen la aportación de estos nuevos puntos de vista:

1.º Que queda abierta como cuestión exclusivamente de política legislativa la de si conviene o no conservar el privilegio que significa la limitación de responsabilidad del accionista.

2.º Que si bien este privilegio es justificado respecto al accionista que en nada interviene en la administración, es todavía explicable en el caso de una sociedad dirigida efectivamente por una pluralidad de personas (substrato asociativo real), resulta por completo injustificado e injusto cuando el control efectivo está en manos de una sola persona (sea directamente o a través de testaferreros o de otra sociedad).

3.º Que la situación privilegiada que se proporciona a unas personas mediante la sociedad anónima impone al Estado el deber de vigilar, en favor de la comunidad, que no se abuse de esos privilegios (115 bis).

(115 bis) Con razón dijera SÁINZ DE ANDINO: «No son establecimientos de mero interés particular los que puedan abandonarse al libre arbitrio de los contrayentes, sin otras trabas que las condiciones generales prescritas por

El Anteproyecto de Reforma de la Sociedad anónima, en cuanto que parte de las ideas todavía dominantes en la dogmática mercantilista, está necesitado de importantes modificaciones para ponerlo de acuerdo con la tendencia renovadora señalada y con la exigencia repetidamente indicada de una renovación técnica del concepto de persona jurídica.

IV. NUEVA PROPUESTA DE REFORMA

1. Alcance de la reforma

La emoción insólita en nuestra vida jurídica, provocada por el propósito de reformar la regulación de la Sociedad anónima, muestra bien a las claras que con ello se ha tocado a un punto muy sensible de la organización social. De una parte, han hecho acto de presencia las fuerzas defensivas, tan bien organizadas como inteligentes de la clase financiera, contrarias al Anteproyecto, por recortarle algunos de sus ya usuales privilegios o por imponerles ciertas incómodas trabas formales. Estas críticas han tenido una contrapartida quizá más inesperada: el que aflora una fuerte corriente en la opinión, que ha advertido esta reacción y que responde a ella mostrando conocer que la sociedad anónima es el instrumento, hasta ahora más eficaz, con el que una clase directora impone y mantiene sus privilegios; clase que, pese a la competencia, altruismo, patriotismo y espíritu de iniciativa de algunos de sus miembros, ha comenzado a ser tachada de parasitaria, explotadora y culpable del ambiente materialista que domina en la sociedad contemporánea. La polémica en torno al Anteproyecto ha

la Ley para la constitución de las sociedades ordinarias, sino que consentidos y autorizados por consideración a la influencia que ejercen en la prosperidad común del país, tienen íntima relación con el orden público del Estado. Este es el verdadero punto de vista, desde el que se han de dirigir las reglas constitutivas de estas sociedades ordinarias. Si su sistema de contratación constituye un privilegio, y su organización está enlazada con el orden social, claro es que estas sociedades no deben constituirse sino con la autorización del Gobierno, y que éste debe ejercer una inspección directa y constante sobre su administración, como tutor natural y legítimo de todos los intereses públicos». RUBIO, *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil*, pág. 224.

venido de esta forma, y de modo resonante, a convertirse en una discusión sobre los poderes jurídicos del capitalismo (116). Así, al defender o atacar la Sociedad anónima, no se piensa en problemas técnicos ni en cuestiones de detalle si no se sabe que se trata de un debate de honda y quizá decisiva significación política.

El jurista, sea cual fuere su opinión personal, si habla como jurista no tiene por qué entrar en materia propia de la decisión política, pero tiene deberes ineludibles en cuanto servidor de la Justicia y técnico.

En este reducido ámbito cabe hacer algunas indicaciones sobre el alcance que conviene tuviera la reforma (117).

Ante todo, es preciso advertir que el propósito declarado del legislador es una reforma de la Sociedad anónima, de modo que si se pretende colaborar en la mejor realización de tal tarea resultará superfluo tratar de toda aspiración y proyecto, que suponga su supresión. También parece indudable que, al proyectarse una nueva norma de esta trascendencia, habrá que hacerla concordar y no contradecir al espíritu informador de las leyes fundamentales del Estado.

El jurista, aun dependiendo de la prudencia política, tiene el deber de advertir las desviaciones de las figuras jurídicas y las infracciones que supongan de la Justicia. Por ello aunque quizá sea conveniente en un período como el presente, de transición económica y social, dictar medidas moderadas que no trastornen demasiado la actual organización jurídica, parece imprescindible que un proyecto de reforma de la Sociedad anónima atienda a estas necesidades: acabar con la posibilidad de una indebida influencia política a través de las sociedades anónimas (poderes indirectos), acomodar la Sociedad anónima a las exigencias de la Justicia social

(116) Se designa con este término al capitalismo burocratizado europeo, sin aludir —por tener otras características sociales— al capitalismo norteamericano.

(117) El objeto de este estudio es la crítica de la doctrina aun dominante entre los mercantilistas y la indicación del rumbo que últimamente parece tomar la doctrina general en Derecho privado. No se ha pensado oponer al estudio anteproyecto un apresurado contraproyecto. Sólo, para evitar la censura de hacer únicamente obra negativa, se añaden algunas sugerencias, por si pudieran ser tenidas en cuenta en una revisión del Anteproyecto, hecha también por especialistas del Derecho mercantil (como los autores del Anteproyecto, y a ser posible por ellos mismos), únicos que poseen la preparación técnica necesaria para ello.

en la organización de las empresas, cumpliendo los preceptos del Fuero del Trabajo, e impedir que se abuse del privilegio de la limitación de la responsabilidad.

El Anteproyecto podría, a tal objeto, mantenerse en buena parte de su articulado, pero revisándolo y dándole un nuevo sentido, mediante la incrustación de algunas disposiciones básicas que recojan los principios señalados. Con el sólo fin de aclarar estas indicaciones, sin otra pretensión y a manera de apéndice, se enumeran algunas de las bases en que parece debiera asentarse una reforma de la Sociedad anónima, que tratase de dar un mínimo de satisfacción a las exigencias de la Justicia social y de restablecer, en parte, el significado técnico propio de la sociedad (118).

2. Bases para la reforma

1.º *Concepto*.—La Sociedad anónima es una asociación de personas que aportan capitales para una empresa mercantil o industrial no contraria a los intereses de la economía nacional; los socios responderán sólo con sus aportaciones, excepto si abusan de este privilegio.

a) Se establece como base de la sociedad la realidad de una asociación, esto es, la intervención verdadera de una pluralidad de voluntades para determinar las decisiones de la Sociedad anónima. Cuando esta pluralidad de voluntades falta, ya sea por existir un solo socio o porque éste tenga el control efectivo de la sociedad (mayoría de capital o en el Consejo, directamente o por medio de testafierro), o por ser dependiente de otra sociedad (abierta u ocultamente), haya simulación o desviación de la función de la figura de Sociedad anónima, cesará la limitación de responsa-

(118) El Anteproyecto nos parece, en sí y en comparación con las modernas legislaciones extranjeras, extremadamente tímido; la reacción que contra él se ha producido, hace que ni siquiera la calificación de prudente le cuadre, ya que se le acusa de subversivo y casi de revolucionario. Creemos que es insuficiente, pero por ser muy superior a la situación jurídica actual, si por cualquier circunstancia de momento no conviniese aceptar el sentido más radical de las reformas aquí propuestas, debería promulgarse íntegramente el Anteproyecto, pues siempre sería un evidente progreso respecto del régimen inhibicionista del Código de Comercio.

bilidad y quien sea el «ducño» de la sociedad responderá ilimitadamente.

b) Se abandona el criterio formalista en la clasificación de sociedades (119); la Sociedad anónima no debe ser forma de cobertura para cualquier fin, y su objeto será la empresa mercantil o industrial; con ello se evitará que con la forma mercantil se eluda (negocio indirecto expresamente permitido) la legislación sobre asociaciones (120).

c) El importante privilegio que significa la limitación de la responsabilidad requiere un mínimo de justificación. Se impone como condición *sine qua non* la existencia de una pluralidad de voluntades y que la empresa sea útil o, al menos, no perjudicial a la economía y bien común de la nación.

2.º *Socios*.—La acentuación del carácter asociativo de la sociedad anónima deberá reflejarse también en la participación en su vida de todos los que colaboran en la empresa y en facilitar la relación efectiva entre los socios y la sociedad.

Se dispondría especialmente:

a) Que el número mínimo de socios que se fijase para la constitución de la sociedad esté de acuerdo con el carácter asociativo; dos o tres personas pueden constituir una sociedad, pero no son la base para una asociación ni para la figura específica de la Sociedad anónima, que supone una distinción entre los socios y la gestión administrativa. Quizá pudiera señalarse, por ejemplo, un mínimo de siete a diez socios.

b) Las acciones sólo podrán ser nominativas y las transmisiones habrán de ser autenticadas para su validez; formalidad necesaria para determinar el momento real de la transmisión cuando sea necesario exigir responsabilidad al socio e impedir la eludan cediendo las acciones a testaferros e insolventes.

(119) Comp.: GIRÓN TENA, *Sociedades civiles y Sociedades mercantiles; distinción y relaciones en Derecho comparado; Distinción y relación en Derecho español*, «R. D. M.», 1946, pág. 345-403; 1947, pág. 7-69.

(120) Ha de advertirse que este criterio antiformalista, que es en sí —conforme a lo antes dicho— el único técnicamente admisible, requiere para su aceptación legislativa la previa reforma de las estrechas disposiciones vigentes sobre asociaciones y fundaciones, pues si no, en otro caso, quedarían injustamente en el desamparo legal una serie de instituciones benéficas (religiosas y culturales) dignas del máximo respeto, de tipo mixto, y que ahora se acogen a la figura de la Sociedad anónima.

c) Se impondrá la creación de acciones de trabajo, como medio para que el productor capitalice los beneficios especiales que le correspondan y para que participe así realmente en la vida de la empresa.

d) Quedará prohibido el establecimiento de ventajas, preferencias y cualquier desigualdad entre los socios.

e) Se declarará válido el pacto por el que los socios se reservan el derecho de adquirir, de modo preferente, las acciones enajenadas a personas que no sean también socios.

3.ª *Administración*.—Los administradores son los representantes y los servidores de la empresa; en el Consejo de administración deben figurar todos los elementos que contribuyan a formar la empresa; siendo la fidelidad a la empresa un deber, no podrán ser nombrados los que pertenezcan o sean asalariados de otra empresa.

a) El Consejo de administración se constituirá con la representación proporcional de los accionistas. Habrá representación especial de la minoría (si no hay unanimidad) y una representación de los accionistas de trabajo (formando dos grupos: técnicos y obreros).

b) El Estado tendrá un representante en el Consejo cuando se esté en alguno de estos casos: siempre que la empresa sea de gran capital; el objeto de la empresa sea de interés nacional; sea una sociedad que controle otras empresas. El importe de lo que se entienda gran capital y qué empresas han de ser consideradas de interés nacional será fijado —conforme a las circunstancias— por la Inspección de Sociedades. Los Consejeros nombrados por el Estado tendrán la facultad de suspender los acuerdos del Consejo que estimen contrarios a las leyes o al interés nacional; la mayoría del Consejo puede recurrir a la Inspección de Sociedades.

4.ª *Capital*.—Se exigirá para la constitución de la sociedad la suscripción íntegra del capital (prohibición de las acciones en cartera), el desembolso íntegro en las sociedades de pequeño capital y, al menos, la cuarta parte en las de gran capital.

La Sociedad anónima es figura jurídica apropiada a la gran empresa, y considerando a ésta se regula. La pequeña empresa debería utilizar la forma de sociedad colectiva, si todos los socios intervienen en la administración, y la forma de sociedad comanditaria si algunos no intervienen. Ello no obstante, quizá no convenga de momento la fijación legal de un capital mínimo, pues podría ser prefe-

rible dejar abierta la posibilidad de la Sociedad anónima para la empresa en que los socios no administren y, sobre todo, porque la regulación establecida ofrece suficientes garantías contra los abusos. El apartamiento de la pequeña empresa de la forma anónima se puede, de todos modos, conseguir (cuando se estime oportuno) indirectamente, mediante la presión fiscal (121).

5.ª *Fundación*.—Para que pueda inscribirse la Sociedad anónima será preciso hacer constar que la Inspección de Sociedades no encuentra causa de oposición para ello. La Inspección podrá oponerse por ilicitud de objeto, peligrosidad para la economía, peligro de monopolio, no haberse dado la debida representación en el Consejo a la representación del Estado y a las acciones de trabajo, falta de solidez financiera (122).

Como complemento reglamentario se podrá disponer que la negativa de la Inspección habría de ser razonada y apelable ante los Tribunales de Justicia, o ante el Ministerio, según que la tacha fuese de carácter jurídico o económico.

6.ª *Convocatoria de Junta extraordinaria*.—Podrá hacerse por el Consejo de administración y por la Inspección de Sociedades, cuando lo pida un Consejero o socio y la Inspección entienda que se basa la petición en razones atendibles de urgencia.

7.ª *Responsabilidad*.—Los administradores y los socios que de hecho controlen la sociedad responderán personalmente de los perjuicios causados a los socios o terceros, por subordinar los intereses de la sociedad a los intereses de otra empresa o a los suyos propios.

Se considerará enriquecimiento injusto el percibo por los administradores de sueldos, tantos por ciento, dietas, asistencias y cualquier otra remuneración que en su conjunto excedan del duplo del sueldo medio de un director técnico y, como tales, deberán ser restituidos al patrimonio social.

Los administradores responderán personalmente de toda dona-

(121) Este razonamiento no es muy lógico; está determinado por razones de prudencia propias de la política legislativa. Un criterio claro y consecuente llevaría a la supresión de la Sociedad anónima, pero, como se ha indicado, no parece factible en las actuales circunstancias económicas, sociales e internacionales, y con ellas ha de contar, necesariamente, el legislador.

(122) Sistema parecido al preventivo de las «Blue Sky Laws», adoptado por muchos Estados de Norteamérica.

ción, retribución o ventaja concedida a cualquier persona a costa de la sociedad, que no tenga causa específica y legítima o que directa o indirectamente suponga compra de influencia.

8.^a *Balance*.—Habrá de publicarse con el mayor detalle y precisión. De modo especial habrá de especificarse, de manera que pueda advertirse la dependencia o control respecto de otras empresas y las relaciones de filiación. Se detallarán claramente las cantidades percibidas por administradores y socios.

9.^a *Incompatibilidades*.—No podrán ser administradores, percibir sueldos ni subvenciones, de modo directo o indirecto, las personas que sirvan o hayan servido cargos públicos y los funcionarios y antiguos funcionarios del Estado.

10.^a *Responsabilidad penal*.—Dado el interés público de la reglamentación de las sociedades, se impone la sanción penal para las infracciones más graves.

Se penarán como delitos especiales los casos de inobservancia de las incompatibilidades, el no cumplimiento de las disposiciones sobre la verdad y claridad del programa de fundación y sobre la confección del balance, la compra de influencia, infracciones dolosas o gravemente culpables de las obligaciones de administración. En los casos de reiterada contravención de las leyes podrá procederse a la expropiación de las acciones de quienes controlan la sociedad (123).

11.^a *Supresión de la sociedad de responsabilidad limitada*.—La Sociedad anónima será la única forma en que se permitirá la limitación de la responsabilidad. Parece que debe suprimirse como innecesaria la figura de la sociedad de responsabilidad limitada (124).

12.^a *Inspección de la Sociedad anónima*.—Parece imprescindible

(123) Conocida es la tendencia de las legislaciones modernas a considerar delitos las infracciones de la Ley cometidas por los administradores. En el Derecho norteamericano se utiliza al efecto, ampliamente, la «fraud law».

(124) La flexibilidad de los Estatutos permitirán conseguir los fines lícitos a que procuran atender los dos tipos de leyes sobre Sociedades de responsabilidad limitada (personalista y pequeña Sociedad anónima). Así se ha hecho en alguna legislación moderna. Compárese, sin embargo, la idea de BRUNETTI de aumentar en la Sociedad de responsabilidad limitada la responsabilidad de los socios («Riv. trim. D. e proc. civ.», 1949, págs. 635-636; pero, como ya se ha indicado, no se ve clara la razón de que sólo gocen del privilegio de la completa limitación de responsabilidad los grandes capitalistas.

ble la creación de un cuerpo de funcionarios del Estado (125), de especial preparación jurídica, contable y económica, que tendría la misión de vigilar la fundación y funcionamiento de las sociedades. Impone esta decisión el que, como repetidamente se ha dicho, la Sociedad anónima, por su importancia económica y social, por su peligrosidad misma, es siempre de interés público y requiere una continua y especializada vigilancia del Estado. Su intervención podría ser solicitada por consejeros, socios, obligacionistas o por mera denuncia de actos ilícitos o sospechosos de serlo; pudiendo en todo caso actuar de oficio.

3. *Indicaciones secundarias respecto al Anteproyecto*

Todavía, al repasar el articulado del Anteproyecto, pueden encontrarse reglas que convendría cambiar o completar. De entre ellas pueden destacarse las siguientes: que el domicilio de la Sociedad anónima debiera ser el real (art. 6.º) y que se ha omitido señalar una regla práctica para determinar la nacionalidad o sumisión de las sociedades a las leyes españolas, que la responsabilidad de los promotores debería extenderse a los daños que produjesen por crear (con el programa de fundación, propaganda, etc.) una idea inexacta de la futura sociedad (art. 14, 18), que si no se aceptase lo propuesto en las Bases para la reforma (núm. 6) debería hacerse, en todo caso, más fácil la posibilidad de pedir que se reúna la junta extraordinaria (art. 57); que la Inspección de Sociedades (y si no el Ministerio fiscal o la Abogacía del Estado) debe poder impugnar los acuerdos sociales contrarios al bien público o ilícitos y exigir las correspondientes responsabilidades (art. 68), que la Sociedad anónima responde de los actos realizados *ultra vires* por sus legítimos representantes (órganos) y subsidiariamente de los ilícitos (art. 77), responsabilidad de los administradores (civil y penal) si el balance es incompleto o falso, pudiéndose exigir de oficio (artículo 80); que la emisión de nuevas acciones debe considerarse

(125) La remuneración podría correr a cargo del producto del impuesto especial sobre Sociedades anónimas; sobre esta cuestión, sobre la posibilidad de utilizar en mayor o menor medida a los contadores jurados y otras de detalle, sería prematuro tratar ahora.

como transformación de los estatutos (art. 137), que la transformación y fusión de sociedades deberá ser aprobada del mismo modo que su fundación (arts. 135 y sigs., 144 y sigs.) (126).

4. *Las Sociedades de Sociedades*

Se ha advertido, y por ello reprochado al Anteproyecto, que carece de una regulación o de la prohibición de las Sociedades de Sociedades, censura especialmente grave, porque la peligrosidad que se señala a la Sociedad anónima se origina especialmente de las combinaciones que permite la superposición de sociedades. Después de estudiar de nuevo la cuestión y de examinar el pro y el contra de las distintas soluciones, se llega al convencimiento de que es un problema que, por el momento, no se puede resolver de frente y que es preferible prescindir de una regulación especial.

La prohibición de las Sociedades de Sociedades y —lo que de hecho es semejante— de que unas sociedades controlen a otras empresas, puede ser deseable, pero no sería posible hacerlo sin graves trastornos, pues supondría la disolución forzada de la Banca industrial y el consiguiente desconcierto de la industria pesada española. Si se creyese conveniente se podría obtener el mismo resultado, incluso con menos peligro para la economía, mediante la nacionalización de la Banca.

Por otro lado, regular jurídicamente una deformación de la Sociedad anónima sería autorizar lo que sólo se puede circunstancialmente tolerar. Posiblemente, el sistema seguido en las bases propuestas, si se aceptase, podría corregir los mayores peligros; la publicación de los balances, la responsabilidad por los actos realizados por las sociedades controladas y la intervención de la representación del Estado en los Consejos de administración de todas las sociedades de control, parece que serían suficientes al efecto.

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

(126) De gran importancia para medir el alcance del Anteproyecto sería considerarlo en relación con las disposiciones transitorias redactadas para su aplicación; pero, como es sabido, no han sido publicadas.

