

Para el Proyecto español de Ley sobre la Sociedad Anónima

L O R E N Z O M O S S A

Profesor ordinario de Derecho comercial en la Universidad de Pisa

El Proyecto español de regulación de la sociedad anónima no puede dejar indiferentes a los mercantilistas italianos. Es demasiado importante la aportación al Derecho comercial mediterráneo verificada por obra de los dos Derechos y de ambas escuelas latinas, para que uno y otro se desentiendan de la evolución del pensamiento y de la vida del Derecho.

Existe en la latinidad plenamente luminosa de España el reflejo y el fermento de un pensamiento secular que, en la tradicional autonomía e independencia, ha conducido a creaciones universales útiles, de las cuales todavía el Derecho moderno se beneficia.

Cuando se profundiza en la historia de la sociedad comercial se siente, en verdad, cuánta luz del pensamiento jurídico español ilumina todavía, en toda Europa y más allá de Europa, la vida de la sociedad en nombre colectivo, de la sociedad comercial de personas.

Solamente el que se detiene en la superficie del Derecho moderno, y no solicita de los dogmas corrientes el secreto de su existencia, puede pensar que el Derecho de sociedades se manifiesta en algún Derecho nacional por características actuales y enteramente propias.

Ahora bien, en la regulación y en la búsqueda apasionada de la regulación de la sociedad anónima es indispensable para nosotros conocer el progreso español, porque ello contribuye al progreso de nuestro Derecho y del Derecho europeo.

En el conocimiento del progreso jurídico español está de modo natural insita una participación en su misma vitalidad. Esta obra, por consiguiente, reúne a los juristas latinos en un ideal común, el eterno de la Justicia, que, por ser actualmente tan necesaria para todo el pueblo, se denomina con verdad Justicia social. No es, por consiguiente, este examen nuestro un mero examen comparativo, pero tampoco un bosquejo o el intento de un bosquejo de un Derecho europeo, ni aun de un Derecho mediterráneo o latino de la sociedad anónima.

De un Derecho mundial, y no solamente de un Derecho menos universal como puede ser el latino o el mediterráneo, se ha hablado muchas veces en ocasión de amplias reformas o de nuevos ordenamientos de la sociedad por acciones ¹.

Ocurre que toda reforma de conjunto de la sociedad capitalista despierta en cualquier país un agudo interés. Despierta, en efecto, unido al interés técnico jurídico el político social, ante una transformación o alteración de una forma exquisita del capitalismo.

Diversos intereses son éstos que deben tenerse presentes con pleno conocimiento en el estudio del ordenamiento jurídico de un país en el que, más que en otros, fermentan y actúan. Ello ya se ha verificado en los países de Europa que han sentido profundamente el estímulo de una revolución y de una renovación.

Bastaría investigar la evolución y el desenvolvimiento de la sociedad por acciones en Rusia, en Alemania y en Italia, y la polémica que les ha acompañado, para formarse idea, independientemente de toda otra manifestación o institución, de los cambios de economía y de substrato social. Por ello, en el día de hoy, un ensayo de Derecho europeo de la sociedad por acciones no podría liberarse de los presupuestos de la ordenación económica, ahora dividida y contrapuesta y por esta razón no susceptible de una unión verdadera y sincera ².

Cuando un gran jurista práctico de la sociedad por acciones diseñaba para ésta un Derecho mundial, está bien claro que hablaba de una uniformidad aproximada. Es tanta la unidad del Derecho de la sociedad en nombre colectivo en Europa como grande la división del de la sociedad por acciones y de la misma comanditaria simple. A las divisiones fundamentales, abiertas y leales, que derivan de la organización singular de la Economía, hacen *pendant* las divisiones de estructura, de forma, de organización, propias del punto de tensión técnico y económico de los diversos capitalismos y de las diferentes sociedades nacionales.

Las tendencias políticas de superficie, es decir, las de los partidos y de los gobiernos en el Poder, influyen también sobre la regulación de las sociedades de capitales.

Hemos oído en Italia, durante el cancelado Régimen, las voces de una jerarquía y de un jefe de la sociedad por acciones, mientras que ahora vuelve a hablarse de democracia de la misma sociedad, y contemplando profundamente el hecho nos parece que se trata de unas simples consignas.

Ahora bien, no se busca un ordenamiento mundial de las sociedades por acciones y no parece que pueda buscarse en el Proyecto español, que se enraiza profundamente en el espíritu jurídico

1. Cfr. Max HACHENBURG, en escritos en honor de MAUROVIC, *Spomenica Maurovica*, Belgrado, 1940.

2. Agudo, en este punto, el estudio de Augusto EGGER sobre la *Reforma de la Sociedad Anónima en Suiza*, Zürich, 1937.

patrio. La uniformidad que podría conseguirse, según el diseño de Hachenburg, sería, más que otra cosa, una uniformidad externa, y, sobre todo, una uniformidad que sería extraña y, aun más, impuesta por una especulación jurídica. La búsqueda de la unidad, como la que ha bosquejado el comercialista, tiene el sabor de un compromiso más que el de una fusión sustancial.

Y, por otra parte, ¿cómo surgen las unificaciones legislativas? Quien lo ha experimentado, como nos ha ocurrido a nosotros en Ginebra en lo relativo al Derecho de la letra de cambio y del cheque, ha visto forjar un sólido y luciente metal jurídico por la fusión de otros tantos trozos de la misma naturaleza.

Digámoslo: se ha unido lo que ya estaba unificado en los Derechos nacionales, que eran diversos solamente de nombre. Pero, en nuestro caso concreto, cuánta diferencia, por ejemplo, entre el Derecho de la democrática Suiza, de la totalitaria Rusia, de la Inglaterra laborista y de la socialista Suecia.

La unidad debería proceder de la unidad política, es decir, de una sociedad de las naciones de Europa, siempre en el supuesto optimista de una transformación y sedimentación interdependiente de la política y la economía.

Sin esta utilidad un pueblo libre no tiene motivo para imitar el Derecho de otro pueblo, por mucho que sea su progreso, ya que el Derecho moderno no se forma por las recepciones, aunque sean espontáneas y voluntarias. El Derecho español nos proporciona hoy, con este Proyecto, como lo ha verificado en otras ocasiones con respecto a la sociedad anónima, el ejemplo y el modelo de un Derecho autónomo y libre de los influjos de los Derechos extranjeros ³.

Esta libertad y autonomía, que constituyen un carácter y una ordenación del Proyecto que encabeza don Joaquín Garrigues, tienen que ponerse en relieve. Son ellas las que hacen tanto más interesante el estudio del Proyecto, y si en él se nota a veces el ejemplo de Derechos extranjeros, como se nota en toda obra comercial de Europa, es evidente que el modelo está asimilado, elaborado y expresado de una manera tan original como para convertirlo en una cosa nueva.

¿Se deberá decir entonces que la regulación del Proyecto, así como es libre y autónoma en sus fuentes de vida, en su composición y en su expresión, debe pertenecer entera y solamente a España? No diríamos la verdad, y la verdad nos place, y es hermoso pensar que el ordenamiento español, una vez afincado en la realidad, llegará a ser una columna del Derecho de Europa y particularmente del Derecho mediterráneo.

¿Qué se opone a que debamos pensar que pueda traer consigo una aportación de primer orden para una regulación uniforme, o

3. Ese carácter se reconoce por HALSTEIN, en *Aktienrechte der Gegenwart*, Berlín, 1933, extenso estudio en el que da cuenta asimismo del Proyecto español de 1926 acerca de la regulación de la sociedad anónima.

sensiblemente igual, de la sociedad de capitales en el mundo latino? ¿No es el mundo latino acaso el que, en la Europa de hoy, en ansiosa búsqueda del equilibrio y de la libertad constituye la base de una civilización ulterior? ¿No se une al mundo latino de Europa el mundo latino de América, desde la Argentina a Méjico, donde el amor a Europa, a España y a la Latinidad resuena con la grandeza misma del Océano? Nos complace pensar esto mientras indagamos la esencia del Proyecto.

El observador no español no puede, ciertamente, penetrar en la discusión ideológica que está siempre latente en todo Derecho de la sociedad por acciones. Todo Derecho ha conocido agudas polémicas, que alguna vez han ejercido influjo sobre la codificación y otras no trascendieron.

Con ocasión de la reforma de la sociedad anónima en Italia, en los días del Código civil de 1942, hubo fuertes polémicas que alcanzaron al capitalismo, que entonces imperaba, pero que no tomaron cuerpo en el Código.

En aquella época se deseaba una sociedad anónima de tipo corporativo, o sea social, según la ideología del tiempo. La sociedad por acciones permaneció, por el contrario, con su *cachet* capitalista e individualista, y ahora, a diez años de distancia, se advierten los defectos que la doctrina libre había señalado ⁴.

Este es el problema de orden social que se presenta ahora en España y que debemos dejar por entero a los juristas españoles. En la transformación del capitalismo, en las luchas sociales y obreras, en el espíritu cristiano del Derecho, el problema se presenta y es inaplazable.

Basta para nuestra convicción indicar aquí cómo la ideología que se plasmará en la institución de la sociedad anónima tendrá su amplio campo de adaptación y de actuación. Decimos, además, que una elaboración ideológica de la sociedad por acciones constituirá una novedad absoluta en comparación con las renovaciones que igualmente se han operado en regímenes revolucionarios.

Cuando se sigue, por ejemplo, la línea de la sociedad por acciones de la Rusia soviética hay ocasión de constatar que no se han verificado cambios de estructura. Es sorprendente, además, considerar cómo la sociedad por acciones del tipo ordinario y aun la sociedad por acciones estatal, la que encarna verdaderamente el organismo económico soviético, podrían sin mucha dificultad o cambios adoptarse por un Estado capitalista.

4. Nuestra polémica en Italia se inició con el estudio *Para la Sociedad Anónima Italiana*, en la *Rivista del Diritto Commerciale*, 1939, de la que ostentábamos la dirección responsable. El Gobierno, o por lo menos el Ministro de Justicia de la época, GRANDI, recurrió a amenazas y a lisonjas para impedir la publicación, con la finalidad de conseguir una reforma lo más capitalista posible, como de hecho ocurrió. Otro estudio en *Commercio* sobre la sociedad de capitales—anónima y sociedad de responsabilidad limitada—remachó nuestras ideas.

Ello se explica de diferentes modos, pero no con la sola razón de que la ideología socialista impera sobre los organismos de la sociedad anónima.

Es demasiado poco, verdaderamente, para encarnar una ideología, y pensamos que desde este punto de vista lo que puede ser posible es plasmar las instituciones de la sociedad por acciones de modo no sólo correspondiente sino también expresivo de la ideología que se pretenda afirmar.

Es la ocasión de preguntarse, por el contrario (pero la pregunta podrán hacerla aquellos que tienen la responsabilidad de la codificación), si necesariamente, es decir, como dato técnico esencial del ordenamiento positivo, las instituciones de la sociedad anónima no debería llevar los signos de la ideología dominante.

Se puede decir que la sociedad por acciones es una red de vasos por los cuales circula la sangre de la Economía, más o menos nutrida de glóbulos rojos, o glóbulos sociales, y que el modelo ruso, en el fondo, es el modelo de una técnica sin ensambladuras políticas y sociales.

Podríamos contestar nosotros que este modelo puede ser, igualmente, el producto de una técnica tosca y no perfeccionada, que en un momento de urgencia histórica ha proporcionado al Estado un instrumento adaptado a sus fines y a su dominio. Pero esto no puede constituir el ideal para un pueblo y para una escuela jurídica adelantada y libre, al servicio de la civilización. No por casualidad los juristas soviéticos están tan alarmados y desacordes en torno al concepto mismo del derecho subjetivo y dan el ejemplo de una escuela jurídica que ha extraviado su recto camino ⁵.

Que la sociedad anónima necesita de un completo ordenamiento en un Estado moderno es una pétrea verdad, que no se puede poner en duda sino con los fuegos de artificio de la paradoja.

Constituye esta sociedad la forma más sensible a las exigencias y a las relaciones de la Economía. Llega a ser, por su altura económica, un Estado dentro de Estado ⁶, y tiende, desde esta montañá, a aplastar la libertad económica. Tan agudo es el fenómeno, que los primeros movimientos de las revoluciones nacional-socialistas europeas se encaminaban directamente a destruir la forma de la sociedad anónima para poder airear y ventilar la libertad de la industria. El remedio hubiera sido, hay que reconocerlo, inconciliable para la misma libertad de la economía; pero

5. Un ejemplo de este trabajo puede leerse en el último *Bulletin de la Société de Législation Comparée* de París; pero hay síntomas inequívocos en la literatura jurídica, si así puede llamarse: Cfr. WENEDIKTOW, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale Diritto dell'Economia Diritto Sociale*, 1949, I, sobre la propiedad socialista del Estado y su temor reverencial al «Comarada Stalin».

6. Expresión realista de GARRIGUES en la introducción a la Sociedad Anónima, en el excelente *Tratado de Derecho Mercantil*.

el hecho de que se haya apuntado es sugestionante para la utilidad de una ordenación legal

Es posible que la sociedad anónima viva perfectamente libre en el campo jurídico de un Estado, pero de un Estado en miniatura, como ocurre, por ejemplo, en la República de San Marino, este excepcional Estado de la libertad itálica, mientras que, por otra parte, el no mayor Liechtenstein ha producido un amplio ordenamiento de la sociedad.

En San Marino, la sociedad anónima está regulada en algunas decenas de artículos, pero su vida está confiada a la tutela y al juicio de un Tribunal, inspirado plenamente en el Derecho común y en el pensamiento de Casaregis más que en el Derecho comercial de nuestro siglo.

Y mientras tanto, aquella libertad y aquel paternalismo del Tribunal colocan a la luz graves problemas de intereses en inestable equilibrio.

Una codificación de simple esquema y definiciones, como es la del Código español, pone en evidencia la primordial exigencia de la reconstrucción del Derecho comercial moderno. No es ésta la ocasión de enumerar las reglas de un Código; pero no se puede dejar de pensar que solamente en las más antiguas codificaciones la ordenación de la anónima es simplemente un esqueleto y no una persona viva ⁷.

Cuando la sociedad sale de las puras expresiones legales y se implanta en la vida de un pueblo, se otorga a esta criatura poderosa una adecuada vestidura jurídica.

Es posible que en España, más que en otros pueblos de Europa, el ritmo de la vida económica y de la ética mercantil haya consentido una vida de la sociedad anónima en completa libertad. Sin embargo, no se puede encontrar justo que al redactar sus estatutos las sociedades del comercio y de la industria deban conceder la primacía a los estatutos de otra sociedad, en vez de dirigirse al Código que es la ley general.

¿Llegaría a dominar entonces un Derecho de la práctica y de la costumbre económica? Seguramente: pero ocurre que este dominio, que por tantas razones puede ser beneficioso, puede echar a pique la justicia, llegando a ser insoportable y arrogante.

Mucho mejor puede hallarse la justicia en la arquitectura de un Código, que debe ser, sobre todo, una obra de arte. No puede detestarse en la obra de un Código el empleo de elementos propios de uno u otro Derecho que, más fácilmente que en la práctica empírica, pueden perfeccionarse y hacerse propios en una amplia visión legislativa.

¿Quién puede asegurar, por otra parte, que el Derecho de la

7. Edificante, aun hoy, el limitado valor en la sociedad anónima en las primeras y, sin embargo, sugestivas exposiciones del Derecho comercial del principio del *800*, como HEISE, *Handelsrecht*, o PARDESSUS, *Droit Commercial*, III.

práctica económica no ostente y no encubra el exotismo de reglas jurídicas? La mano de la economía extranjera será menos visible y no por ello menos descarada en el control de una economía nacional, bajo la brillante apariencia de la libertad del Derecho.

Ello constituye, no menos en el día de hoy que en el de ayer, experiencia de todo Estado de Europa, y apenas resulta preciso recordar la lucha económica nacional frente a la desnacionalización de las empresas comerciales e industriales, lucha que España tiene la fortuna de haber evitado, mientras se presenta tan trágica en otras naciones.

Conviene afirmar, a este respecto, que una codificación de la sociedad anónima en España no solamente es una obra de reconocimiento y de modernismo jurídico, sino de modo esencial una obra de reconstrucción del Derecho comercial.

Aquella sociedad anónima que en los Códigos y en los mismos tratados doctrinales de hace ahora un siglo, formaba apenas una parte del Derecho comercial, ha invadido en todos los países, no menos que en España, el campo de este Derecho, alejando, cuando no expulsando decididamente, partes capitales, como el Derecho cambiario y el Derecho del seguro.

La empresa ha encontrado en la sociedad anónima la milagrosa forma que ha proporcionado grandes acontecimientos y conquistas de la civilización humana en los dos últimos siglos. Conquistas que deben ahora multiplicarse, pero que deben igualmente ser acompañadas de una mayor perfección de la justicia en la empresa y en la anónima.

Si todo el problema de la justicia social se fija hoy en el reconocimiento y en la armonía jurídica de este factor, resulta evidente que no puede existir un Derecho comercial verdadero y moderno si en él no existe una regulación verdadera y moderna de la sociedad por acciones ⁸.

No es solamente el orden de la arquitectura, que alza en el Derecho comercial las altas columnas de la sociedad de capitales, sino que es la misma naturaleza de la empresa social anónima la que reclama una codificación. Es, en efecto, la empresa social el fenómeno profundamente característico de la sociedad.

Es más: dice, si bien no con exactitud, un famoso jurista francés, que los alemanes han descubierto verdaderamente la empresa con ocasión de la ley, amplia y compleja como un Código entero, sobre la sociedad por acciones ⁹.

Los alemanes, como todos los que han estudiado incesante-

8. La reforma proyectada en 1926 se encuadraba, en cambio, en la amplia reforma del Código de Comercio, reforma que no llegó a buen puerto por razones que no es aquí la ocasión de examinar.

9. RIPERT, en sus *Aspectos Jurídicos del Capitalismo*, París, 1947. Exacto, en cambio, en lo que a este respecto se refiere, el pensamiento de don Antonio GARRIGUES, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1948, sobre la necesidad de ordenar jurídicamente la empresa.

mente los hechos y las teorías de la empresa, han puesto en evidencia cuán grande y autónoma es la vida de la empresa en la sociedad de capitales.

Todos los comercialistas han hecho avanzar el Derecho de la empresa, así como el Derecho de la economía, en la sociedad de capitales, hasta el punto de que ya no es la empresa la que vive para la sociedad de capitales, sino realmente la sociedad de capitales la que vive para la empresa.

El Proyecto español ha recogido en lo vivo esta verdad, y la graba en las formas y en la armonía de un sistema que quiere estar impregnado por entero del sentimiento de justicia de la estirpe, aquel sentimiento de justicia que aletea en las páginas de oro del *Don Quijote*.

La vejez de un Código, como ocurre con el español, se presenta ordinariamente, y así ha sucedido en el Derecho italiano en el cambio al Código de 1942, como una razón seria para su renovación. En Italia, desde 1922 a 1940, no hemos sentido, en verdad, una razón tan perentoria como esta para la caída del viejo y nacimiento del nuevo.

Es la relación de viejo a nuevo del Código lo que de este modo se expresa o se realiza. No puede producirse en manera alguna lo inverso, es decir, de la edad avanzada o avanzadísima de un Código no puede derivarse la razón de su vitalidad.

Ello equivaldría a decir que un Código de comercio tiene una juventud eterna. Puede ser que esto acontezca para el Código civil de Napoleón, y de hecho Planiol en el año de su centenario se oponía a las tentativas de rejuvenecimiento en nombre, precisamente, de su juventud.

Pero esto no ocurre en un Código de comercio que envejece, ¡ay de mí!, ante nuestros ojos desde el día mismo del nacimiento. Nosotros, los italianos, deberíamos recordar que el Código de 1882 cae definitivamente en 1942; pero ya desde 1883 atentas comisiones operaban el rejuvenecimiento del Código recién nacido, de modo particular en lo relativo a las sociedades, porque en este aspecto es la superación más rápida.

En el presente no nos compete a nosotros, en verdad, decir que el Código español está envejecido hasta el punto de hacer indispensable su sustitución. Pero recordamos que esto se dijo hace poco más de veinte años, o sea en 1926, cuando se presentó el Proyecto de una nueva ordenación de la sociedad por acciones, del cual hemos tenido el texto ante los ojos, integrado por reglas numerosas, aunque menos numerosas, como por otra parte menos felices, a nuestro parecer, que las actuales¹⁰.

Sabemos, además, que el Proyecto de 1926 se fué a pique con la caída misma del Proyecto más amplio del Código de comercio;

10. Cfr., por ejemplo, la relación en *Zeitschrift f. Ausländisches u. Internationales Privatrecht*, de RABEL, 1927, 172.

pero sabemos también que el Proyecto español figuró honrosamente en aquella época como una aportación a la nueva disciplina europea de la sociedad de capitales.

A través de estos veinte años el Derecho español, en verdad, ha vivido también para la sociedad de capitales sin dar señal de una mortal fatiga, y ello puede ser debido a la adaptación práctica de una codificación defectuosa, y en no menor grado a las circunstancias de excepción en las cuales España, como el resto de Europa, ha venido a encontrarse.

Señalemos que guerra civil y guerra mundial no son apropiadas para acentuar la vocación a la codificación, y también respecto a esto, si se aporta el ejemplo italiano de 1942, se sabe que el Código fué publicado en blanco, ya que la publicación en la *Gaceta Oficial* se hizo en enero de 1941, cuando el Código no estaba todavía redactado, y la publicación del contenido fué realizada con cinco meses de retraso, lo cual, además de ser un descaro de aquel Régimen, fué extremadamente dañoso para los textos legislativos.

La insuficiencia de la ordenación del Código español sobre la sociedad anónima viene dada esencialmente por el tipo esquemático de esta regulación, más que por su esquelética estructura. No es realmente necesario contraponer a las 23 reglas generales sobre la sociedad anónima (arts. 151, 174) las 19 reglas generales sobre la sociedad en nombre colectivo, pero sí lo es, por el contrario, considerar el contenido de las 23 reglas sobre la anónima.

Aparte de una introducción breve, en la actualidad francamente insignificante, sobre la noción de la sociedad, el ordenamiento (arts. 160, 169) se implanta por entero sobre las acciones, con una pequeña prolongación sobre los derechos y sobre las obligaciones de los socios (arts. 170, 174), y tanto lo uno como lo otro es, en relación con el Derecho moderno, casi rudimentario. Si se nos dice que, a pesar de todo ello, un sistema proporcionado de la sociedad anónima se ha venido constituyendo en España por la práctica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina comercialista elevada, reconoceremos gustosamente que el mérito principal pertenece a esta doctrina elevada, pero debemos decir de maneraincesante que es precisamente esta doctrina la que pide y, aún más, ofrece, los textos de una codificación feliz. Es esto señal de que la doctrina y la práctica comercialista, no obstante haber dado lo mejor de sí misma a la sistemática de la sociedad anónima, siente llegado el momento de fijar sólidamente el sistema en la nueva armazón de un Código ¹¹.

El proyecto español es fruto del trabajo colectivo y unido de un grupo de juristas de la cátedra, de la jurisprudencia y de la

11. No es necesario señalar cómo en otros Derechos análogo fenómeno sea la demostración de la madurez de una doctrina. Cfr., por ejemplo, KLAUSING, *Reform d. Aktienrechts*, y el estudio de SCHLEGELBERGER sobre el nuevo Derecho alemán de 1937 para la sociedad por acciones.

práctica. El grupo representa una élite, y entre sus hombres es justo para nosotros recordar a D. Jerónimo González, un hombre que al sentimiento de la justicia unió una claridad de visión inolvidable.

No es necesario, sin embargo, penetrar en la personalidad, bien conocida para nosotros no menos que para los españoles, de los juristas que han preparado el texto y lo han presentado con sobresalientes páginas. El dato más interesante es que el Proyecto esté redactado con la concordia de todos sus artífices, y que se presente como una obra unida y no fragmentaria.

Es esto, verdaderamente, el punto capital en el moderno arte de la codificación; arte tan duro y arduo que a algún espíritu fino solicitó una enseñanza a propósito, es decir, una especie de fábrica de cerebros.

Los legisladores son aquellos que lo son por naturaleza, según la época y según su patria. La unidad de su espíritu es una buena garantía, cuando pensamos que ha habido, en la historia reciente de las legislaciones sobre la sociedad de capitales, proyectos aprobados colectivamente por la Comisión y contra los cuales se rebeló, con sus propios comentarios, cada uno de los miembros de la misma Comisión ¹².

Recabamos de la misma historia de la Codificación otro dato que vale ciertamente para la reforma española. No conocemos un texto moderno de ley, sobre todo para las reformas más significativas, como la suiza o la italiana, que no sea la elaboración de los juristas de la cátedra, de la jurisprudencia y de la práctica.

Es también esta una cuestión de arte legislativo que tiene su importancia. Pero se convierte en cuestión abstracta y escolástica cuando la obra está confiada a buenos artífices. Augusto Egger, al informar sobre la reforma suiza; Federico Klausning, al dar cuenta de la reforma alemana; Alfredo Rocco, a propósito de la italiana, eran conscientes de que la reforma estaba justamente confiada a juristas de élite.

Cierto es que los juristas de la sociedad de capitales son, por definición misma, los juristas de la Economía, y este tipo avanza siempre más y más en el camino de los deberes del jurista. Sin dejar a un lado a los hombres de la práctica, que traen a la codificación sus desecs y su experiencia viva, es cierto que, sin embargo, el arte legislativo es cuestión de los juristas.

Y, entendámonos, no tanto y no solamente porque este arte constituye su misión, sino sobre todo porque en este campo, demasiado dominado por el dinero y por la política, es el jurista genuino el que puede encontrar la justicia para todos en la seguridad de su ciencia y de la propia conciencia.

No es verdaderamente necesario, a propósito de una reforma

12. El episodio ocurrió en la reforma alemana de la sociedad por acciones, anterior a 1933, y puede encontrarse confirmación en un estudio de NUSSBAUM, que fue precisamente uno de los celadores de la reforma y al mismo tiempo crítico pesimista.

sobre la sociedad de capitales, evocar la sombra de los grandes juristas de la codificación francesa, grandes juristas que, sin embargo, parecían tan poco notables a Federico von Savigny.

Su grandeza se midió en relación a la época y con la duración del Código napoleónico. La capacidad y la vocación de los juristas del presente respecto al Derecho de la sociedad de capitales, viene medida por el nivel de su ciencia jurídica, y pensamos en este momento en Egger, en Klausning, en Rocco.

Cuando, frente a un Derecho esquemático y puramente descriptivo, se proyecta un completo ordenamiento de la sociedad anónima, es evidente que éste tiene que dirigirse al complejo de las instituciones en las que se desenvuelve su vida.

Es evidente que la fundación, el derecho patrimonial, las fluctuaciones del capital, la organización y la disolución de la sociedad anónima, deben encuadrarse en la ley y en el Código.

Basta la laguna o la inseguridad del texto en relación con uno u otro punto, para vaciar de contenido y de eficacia a la ley entera. No hay término medio, y el principio del orden superior que preside a la sociedad debe reanimarse en los grupos orgánicos de disposiciones y de normas.

Esta lagunosidad es, verdaderamente, uno de los no menos graves defectos que presenta el vigente Código de comercio. Puesta en tales términos la cuestión del contenido legislativo, se presenta, inmediatamente, la de su naturaleza imperativa.

En el Proyecto no se inserta taxativamente una norma acerca de la inderogabilidad o imperatividad de la ley entera, y solamente, en su caso, algunos principios, como, por ejemplo, en lo relativo al capital, a la asamblea, a las acciones y otros, llevan en su misma enunciación el signo de su inderogabilidad.

Pero el principio de la inderogabilidad del sistema está inmanente en la ordenación legal de la sociedad anónima. Con relación a normas expresas de esta naturaleza, la crítica ha observado, por ejemplo acerca de la ley yugoslava¹³, que no son necesarias, sino más bien peligrosas, porque no es imposible indagar, en la misma declaración de imperatividad, modos o grados de mayor o menor densidad.

Se ha dicho con motivo de esto que del fin de las normas y de las singulares instituciones se deriva adecuadamente el principio de una imperatividad superior o, en su caso, relativa. Al fijarnos atentamente, observamos que es el principio de la Justicia, entendido en su sentido más amplio, lo que viene a regir el sistema.

Y, al mismo tiempo, es aquel mismo principio que necesita de la libertad, libertad de iniciativa, de manifestación y de progreso económico que se encuentra cotidianamente en el Derecho de la Economía. Una ley inderogable, cueste lo que cueste, sofocaría la

13. Cfr. HACHENBURG, *Spomenica Maurovitka*, cit., y también HALLSTEIN, en *Zeitschrift f. Aus. u. Intern. Privatrecht.*, 1934.

vida económica. En consecuencia, el orden, aunque no legal tampoco ilegal, que encarna más y más el progreso de la anónima, es saludable y respetable.

Por razón del contenido son, en realidad, las reg'as generales de la anónima las que reclaman, antes que toda otra, la idea de la ley imperativa.

Se encuentra en esta idea la del mínimo, o mínimo denominador de la sociedad, tanto para el capital como para las personas que constituyen y, sobre todo, forman la anónima. El mínimo exigido por el Proyecto para la capital es de cinco millones de pesetas, y asegura la seriedad y la consistencia de la anónima en el país y en la Economía internacional.

Precisamente por ser un complejo económico tan respetable, es por lo que una ley superior resulta indispensable. Se recuerdan como los tábanos, aquellas sociedades anónimas que hasta la implantación de un decidido ordenamiento han infectado la economía de tantas naciones, aquellas anónimas que en Suiza se llaman en miniatura y en Italia de bolsillo.

Aun hoy existen en países de escasa población, como Suecia, decenas de millares de anónimas, e Italia contaba, antes del mínimo, hoy irrisorio, de un millón de liras, con docenas de millares. Otro problema, que no interesa de momento, es el de saber cuál será el fin de las anónimas de bolsillo o familiares, que han acabado en Italia en las mallas de la Ley, más bien misericordiosa, sobre la sociedad de responsabilidad limitada.

Un mínimo para nosotros deseable, como encontramos en el Proyecto, de tres socios fundadores (art. 11), no tiene necesidad de justificación teórica, pues ello constituye una base personal que también la anónima, dado su tono corporativo, debe tener. No es la ocasión de fijarse aquí en el fenómeno tan difundido, y no sin causar preocupaciones, de la sociedad en una sola mano, fenómeno que el legislador italiano ha reconocido, reconociendo al mismo tiempo la ilimitada responsabilidad del único o mayor accionista.

Es cierto, sin embargo, que un minimum numérico puede influir decididamente, en particular para el hecho y el acto de la fundación, aunque en tiempo ulterior se consienta una personificación exclusiva de la sociedad. Entre las normas generales son de considerar en el Proyecto, por su claridad y eficacia, las que se refieren al nombre de la sociedad: éste permanece para el principio moralizador de la anónima, por otra parte recogido en el Código de comercio, principio que falta, por el contrario, en legislaciones que han seguido también un progreso técnico, como la italiana. Cualquiera denominación es para ésta buena, sin consideración o respeto para el objeto de la empresa: tanto, que hemos oído titular anónimas, como Sociedades para la Explotación del Petróleo, en tierras en que, como Cercéna, el petróleo se encuentra exclusivamente en las lámparas del ochocientos.

Los estatutos de la sociedad no están regulados ex profeso en el Proyecto, sino en cuanto se presentan modificaciones y transformaciones. No es una prerrogativa, hay que añadir, del Proyecto español, y como se sabe, esto es común también a las recientes legislaciones.

Ello no obsta, sin embargo, para que una depuración legislativa del estatuto sea benéfica. Se ha hecho observar, como muestra, que de la claridad y precisión de los estatutos, por ejemplo para la calidad y capacidad de la empresa, depende la seguridad de la gestión y del público.

Las cuestiones de representación, de facultad y de disposición, surgen precisamente sobre este punto. Respecto a la sociedad de responsabilidad limitada en Italia, por ejemplo, es frecuente ver que se declaran empresas comerciales «en general» con cuanta seguridad del tráfico es dado imaginar.

En el contenido de los Estatutos se llama la atención sobre la firma de la sociedad y sobre su sede. El Proyecto (art. 12) habla, por ejemplo, de domicilio de la sociedad, mientras el nombre y la idea de la sede son los que en mayor grado interesan, y tal vez se dé aquí la ocasión conveniente para regular cuestiones de primer plano, como la de la doble sede, de la sede real o simplemente voluntaria. Una movilidad de la sede, cuando la voluntad responde a la realidad, es, a nuestro juicio, benéfica para la vitalidad de la sociedad.

No es por una casualidad por lo que los redactores señalan la disciplina de la fundación de la anónima como encaminada a lograr inmune de peligros el acto primero y principal de la sociedad.

No es necesario subrayar, como ocurre en todos los sistemas, que las reglas son buenas en tanto que los hombres y los ambientes económicos son sanos. Asimismo, el reverso de esta medalla es que hombres corrompidos y ambientes insanos se precipitan en el abismo en virtud de no buenas reglas.

Es cosa tradicional, desde los tiempos de Dickens y de Balzac, la fundación de sociedades sin capital, con capitales camuflados, simulados y cosas por el estilo: pero no puede negarse que las buenas normas emitidas, una tras otra, durante el siglo han elevado a la anónima sobre otros planos, y hacen bien en distinguir aquello que es libertad en la fundación, de aquello que es delito y delito penal.

Una regla feliz (art. 7) es la de la nulidad de los pactos de la fundación y de los pactos sociales de los fundadores cuando permanezcan reservados.

Es esta una forma moralizadora. En regular el doble sistema de fundación, el Proyecto es fiel a la tradición de la anónima que se ha dirigido para reunir y reanimar sus capitales a la masa del ahorro.

Cuanto, a este propósito, se refiere al programa de fundación (art. 18), tiene valor no solamente para la información, sino

también para la obligación de los accionistas, que tendrán menos reservas o excepciones para sus compromisos cuanto más claras y resplandecientes sean las cosas. El boletín de suscripción (art. 20) y la inmodificabilidad natural del compromiso sueldan esta delicada fase de constitución.

Aparece clara la intención del Proyecto de no considerar al accionista suscriptor como un simple autómatas aportador de capital, sino de interesarlo en la vida de la anónima desde el principio.

La asamblea constituyente, en efecto, puede libremente modificar o sustituir el programa lanzado, pero con la condición de la unanimidad, rechazándose así, para la fundación de tracto sucesivo, el principio de la mayoría. Es suficiente que un accionista se rebele ante las modificaciones para que se conserve el programa inicial.

Pocas instituciones de la anónima están atormentadas al par de balance y de la rendición de cuentas de los administradores, y por esta razón necesitan de una paz jurídica que todos los Derechos se esfuerzan en conseguir. Agudamente se habla para el balance de reglas optimistas y de reglas pesimistas, pero no se trata por ello de posiciones *a priori*, porque se recaería en la usual manera de pensar según la libertad o contra ella.

Los principios generales del balance son, en cambio, la cosa más simple que se pueda imaginar, y sobre todo están encaminados a conseguir aquella verdad y aquella lluvia de luz que se ha requerido por nuestra parte en la polémica italiana. Resulta claro que no pueda haber una ordenación seria de la anónima si los principios ideales del balance no descienden a la tierra desde las nubes.

Dejar absoluta libertad a la sociedad, indicando solamente los principios, es, además, no adecuarla en el camino de la verdad. Por esto las últimas legislaciones estudian un mecanismo jurídico del balance, tal que pueda garantizar con sus articulaciones los supremos intereses y, sobre todo, una influencia sobre los administradores y sobre los accionistas.

Esas legislaciones no se contentan con prescribir el balance en cada ejercicio, con sus reglas de apertura de cuentas y de cálculo, sino que someten a los administradores a periódicos exámenes de conciencia con la imposición de la Memoria, que no es solamente histórica, sino también autocrítica.

El Proyecto acoge la regla de la Memoria, que ha aparecido en otras reformas, por ejemplo, la suiza, como una innovación profunda (art. 104). Constituye parte de los principios generales y, por ello, del ideal del ordenamiento, la regla enderezada a proyectar claridad y exactitud, o sea, siempre más luz, en la contabilidad (art. 104). No puede tratarse, sin embargo, el derecho patrimonial de la anónima, que compromete concéntricas olas de intereses, como el del empresario.

Se hacen aquí indispensables reglas especiales del Derecho

de la sociedad por acciones, y es claro que el Proyecto, al dictarlas, a la vez que se inspira en limpias convicciones jurídicas, crea reglas no excesivas y fáciles de seguir.

El régimen que el Proyecto adopta no es, ciertamente, un régimen de policía, como ha sido llamado por EGGER el alemán, sino más bien un régimen de razonada libertad y examen. La determinación del contenido del balance (art. 105) es regla ahora universal, y que aparece en primer término en los estatutos, porque el relieve económico de la sociedad no consiente un sistema *bric a brac*.

De hecho, una regla muy seguida es aquella, que figura en el Proyecto, de articular de manera singular los asientos del activo y del pasivo (arts. 105, 107). También los gastos deben agruparse en extraordinarios y ordinarios (art. 107), por igual razón.

Las directrices de la valoración son indispensables para el Derecho de la Sociedad por acciones, y el Proyecto se mantiene lejos de la rigurosidad, y se coloca en el punto medio para los valores de Bolsa (art. 106), por ejemplo.

Señalemos que el Proyecto no se ocupa de las llamadas reservas tácitas, que en los Derechos y en las literaturas de algunos países han determinado discusiones y encendidas polémicas. Estas reservas están reconocidas por legislaciones recientes, así la suiza (art. 663 CO.).

Las reservas tácitas están consideradas por esta legislación en la doble finalidad de reserva de beneficios a distribuir en el futuro, y de reserva para el reforzamiento de la sociedad.

Es claro que, a uno o al otro fin, o a ambos conjuntamente, siguen orientaciones y consecuencias determinadas, tanto más cuando los dos fines se mezclan. Puede ser que la falta de polémicas no haga necesaria en el Derecho español una regla sobre estas reservas, que parece deseable, sino precisamente indispensable.

Necesaria, por el contrario, la disciplina de las reservas forzosas, ha encontrado en el Proyecto una buena regulación (art. 108) enderezada a duplicar por este procedimiento la quinta parte del capital social. La finalidad de estas reservas es una y unívoca, y no entra en juego aquí el interés personal de los accionistas, sino exclusivamente el de la empresa y los acreedores.

Mientras otros Derechos no consienten dividendos si no están cubiertas las reservas, que son preferentes, el Proyecto impone las reservas después de la satisfacción de las expectativas de los accionistas, es decir, sobre el cómputo del dividendo. El Proyecto no sujeta a reserva la distribución de los dividendos más allá del 4 por 100, y sigue el camino de la libertad.

Puede ser que una determinación ulterior del fin y de la disciplina de la reserva sea eficaz, pero no nos corresponde a nosotros juzgarlo.

A nuestro juicio, es evidente que las reglas adoptadas en el

Proyecto se muestran en este aspecto, como en otros puntos capitales, aptas para armonizar los diversos intereses en nombre de la libertad.

Este principio no se ha sacrificado jamás en el Proyecto y no se tendría buen éxito para comprender una crítica hecha en nombre de la libertad, si ésta no se confunde con el arbitrio del capitalismo que impera en la anónima.

Una muestra de esto es, según una economía democrática, la destinación de reservas a fundaciones para los obreros y trabajadores, que surgen espontáneamente en algunos países. Sólo entonces el *iter* al dividendo está cumplido, y después de haberse cerciorado de su existencia real y de haberse salvaguardado los intereses primarios de la empresa, a la cual se endereza por entero el cuidado de los artifices del Proyecto, los socios pueden disfrutar de su derecho.

Sin hacer presiones sobre el derecho del socio, que es, en resumidas cuentas, la razón de ser de la sociedad, el Proyecto regula su ejercicio, por ejemplo, para el derecho de información, el examen del balance y de sus presupuestos, que no se deja sin límites en manos de cada socio en particular, sino que se funde con el de la minoría, a la cual se conceden, asimismo, derechos para el nombramiento de los censores ordinarios del balance, de sus saldos, de la Memoria de los administradores.

No se ha adoptado, por otra parte, el sistema de la publicidad necesaria para el balance, que a nuestro juicio es más que nunca aconsejable en interés de la economía de una nación.

Una revisión de los balances por obra de censores de oficio, o de Derecho público, ha llegado a ser usual en países de espíritu totalitario, como ha sido Alemania, o socialistas, como es Suecia. Se funda en la necesidad, en aras del interés superior del pueblo, de seguir la marcha dinámica de las empresas más poderosas. La democrática Suiza ha adoptado, asimismo, el sistema que nosotros encontramos bosquejado en el Proyecto.

La inalterabilidad del capital de la sociedad constituye uno de los ideales, como los otros, difícil de alcanzar, del Derecho de la sociedad por acciones. La norma jurídica de la inalterabilidad en el sistema, es sólo la que puede dictarse y circundarse, como lo hace el Proyecto, de relevantes garantías.

El Proyecto, abandonando el sistema anodino del Código, que tiene que ser considerado en su *nonchalance*, determina exactamente, a la par de los diversos procedimientos del aumento (art. 89) sus diversos fines. La doctrina y el Tribunal Supremo han determinado exactamente cómo el aumento de capital puede ser índice del tiempo de las vacas gordas o de las vacas flacas. El aumento puede ser simplemente una rectificación contable, derivada de la transformación de las reservas o del real plusvalor del patrimonio, y será entonces una medida optimista que no origina dificultad y

que se sujeta solamente a los requisitos dictados en general, para la modificación de los estatutos en lo relativo al capital (arts. 85, 88).

El aumento del capital presenta, por el contrario, una regulación amplia y delicada cuando surge de nuevos incrementos al fondo social, cuando la necesidad de estas nuevas aportaciones se hace sentir, para formar nuevas fuerzas para la expansión de la empresa, o bien, como ocurre con frecuencia, para sanear de nuevo la empresa en crisis.

La práctica de todos los países ha sugerido hace tiempo formas adecuadas, correspondientes a estas singulares necesidades y exigencias. De hecho, una cosa es la necesidad de «metálico» de una sociedad en ascensión y otra la de una sociedad que siente, por el contrario, temblar la tierra bajo sus pies.

Y he aquí que la situación está purificada (art. 90) con la liberación del capital originario y con la emisión de nuevas acciones, para las cuales el Proyecto estatuye oportunamente los requisitos, reservados en un cuadro determinado a la liberación de aumento (art. 91), con reservas para las aportaciones no dinerarias, según el modelo de la fundación, y con la natural forma pública para la emisión abierta a todos. Se reconoce en este supuesto, racionalmente, a los primeros accionistas, un derecho de opción, de acuerdo con las principales legislaciones (art. 93). Sin embargo, el reconocimiento de este derecho puede, en determinadas ocasiones, ser nocivo a la sociedad, a la cual interesa tratar con igualdad a los accionistas antiguos y nuevos, y en este caso los primeros accionistas no tendrán para la adquisición ni preferencia ni derecho a la concesión de la opción. Para que esto ocurra es, sin embargo, necesario un precepto del estatuto, si el derecho de opción estaba reconocido. Si el estatuto se refería simplemente a la ley, basta para eliminar la opción el acuerdo de la junta general para la emisión de las nuevas acciones (art. 93).

Pero precisamente en el caso en el que el derecho de opción no estimula a los primeros accionistas, surge, casi siempre, la necesidad de atraer nuevas fuerzas con la creación de acciones privilegiadas, que también pueden darse en opción.

Es natural que las mismas acciones ordinarias puedan transformarse, por la deliberación de emisión, en privilegiadas, y acompañarse en esta transformación con la emisión de acciones ordinarias. El Proyecto (art. 94) deja amplia libertad a la sociedad para los diversos procedimientos, que sirven a fines y a situaciones económicas diferenciadas.

Es laudable la forma feliz con que las diversas hipótesis están redactadas en el Proyecto, que se presenta flexible. Para la transformación de las reservas y para la concesión de nuevas acciones —las llamadas acciones gratuitas— a los socios, se adoptan disposiciones (art. 95) encaminadas a esclarecer la situación.

Sabemos que la concesión de las acciones gratuitas ha dado lugar, por ejemplo, en Italia y en otros países, a serias discusio-

nes, pero éstas sobrevienen más frecuentemente con el Fisco que en el ámbito interno de la sociedad, en el que el aumento se manifiesta más bien pacífico, a pesar de que alimenta en ocasiones discusiones y formas de manifestaciones que se apoyan sobre los derechos reservados por las nuevas acciones a los socios.

Ocurre que puede, hasta cierto punto, asimilarse la acción gratuita a la acción o bono de goce, que el Proyecto, naturalmente, separa. La práctica puede, por el contrario, asociar las dos formas, sin que a causa de esto se confundan; por ejemplo, puede acercarlas si ha privado del derecho de voto a la acción, derecho de voto que en las acciones gratuitas puede faltar también, como debe faltar por regla general en los bonos de goce.

No se ha dicho, sin embargo, que deba faltar a toda costa en las acciones de goce por reembolso de la cuota respectiva.

Es esta una convicción nuestra, no nueva ciertamente puesto que la hemos hecho valer en nuestra disertación doctoral. Saludamos con placer la novedad que el Proyecto acoge para la autorización del aumento de capital (arts. 97, 85, 92, 93). En el mundo de los mercantilistas y sobre todo en el mundo comercial, esta práctica procedente de países de Derecho anglosajón, y por ello libre en la concepción y en la forma, ha tenido gran acogida.

Se encuentra generalizada en los países de Europa, desde Alemania a Italia. Se encuentra generalizada porque es una buena práctica, y su acogida en España demuestra la sensibilidad de los artífices del Proyecto hacia las exigencias de la vida económica que atiende a liberar a la sociedad anónima de la reverencia a ciertos prejuicios, como el de la necesidad irreductible de la asamblea de los socios, que llegan a ser perjudiciales.

En donde la necesidad de una regulación en el Código se presenta en toda su amplitud es en lo relativo a la organización de la sociedad. Está demostrado, más que por todas las disertaciones por la evolución y por las mutaciones que se han verificado a propósito de la asamblea en los últimos dos decenios, particularmente a causa de las ideologías políticas que han tenido vigencia en algunos países, como Italia y Alemania, que no se puede dejar este esencial acontecimiento interno de la corporación entregado a la voluntad mutable e interesada de las sociedades y de los estatutos.

Podemos recordar que el período anterior, que puede llamarse el democrático parlamentario, había embebido de tal modo la concepción del Derecho de la sociedad anónima hasta hacer denominar a la asamblea el Parlamento de la anónima. Parlamento en el cual se habían desleído manifestaciones de su hermano mayor constitucional, como, por ejemplo, el obstruccionismo, que estuvo en boga en Italia inmediatamente después del obstruccionismo parlamentario de principios de siglo.

Tanto es así, que nosotros, en la disertación recordada, hemos

defendido—no obstante no haber sido nunca conformistas en nuestro pensamiento—la democracia de la sociedad anónima. Era el tiempo de las afirmaciones sociales, tan literarias como inocuas, tiempo en el cual escritores político-sociales como el actual Presidente del Consejo austríaco, se refugiaban bajo un pseudónimo para proponer superficiales innovaciones del Derecho¹⁴.

En el turbio periodo que siguió a la primera guerra mundial, cuando, por ejemplo, en Italia, una Comisión de reconstrucción de 500 personas estaba encargada de crear una nueva Sociedad nacional, el Derecho de la asamblea de la sociedad anónima comenzaba a fermentar por obra de nuestros comercialistas Vivante y Sraffa y de sus proyectos del nuevo Código.

Se veía entonces un imperativo que se afirmaba en el Proyecto español, tanto más racional cuanto que se funda sobre la experiencia de esta mitad de siglo. Visto que en la realidad son los administradores los que toman el mando y la responsabilidad de la sociedad, y la masa de los accionistas es una simple masa de *rentiers*, la necesidad de fortificarles en Derecho su posición se manifestaba y encontraba satisfacción.

Aparecía en este tiempo la figura del jefe de la empresa, o dicho en alemán *Führer*, figura que no ha desaparecido aún, por desaparecer lo que haya habido de Jefe o de *Führer*.

Diremos, al contrario, que la misma progresión del Derecho del trabajo y de sus concepciones de ejercicio acredita cada vez más la figura del jefe de la sociedad anónima, añadiéndole poder y responsabilidad. El Proyecto español, que se mueve en esta dirección, se inspira coherentemente no sólo en concepciones populares de la Patria, sino en la concepción jurídica y económica dominante en el mundo.

La soberanía de la asamblea (art. 49) se manifiesta en la regulación y en la competencia de la asamblea de accionistas.

La nomenclatura y las cautelas y salvaguardias para los diversos objetos y tareas de la asamblea (arts. 50, 51, 52, 53, 54, 55) responden plenamente a lo que constituye, de una parte, las exigencias sustanciales de la organización y, de otra, los intereses del público, y no solamente de los accionistas.

La regla sobre la asamblea universal, o como se decía en Italia, por simpatía con el Régimen, totalitaria (art. 56), es la de considerarla investida de absoluto poder de decisión, sin necesidad de formas y cautelas de convocatorias, con la condición suprema de la unanimidad de los participantes y de la representación de la totalidad del capital social.

La cuestión está resuelta en el sentido de la validez de la decisión, y es evidente que estas asambleas prestan fundamentales

14. Se trata del canciller RENNER, que después volvió a publicar el libro bajo su nombre, *Die Rechts Institute des Privatrechts und ihre Soziale Funktion*. Tübingen, 1929.

servicios a las sociedades personificadas en uno o pocos accionistas, que representan gran parte de la masa de acciones.

Con igual sentido de oportunidad, el Proyecto (arts. 57, 58 y 59) ha dado sistema a instituciones que existen universalmente en la práctica, originando incertidumbre y discusiones, como la de la convocatoria extraordinaria y la convocatoria judicial.

Los derechos y deberes de los administradores y los derechos de la minoría a la convocatoria, están disciplinados (art. 57), y el que recuerda las disputas de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la sociedad por acciones no puede sino congratularse.

La intervención judicial está prevista en el caso de que no tenga éxito la petición a los administradores (art. 58). Particular consideración reclama la legitimación, o derecho de participación en la asamblea, o derecho de voto de los accionistas (art. 60).

La disposición coincide con la que se refiere al derecho del accionista al voto y entrambas hay que considerarlas conjuntamente. El derecho de voto es inexpugnable e irrenunciable (art. 40). Constituye una pieza de la participación en el capital social, y dicho se pierde, normalmente, cuando el socio no tiene ya responsabilidad por el capital (art. 40). No se admite el derecho de voto plural, y se abandona abiertamente (art. 39) en virtud de la regla que salva el principio de la proporcionalidad entre el capital de las acciones y el derecho de voto.

A nuestro juicio es esta una de las virtudes esenciales del Proyecto, el cual liga fuertemente al socio a su derecho y a la vida de la sociedad. Experiencias turbulentas de tantos otros países de Europa, Proyectos cambiantes con cada caer de las hojas, han demostrado a los artifices del Proyecto que sin el derecho de voto por el capital no existe accionista.

El reconocimiento de acciones privilegiadas (arts. 38, 39) no puede romper este diamantino principio. Adaptaciones como las que se verificaron en otros sistemas, donde se quiere conciliar este principio con la reclamación de nuevas acciones y con la concesión a éstas de un supervoto son, en realidad, compromisos repudiados rápidamente por los mismos que los han propugnado.

Verdad es que el remedio heroico del voto plural surgió como defensa patria contra el enfeudamiento del capital, y, sobre todo, del capital extranjero, precipitado como el cuervo o el buitre sobre los despojos de una economía en destrucción. Otros remedios pueden servir la causa de la Patria, por ejemplo, el de la pertenencia a la misma de los administradores o directores de la sociedad anónima. Sin embargo, es tan despreciable que tiene que ser repelido por un país celoso de su propia libertad.

El voto se atribuye en el usufructo de acciones al nudo propietario (art. 42). Corresponde igualmente al deudor pignoraticio (art. 43). En la asamblea el derecho de voto corresponde no solamente a los titulares de las acciones, según esta regla, sino tam

bién a los administradores no accionistas y a los directores o técnicos de la empresa (art. 60).

Aquí se trata de participación «con voz y sin voto» *, que adquiere gran valor por la posibilidad de participación, según este modelo, de otras personas interesadas en la buena dirección de la empresa.

Estas personas o grupos pueden ser los financiadores, pero pueden ser, por derecho propio, los hombres de la empresa. El régimen de deliberación social encuentra en España, como lo ha encontrado en las recientes reformas de la sociedad, una cláusula general, excelente a nuestro juicio, que reconoce la impugnación de la deliberación a causa de «contradicción a la Ley, orden público, buenas costumbres, oposición a los Estatutos, vulneración de las bases esenciales de la sociedad, lesión de los derechos de los accionistas, o lesión, con beneficio del accionista, de los intereses sociales».

Y no sólo esto, sino que, además, se reconoce la acción de impugnación cuando está infectada la deliberación por un voto emitido con motivo de un interés, propio o ajeno, «en pugna con el interés social».

Por lo que se refiere a la regulación procesal de la impugnación no entramos, naturalmente, en las particularidades de la acción, de la sentencia, de sus efectos, por tratarse de materia que, como el Derecho procesal, tiene tantos ligámenes con las características nacionales del Derecho.

Podemos solamente aplaudir la celeridad con que la acción ha de ser actuada, y las cautelas adoptadas para que las acciones de impugnación no sean «entradas para la corrida» * y comprometan a fondo la responsabilidad del accionista que se hace actor.

El núcleo de los problemas de organización de la sociedad está en la disciplina de la administración y de sus elementos personales. El poder, en la anónima, tiene las mismas tentaciones del poder político, y aun además el pingüe beneficio económico.

Por otra parte, los administradores poseen toda la iniciativa y la responsabilidad, ante todo una responsabilidad moral, que puede fácilmente traducirse en responsabilidad jurídica y patrimonial. La garantía de la responsabilidad de los administradores, que en otros Derechos es simplemente de conjunto, es exactamente concreta (art. 72) para el Proyecto, y puede también, según el tipo y la voluntad de la sociedad, no ser necesaria.

Se regula como temporal desde el nombramiento en el acto constitutivo, el cargo de los administradores. Normalmente el cargo durará cinco años, como máximo, y la renovación se hará parcialmente (art. 74), manera experimentada de facilitar los cambios, o por lo menos las renovaciones en el cargo.

Donde es mayor el interés económico de los administradores,

* En español en el original!

y donde más pueden penar por la atribución de los beneficios, se reconocen, según la práctica y todos los Derechos, las «tantiemas», con la condición de la previa cobertura de todo tipo de reserva abierta, forzosa o estatutaria, y de la previa atribución a los accionistas, de un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Naturalmente, los administradores son libremente revocables por decisión de la asamblea de accionistas (art. 76), pero una revocación carente de causa justa vincula a la sociedad al resarcimiento del daño, daño que, a nuestro parecer, debe ser demostrado de manera concreta, por el perjuicio provocado en la profesión o en la actividad económica del administrador.

En otros términos, no pensamos que la simple revocación lleve la obligación de indemnización si no se ha producido un daño concreto y si no ha sido hecha por puro capricho.

Consiente el Proyecto (art. 78) que la administración de la sociedad pueda confiarse a un solo consejero delegado, no siguiendo, por ejemplo, la regla alemana de los dos gerentes. La unidad se explica en las anónimas de pequeño calibre económico, pero no en las previstas en el Proyecto.

Punto esencial de esta parte del Proyecto es el (art. 80) de la responsabilidad de los administradores. La fórmula del ordenado comerciante y de la leal representación merece ser incondicionalmente aprobada, si bien observando que aquí sería oportuna una referencia a la buena dirección de la empresa, que puede recabarse del mismo Proyecto, por ejemplo, en donde habla de la participación de los interesados en la buena marcha de la empresa, a propósito de la asamblea general.

La responsabilidad, según el Proyecto, se funda en la malicia, abuso de facultades o negligencia grave: la síntesis bajo el signo de la buena dirección de la empresa la haría mucho más eficaz.

No es suficiente, a nuestro parecer, estatuir para la liberación de responsabilidad del administrador el voto contrario a la deliberación (art. 80): ¿Cuántas votaciones amaestradas no conocemos, incluso en el ámbito de la Facultad? Es preciso, según nuestra convicción, que el administrador advierta inmediatamente a la sociedad, cuando lo justifica la gravedad de la deliberación.

Esto es lo que se denomina, con exactitud, obligación de fidelidad del administrador. Se imprime a los administradores, que pueden no ser accionistas, una dinámica del cargo.

De hecho se sabe que su posición es igual a la de los socios en nombre colectivo, con el beneficio de la no responsabilidad.

Este beneficio debe ser ganado con la actuación del administrador, para que tenga el derecho de poseerlo: gana aquello que posee, dice W. Goethe, que era también un jurista.

La acción de responsabilidad se atribuye a la sociedad, a la cual está concedida en su conjunto corporativo (art. 81).

Se reconoce con justicia a la minoría de los accionistas la ac-

ción de responsabilidad a causa de la inercia de la sociedad y, asimismo, en el caso, muy interesante, de no utilización de la acción por parte de la anónima—utilización, se dice, y no liberación de responsabilidad—, por ejemplo, para la aprobación del balance, la llamada sanatoria de los administradores.

A los acreedores, para el ejercicio de la acción se les imponen, por el contrario, las condiciones de recuperación del capital social y de la gravedad del daño.

Con acierto se reconoce (art. 82) la acción estrictamente personal de los socios y de los terceros por lesiones de derecho que repercutan directamente en el patrimonio personal del actor.

No pueden ser administradores los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores de una sociedad en concurrencia (art. 83). y contra ellos puede alzarse cualquier accionista (artículo 84).

Tiene esto gran importancia, porque el Proyecto declara, en estas mismas disposiciones, la incompatibilidad para el cargo de administrador de aquel que, bajo cualquier forma, tenga un interés opuesto al de la sociedad. Aquí termina el capítulo de la administración y no podemos internarnos más en el examen del sistema.

Sentimos, sin embargo, el deber de lealtad de señalar que, sin hacer de verdugos con los administradores, este punto de la responsabilidad se presta a ulteriores precisiones, sobre todo con respecto a aquellos administradores que se revelan o únicos accionistas, o detentores del paquete de acciones, o mayores accionistas, o influyentes por cualquier motivo a causa de la posición conquistada, por ejemplo, como únicos administradores, en la administración de la sociedad.

No faltan modelos legislativos para declarar una responsabilidad de estos gerentes exclusivamente por razón de su posición o cargo, cuando se verifican los supuestos necesarios, y, asimismo, una insolvencia o depresión económica de la anónima.

Acciones y obligaciones encuentran en el Proyecto una disciplina que resulta, a nuestro juicio, apropiada. Se conserva (art. 35) el anonimato, con las acciones al portador, renovando el característico signo de la sociedad.

Es este signo el que también en Italia ha dado lugar, especialmente por obra de los fascistas activistas hacia el declinar del Régimen, a polémicas constantes. En Italia el anonimato está reconocido actualmente en el Código civil, pero no en la vida económica, porque sobreviven las normas nominalísticas dictadas por razones raciales, nacionales y fiscales. Puede así comprenderse que abundan en el país los que el Proyecto llama «testaferros», llamaba Vivante «cabezas de palo» y nosotros hemos llamado «pingüinos».

Sin embargo, somos partidarios del reconocimiento del ano-

nimato, pero asimismo de la transformación social de la anónima. Las acciones son transferibles, según la esencia misma de la sociedad, y el Proyecto (art. 47) declara que las cláusulas limitativas de su libre transmisibilidad no son válidas si no están expresamente impuestas por los estatutos.

Los acuerdos entre los socios sobre los vínculos y las condiciones de la circulación permanecen extraños a la regulación de la sociedad, y nosotros, que recordamos una comunicación nuestra a la Ilustre Academia Matritense del Notariado sobre estos temas, nos alegramos por ello vivamente de la solución.

Las obligaciones encuentran una regulación amplia, pero sin prolijidad ni pleonasmos jurídicos (art. 113). Para la emisión se impone la equivalencia con el capital y un mínimo de un millón de pesetas.

El sindicato de obligaciones se considera como una *condicio iuris* (art. 115) para la legitimidad de la emisión.

Es de notar a este propósito que la organización referente a este Sindicato se deja a la facultad tanto de la anónima como de los obligacionistas, con una elasticidad que tiene que ser considerada en relación a los tipos difundidos de sociedad de tipo uniforme, y no siempre correspondiente a las características de las obligaciones. Está regulada una gratuita salvaguardia de los derechos de los tenedores de obligaciones (art. 116), y la prelación entre las diversas series de emisiones. A los obligacionistas se les reconocen derechos en cuanto conjunto y derechos en particular (art. 125).

El rescate de las obligaciones (art. 130) admite diversas formas de satisfacción a los acreedores y de liberación de la sociedad anónima. Puede la sociedad misma llegar a ser titular de sus obligaciones (arts. 130, 131) y ponerlas nuevamente en circulación, si no hay prohibición expresa. Quedan en letargo, como ocurre por otra parte con las acciones en posesión de la sociedad, derechos como el de voto.

No sólo está impuesta a la sociedad la obligación de reembolsar las obligaciones, sino también de proceder regularmente al sorteo periódico de los títulos, con la sanción de la pérdida del beneficio del plazo y del abordaje de todos los obligacionistas al buque de la anónima, si no se sortean las obligaciones en el plazo señalado.

La modificación de los estatutos de la sociedad, la disolución o el cambio de nacionalidad, no pueden adoptarse sino en virtud de un acto formal, es decir, de la clara convocatoria de la asamblea de accionistas con determinación del objeto y con un *quorum* determinado (art. 59).

El efecto de la liberación está, además de esto, condicionado a la inscripción en el Registro Mercantil, que adquiere en este caso fuerza jurídica constitutiva. Se ha examinado antes a qué otros

requisitos están subordinadas determinadas modificaciones estatutarias, o bien la emisión de nuevas acciones o de obligaciones. Se ha visto cómo se procede al aumento del capital, y para su reducción se prevé un procedimiento (art. 98), dotado de elasticidad, porque presupone los diferentes fines económicos y jurídicos a los que la reducción se encamina.

La reducción, que entraña el peligro de diluir el capital social, alarma a los acreedores de la anónima, a causa de lo cual no será reducción efectiva sino después de un plazo de vacación (art. 99), en el cual los acreedores tienen el derecho de oponerse si no alcanza para su satisfacción y la sociedad no presta garantías específicas.

La oposición paraliza la reducción proyectada hasta la decisión, y en la hipótesis del reembolso a los accionistas antes del vencimiento del plazo de tres meses, o con menosprecio de la oposición, se produce la nulidad de los pagos y de las liberaciones hechas contra Derecho.

No surge la necesidad de garantía (art. 100) cuando la deliberación de la asamblea no hace sino dar a conocer la verdad, y por ello la disminución del capital determinada por las pérdidas efectivas.

Es precisamente en este caso cuando la reducción es forzosa siempre que se hayan verificado pérdidas por dos tercios del capital. Se prevén cautelas para la igualdad de los derechos de los accionistas en caso de amortización de las acciones (art. 101), o de acciones para estampillar no presentadas para esta operación.

Transformación y fusión de la sociedad se regulan con mano feliz, guiada por una doctrina elevada e irreprochable. La transformación no puede verificarse sino en el campo de las sociedades comerciales (art. 135), y aparecen excluidas las cooperativas.

La transformación, según el modelo italiano de la separación, no obliga a los accionistas disidentes. La separación, sin embargo, opera de Derecho siempre que los accionistas disidentes no se adhieran a la deliberación dentro del mes del acuerdo.

La separación se establece también a favor de los accionistas no participantes en la asamblea general, que no se hayan adherido a la deliberación en el plazo de tres meses. Sería conveniente explicar, a este propósito, si la separación opera de Derecho cuando los accionistas, en una u otra hipótesis, no se adhieran a la deliberación. La transformación se verifica con forma igual a la de la constitución de la sociedad (art. 138). La sociedad, en el caso de que no se verifique la disolución de una sociedad y la constitución de otra nueva, mantiene intacta la personalidad jurídica (art. 139), lo que simplifica las cosas, pues se cree que todas las sociedades comerciales tienen personalidad jurídica. La proporción de las cuotas sociales permanece inmutada (art. 140). Pero, ¿qué ocurre con las acciones privilegiadas?

Es excelente, y está en el surco de la tradición, la responsabilidad ilimitada de los socios, cuando la sociedad se transforma en sociedad con esta responsabilidad, incluso por las obligaciones sociales precedentes a la transformación.

Perdura, asimismo, la personalidad jurídica de las sociedades personalistas transformadas en anónimas. Para la fusión de sociedades, cualquiera que sea la forma elegida, es necesaria siempre una escritura de fusión que informará sobre la verdadera o genuina fusión o por el contrario acerca de la absorción de una sociedad por parte de la otra.

La disolución de la anónima (art. 152) está inmejorablemente atribuida a las causas que figuran en casi todas las legislaciones: cumplimiento del término, inutilización del objeto social, pérdidas, fusión o absorción, voluntad de los socios en asamblea y otras causas. Con justicia, la quiebra no produce por sí sola la disolución de la sociedad (art. 152).

Es interesantísimo en este punto, y encuentra todo nuestro apoyo, el principio de la continuidad forzosa de la anónima (artículo 153) por obra del Gobierno, tanto a instancia de la mayoría de los accionistas como del personal de la empresa.

Se introduce aquí un principio de socialización de la empresa que nos agrada ver desarrollar.

La disolución ópera de Derecho a causa del transcurso del término (art. 154); pero sería oportuna, a nuestro juicio, una declaración, como se encuentra, por otra parte, en algunos Códigos, según la cual si la sociedad continúa más allá del término se considera que existe prórroga tácita. En los otros casos (artículo 154), es la asamblea la que puede deliberar sobre la disolución, y cada accionista está autorizado, en particular, a pedir la disolución por las causas que la justifican.

La sociedad, y esto es una verdad ya antigua, conserva su personalidad durante la liquidación (art. 156). La liquidación no es necesaria, naturalmente, si está previsto o interviene un hecho global de cesión de la empresa o, como dice el Proyecto, del activo y del pasivo (art. 157).

Puede nombrarse junto a los liquidadores (art. 159) un interventor en la liquidación por parte de la minoría de accionistas, lo cual constituye una buena salvaguardia.

La asamblea continúa asimismo en el período de la liquidación (art. 160). Los administradores cesan en el cargo, si bien más como titulares de derechos y de representación que de deberes, a los que están sujetos hasta el cumplimiento de la liquidación (art. 161).

La función de los liquidadores está disciplinada según las últimas opiniones de la ciencia comercialista, y está estatuido eficazmente (art. 164) el principio de la igualdad y proporcionada justicia no sólo en lo relativo a la división entre los accionistas del patrimonio, sino esencialmente por la participación en las pérdi-

das y la reclamación de los fondos sobre las acciones no liberadas.

El balance de liquidación será examinado por los interventores (art. 167) y también lo será por la asamblea de accionistas (artículo 168), y podrá impugnarse por cada accionista en particular, de modo paralelo a toda otra deliberación social (arts. 168, 67, 68, 69). El fraude o la negligencia grave provocan la responsabilidad de los liquidadores (art. 171). La intervención del Gobierno en caso de gravedad de la liquidación o de la cuantía de los intereses de la empresa, puede justificar la iniciativa del Gobierno, mismo en la liquidación.