

La administración de la sociedad anónima y sus problemas actuales

ANGEL CRISTOBAL-MONTES

Catedrático de las Universidades Central de Venezuela
y Católica Andrés Bello (Caracas)

SUMARIO: 1. Planteamiento inicial.—2. Evolución histórica de la sociedad anónima.—3. Los nuevos hechos y la conformación conceptual de la sociedad anónima.—4. La evolución en la administración de la sociedad anónima.—5. La aparición de los órganos delegados en la administración de la sociedad anónima.

1. PLANTEAMIENTO INICIAL

Adentrarnos en el ámbito de la administración o gestión de las sociedades anónimas para decantarnos después, lo que constituye la medula de este trabajo, en el estudio del fenómeno de la aparición en el seno de los órganos administradores de nuevos centros de decisión que, aunque se nominen delegados, suponen una transformación estructural e importantísima desde el ángulo jurídico y una reorganización del poder interior de la empresa desde los ángulos económico y social, requiere, como paso previo y obligado, una panorámica por muy leve que sea del desarrollo histórico de esa especial forma societaria que es la anónima, de cómo las nuevas condiciones de varia índole, lo que se ha dado en llamar “los nuevos hechos”, han influido e influyen en la esfera del control y administración social y de la manera en que el Derecho comparado, a través de las más recientes regulaciones normativas, ha enfrentado el desafío que suponen las cambiantes condiciones de un mundo empresarial y societario en trance de profunda y constante renovación y las fórmulas que ha arbitrado tratando de encontrar cumplida respuesta a ese desafío. Y nada de extraño tiene que tales pasos previos se consideren como obligada singladura antes de atacar el problema concreto de la delegación del poder administrativo en la sociedad anónima, porque difícilmente será posible encontrar otro instituto jurídico en que los cambios y mutaciones estén tan a la orden del día y en que las tensiones, factores y características del entorno económico-político que le rodea sean tan influyentes, perentorios y decisivos, hasta el pun-

to de que, como ha escrito WIETHÖLTER, la historia de las sociedades anónimas es la historia de su reforma (1).

Como factor adicional a lo expuesto, debe señalarse la creciente interdependencia, conexión y similitud de las economías de los países del mundo occidental, que lleva de manera necesaria a la adopción de criterios y prácticas empresariales análogas y a la obligada búsqueda y plasmación de una normativa básica común para el más importante e influyente tipo social de nuestros días, como lo prueba los esfuerzos europeos en pro de la unificación del Derecho de sociedades que ha plasmado ya en un proyecto definitivo de Estatuto de la sociedad anónima europea, aprobado por el Consejo de Ministros de la Comunidad el 30 de junio de 1970 y publicado en el "Boletín Oficial de las Comunidades Europeas" el 10 de octubre del mismo año.

Hoy se puede afirmar sin riesgo de errar que el gran protagonista del mundo mercantil en los países de economía capitalista es el empresario social. "Desde hace un siglo —expresa en tal sentido ese sensible receptor de las grandes mutaciones de nuestro tiempo que es RIPERT— los hombres han dejado de detentar las grandes posiciones del comercio y de la industria. Han sido eliminados por las sociedades por acciones. Ningún hecho presenta mayor importancia que éste para la comprensión del régimen capitalista" (2). Cómo se ha producido tal acontecimiento y cuáles han sido los grandes hitos en el desarrollo de la sociedad anónima es lo que vamos a ver en el punto siguiente.

2. EVOLUCION HISTORICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Al igual que ocurría con el empresario individual, en las primitivas sociedades personalistas todo giraba en torno a unos miembros que eran al mismo tiempo propietarios, gestores y directores de la actividad comercial o industrial, porque la relación riesgo-poder emanada de la subyacente y previa propiedad-poder constituía la sustancia de la estructura societaria. Aunque el empresario individual había abandonado, apremiado por las nuevas exigencias, la realización aislada de su actuación y reclamado la participación de otros sujetos, estos nuevos colaboradores se diferenciaban poco de la figura clásica del titular individual de la empresa, porque respiraban su mismo espíritu emprendedor y su mismos sentido del riesgo (3).

Sin embargo, aunque en apariencia nada había cambiado, la sola circunstancia de la existencia de una administración plural y la posibilidad y realidad de que en ocasiones la incorporación a los entes sociales se hiciese depender no de la idea de la propiedad, sino de la

(1) WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft in amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe, 1961, p. 35.

(2) RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, 1950, p. 110.

(3) IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, pp. 29-30.

del riesgo, que en el fondo entrañaban las sociedades colectivas y comanditaria, sembraba el germen de una mutación de consecuencias impredecibles y abría el cauce para la aparición de una nueva entidad societaria, en la que iba a ser indiferente la identidad personal de sus miembros y en la que se había de producir la absoluta escisión patrimonial entre la sociedad y los socios, generando la anhelada y preciosa responsabilidad limitada de éstos: se trataba de la sociedad anónima (4).

Tratando de buscar los más remotos antecedentes históricos de la figura se ha pretendido hallarlos en las *societates publicanorum* de los romanos, esto es, en aquellas sociedades en las que varias personas aportaban bienes y actividades con el objeto de, *animo lucri*, tomar en arriendo del Estado o del Municipio la recaudación de los impuestos o la realización de obras públicas o suministros (5); mas tratar de encontrar un nexo inmediato entre este tipo de *societas* y las modernas es algo que no ha sido todavía desarrollado ni es probable se dé, aunque, como dice BESTA, las nuevas instituciones aparezcan frecuentemente ligadas a operaciones financieras de empréstitos públicos y contratas (6).

En realidad, se trataba de entidades que por su formación colegial y por su función de Derecho público pertenecían a la categoría de las corporaciones y estaban dotadas de personalidad jurídica (7), lo que las diferenciaba en forma sensible de la tradicional *societas omnium bonorum*. Desde el ángulo interno eran, sin duda, *societates questuriae* o *unius negotiationis* (8), pero a causa de su función pública asumían caracteres y reglas que las distinguían sensiblemente de las otras sociedades privadas y, en particular, según apunta BERTOLINI, en materia de personalidad jurídica, ya que estaban investidas de la misma, contra lo que era regla general en el campo de las *societates* romanas (9).

En suma, pues, no hay parangón ni nexo de unión posible porque, además de lo apuntado, los órganos de la *societas publicanorum* (*magister*, *promagister*, *syndicus*, etc.) no tiene ninguna similitud con los de la moderna sociedad, la condición de *socius* no es equiparable a la de accionista y, en fin, el título de participación, al que se incorporaba la *pars*, no era nada similar a un título valor ni su transmisión revestía las características de las acciones (10).

(4) RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1964, página 4.

(5) ARIAS BONET, *Societas publicanorum*, en *Anuario de Historia del Derecho*, XIX, 1948-1949, pp. 218 y ss.

(6) BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, p. 354.

(7) D. 3, 4, 1, pr.

(8) D. 17, 2, 5.

(9) BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1908, páginas 75 y ss.

(10) De todas maneras no falta algún autor que, contra el sentir general en este punto, advierta que no debe ser despreciada la contribución

Ante la imposibilidad de encontrar el precedente romano, los autores fijan la mirada en la Edad Media y aunque, según afirma LUZZATTO, no se encuentra en todo el Medioevo, sea en el campo del comercio sea en el de la industria, alguna forma de sociedad que pueda parangonarse a la anónima de los tiempos modernos (11), lo cierto es que los historiadores mercantiles suelen hallar los orígenes de la sociedad anónima en las relaciones especiales que en muchos municipios italianos medievales se establecían entre el gobierno y sus acreedores. Las ciudades medievales para hacer frente a sus necesidades y empresas recibían fuertes empréstitos de los particulares y ante la imposibilidad de amortizarlos y pagar los intereses concedían a sus acreedores el derecho a cobrar los impuestos como garantía del crédito y sus réditos; el total del empréstito (*monti, masse o compere*) se dividía en partes iguales (*loca*) que eran consideradas como cosas muebles, enajenables y fructíferas (obsérvese su similitud con la moderna *acción*) y que daban derecho a una participación proporcional en los ingresos públicos. En algunos casos, los beneficiarios de esta distribución uniforme y anónima de los débitos del municipio se agruparon en organizaciones autónomas tal como ocurrió con el *Banco de San Jorge*, en Génova; con el *Banco de San Ambrosio*, en Milán, y con el *Monte dei Paschi*, en Siena; en el Banco de San Jorge, concretamente, se daban desde el principio dos notas típicas de la sociedad anónima: la responsabilidad limitada al importe del criterio del partícipe y la división del capital en partes iguales, representadas documentalmente y transmisibles (*loci comperarum*), a las que vendrían a añadirse a comienzos del siglo xv el espíritu de lucro y el carácter corporativo de la asociación. Análogos a los anteriores organismos fueron las llamadas *maone* (palabra árabe que significa ayuda o socorro), en las que suele verse un precedente de las sociedades coloniales de los siglos xvii y xviii. Las *maone* eran agrupaciones de ciudadanos que en interés y bajo la dirección del Estado emprendían una expedición naval para la conquista de alguna colonia y obtenían por un cierto número de años, en garantía y para la extinción de su crédito, la administración y el usufructo de las colonias y el monopolio en el comercio de algunos artículos coloniales. Igual que sucedía en los *monti* o *compere*, en las *maone* el crédito total estaba dividido en partes iguales que daban derecho a la participación correspondiente en las utilidades de la colonia, constituyendo todos los titulares de las cuotas, hasta tanto se extinguiese la

que esta figura societaria ha tenido en el concepto moderno de la sociedad por acciones, en razón de que la misma gozaba de personalidad jurídica, se distinguía en ella entre socio y partícipe (recuerda, al respecto, el pasaje de Asconio, según el cual *aliud est socius aliud particeps, nam particeps certam habet partem et non indivise agit ut socius*) y el título de participación prescindía de la condición de la persona, siendo transferible a terceros y sobreviviendo a la muerte del socio: Así, BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società, II (Società per azioni)*, Milano, 1948, p. 3.

(11) LUZZATTO, *Storia del commercio, I (Dall'antichità al rinascimento)*, Firenze, 1944, p. 377.

deuda pública, una sociedad anónima a la que correspondía la administración de la colonia usufructuada y tenía sus consejos, mayor y menor.

En este mismo terreno de los orígenes, suelen citarse también, a veces polémicamente por razón de orgullo nacionalista, como ha apuntado sagazmente el profesor RUBIO, las corporaciones mineras del antiguo derecho alemán (*Gewerkschaften*) y las organizaciones navales igualmente germánicas denominadas *Reederei*.

Pero habrá que esperar un hecho nuevo para que brote la verdadera sociedad anónima en sentido moderno: los descubrimientos geográficos. Las nuevas y lejanas latitudes exigían organizar expediciones navales de costo ingente para la época; su conquista, defensa, colonización y explotación precisaban de enormes recursos: los especiales poderes y atribuciones que se requerían para la organización administrativa y otros varios factores vinieron a mostrar prestamente que la empresa asociativa privada medieval no era instrumento apto para tan arduos y onerosos menesteres. Surgen así las compañías coloniales que vienen a entrañar los dos impulsos asociativos constantes, como ha escrito RUBIO: "Tanto sobre el fin de *organización* —esto es, la conveniencia de contar con un equipo de personas que cubran los diversos aspectos de la gestión de la empresa— como sobre el fin de la *financiación*: la necesidad de disponer de aquel capital que un solo patrimonio no está en condiciones de ofrecer". (12).

La lucha por las colonias y por la supremacía de los mares entre las grandes potencias marítimas tropezaba con un grave inconveniente inicial, cual era el de que las Tesorerías de los Estados no contaban con recursos suficientes para atender a los ingentes gastos implicados en tales empresas; había que acudir a la ayuda privada en vastísima escala, a la iniciativa de los capitales de los ciudadanos, para lo cual se precisaba ofrecer incentivos y ganancias sustanciosos e inmediatos. De esta suerte, surgen en los comienzos del siglo XVII las grandes compañías comerciales que tienen carácter corporativo, están investidas de prerrogativas soberanas y van a orientar su actividad a la conquista y administración de las colonias: la Compañía holandesa de las Indias Orientales, creada el 29 de marzo de 1602; la Compañía inglesa de las Indias Orientales, en 1612; la Compañía danesa de las Indias Orientales, en 1616; la Compañía holandesa de las Indias Occidentales, en 1621; la Compañía francesa de las Indias Occidentales y Orientales, en 1664, etc. (13). España no quedó ajena a este proceso, aunque por las características de su comercio marítimo, organizado por la Corona, y la reticencia de los sectores acaudalados para financiar este tipo de empresas, la aparición de las compañías coloniales fue más tardía: en 1728 se crea la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas;

(12) RUBIO, *Curso...*, op. cit., p. 6.

(13) LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaft*, I, Köln, 1964, p. 60; ESCARRA, *Les sociétés commerciales*, I, París, 1950, pp. 10 y ss.; BRUNETTI, *Trattato...*, op. cit., pp. 9 y ss.

en 1740, la Real Compañía de La Habana; la Real Compañía de Filipinas fue creada en Cádiz por Felipe V; la Compañía de San Fernando en 1747, etc. (14).

Aunque respondiendo a similares causas y exigencias, no por ello las compañías coloniales de los diversos países presentan la misma estructura y características, en buena medida porque reflejan, dados su promoción y origen, los rasgos políticos más peculiares de cada uno de los Estados, sobre todo en orden a un mayor o menor grado de intervencionismo gubernamental. Su creación, desde luego, era un acto público que tenía la naturaleza de privilegio, la personalidad jurídica la adquieren en cuanto emanación del Estado, a la manera de entidades con organización independiente incorporadas a él (los ingleses hablan de *incorporation* para la creación y de *corporation* para la entidad), y, precisamente por estas características, las compañías presentan acusados signos de individualidad en cuanto estaban dotadas cada una de régimen especial; de ahí que el tratamiento jurídico de tales compañías se lleve hasta el siglo XIX al margen de la legislación y de la doctrina mercantil. De todas maneras, y en particular en relación a su administración, debe intentarse alguna suerte de generalización.

La estabilidad del capital, capital que al principio se liquidaba al término de cada expedición, se logra mediante la intervención del Estado que asegura la existencia de un patrimonio permanente, y ya en un momento tan temprano como 1610 se utiliza el nombre de "acción" (del holandés *aktie*) para designar al título de participación del socio en la compañía, que le da derecho a una cuota sobre el patrimonio social y sobre las ganancias, tiene naturaleza mobiliaria, aunque el fondo social consista en inmuebles, es generalmente transferible y suele ser nominativo.

La asamblea de accionistas suele tener escasa importancia, se reúne esporádicamente (por ejemplo, la Asamblea de la Compañía Francesa de las Indias Occidentales no se celebró entre 1668 y 1675) (15), y, sin duda, como advierte GIRÓN TENA, no existe una soberanía de la Junta General, porque a los partícipes no se les reconocen derechos políticos y, a veces, se les amenaza con no pagarles beneficios (16).

(14) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1968, p. 336; RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 7-9. De todas formas, estas Compañías españolas no llegarán nunca a tener la importancia que alcanzaron las holandesas o inglesas, porque aunque algunas de ellas, como la Guipuzcoana de Caracas, participó en operaciones militares, tuvieron precaria participación comercial, ya que el tráfico con América se efectuaba en su mayor parte directamente por la Corona, y a su expansión y auge se opusieron la cerrada oposición de las Casas de Contratación de Sevilla y Cádiz, en defensa de sus privilegios, y la de los comerciantes individuales de los escasos puertos autorizados para el tráfico de ultramar.

(15) LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles*, París, 1938, p. 192.

(16) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, 1952, p. 6. Como señala LEVY (*Private*

La ausencia de poder real de la junta hace que la soberanía se decante hacia un Consejo reducido, de cuyo irrestricto e ilimitado poder puede dar idea el hecho de que no sólo se desconoce la rendición de cuentas, sino que, incluso, llegado el momento, sus decisiones se imponen a la gran masa de accionistas mediante chantajes, amenazas, coacciones y violencia física (17). Por lo que hace a la composición de estos Consejos, presenta evidente carácter oligárquico: entre el gran conjunto de asociados hay un grupo minoritario y selecto constituido por los partícipes de primer grado (*bewindhebbers*, en Holanda, *chiefs adventurers*, en Inglaterra), que frente a los restantes accionistas, de hecho auténticos obligacionistas extraños a la gestión de la compañía, va a conservar en su mano la dirección social en estrecho contacto con el poder público, sumamente interesado en la marcha de estas sociedades, amén de por razones económicas, dado su grado de participación en las mismas, por la circunstancia de las prerrogativas soberanas con que habían sido adornadas en orden a la conquista y colonización de las tierras descubiertas. Esta característica de la división y contraposición entre dos categorías de socios (los partícipes principales y los secundarios) va a tener significativa importancia, señala RUBIO, para comprender un dato importante de la sociedad anónima moderna: la separación entre propiedad en sentido amplio y control (18).

El acusado carácter oligárquico y público de las compañías coloniales explica en buena medida que la regimentación y tratamiento de las mismas resulten marginados de la legislación y de la doctrina mercantiles privadas, separándose su existencia de las otras formas sociales utilizadas por los profesionales del comercio. Así, la Ordenanza de Colbert de 1673 no dedica atención alguna a la sociedad por acciones, restringiéndose a la sociedad general de responsabilidad limitada y a la sociedad comanditaria, quizá debido a que, como apuntó SCIALOJA, en Francia la sociedad comanditaria había sido utilizada siempre a objeto de permitir a los nobles el ejercicio de la especulación mercantil (19) y, en España, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 contemplan tan sólo un único tipo de sociedad en el que pueden concurrir socios gestores responsables ilimitadamente y socios no gestores con responsabilidad limitada.

Durante el siglo XVIII tiene lugar lo que la doctrina ha denominado la "privatización de la iniciativa económica", que, frente al mercantilismo anterior, supone extraer del campo económico el intervencionismo estatal. Este hecho ha de tener una significativa importancia

Corporations and their control, Londres, 1950, p. 40), aun en Inglaterra, donde las Juntas funcionaban con mayor independencia del poder público y donde el reparto del derecho de voto no era tan desigual, aquéllas aprobaban en definitiva lo que los directores proponían.

(17) HECKSCHER, *La época mercantilista*, México, 1943, p. 348.

(18) RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 8.

(19) SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciale*, en *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 249.

para que vayan apareciendo en la esfera privada numerosas compañías constituidas a imitación de las originarias compañías coloniales; el fenómeno comienza en Francia y se extiende pronto a Inglaterra, aunque en este último país, debido a los excesos que se cometieron, la *Bubble Act* de 1719 prohibió la creación de compañías sometidas tan sólo al *Common Law*, sin distinción de supuestos y lo suficientemente equívoca como para dar lugar a una gran incertidumbre e inseguridad en la materia (20).

De lo que se ha expuesto se deriva inconcusamente que la sociedad anónima es una creación del Derecho público cuya existencia emana de la voluntad del Estado, pero frente al originario sistema del privilegio y de la concesión (*Royal Charter*), que siguió operando en aquellas sociedades dedicadas a explotaciones de marcado interés general, se va llegando progresivamente a una nueva situación en que se aspira tan sólo a una regulación normativa general de la sociedad anónima, dejando a los partícipes en la misma una amplia autonomía en lo que respecta a su constitución y a la conformación de su estructura y funcionamiento.

La irrupción de la sociedad por acciones en el tráfico privado provoca una profunda conmoción en su organización interna, notándose una clara tendencia a restringir los ilimitados poderes de los Consejos de las compañías coloniales y, como contrapartida lógica, a ampliar el grado de participación de la Junta general en la dirección social, proceso de democratización que alcanza cierta importancia en aquellas sociedades en que por el menguado número de socios y la coincidencia de intereses consentían la frecuente y operante celebración de la Asamblea (por ejemplo, la Junta general del Banco de Inglaterra podía reunirse siempre que estuviesen presentes nueve miembros). Sin embargo, no hay que llamarse a engaño. En la mayor parte de las compañías, como resalta RODRÍGUEZ ARTIGAS, la pérdida de la posición privilegiada de los grandes partícipes no se tradujo, al menos en la práctica, en un correlativo aumento de los derechos de los pequeños accionistas, sino que más bien dio lugar a un fortalecimiento de la posición de los administradores hasta entonces considerados como simples funcionarios de la sociedad; lo que le lleva a concluir, con el sentir doctrinario mayoritario, que durante el siglo XVIII, salvo en las pequeñas sociedades, se da un marcado carácter aristocrático, ya que el poder está en manos de un grupo reducido de personas del que formaban parte fundamentalmente los grandes accionistas (representantes del poder económico) y funcionarios del Estado o allegados a él (representantes del poder público); el resto de los accionistas quedaba relegado a un segundo plano, sin ninguna influencia, considerados prácticamente como simples obligacionistas (21).

(20) JENKS, *A short history of english Law*, Londres, 1934, pp. 294 y siguientes.

(21) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971, pp. 58-59.

Como no podía ser de otra manera, el triunfo del liberalismo político y económico que supuso la Revolución Francesa habría de reflejarse con intensidad en ese sensible organismo económico-jurídico que es la sociedad anónima, si bien los primeros pasos fueron harto inciertos e inseguros, pues, curiosamente, la revolución triunfante veía en aquélla un residuo de los privilegios abolidos. Así, por Decreto del 26 germinal año II (1794), bajo el pretexto de que las acciones transferibles emitidas por las compañías podían hacer competencia al dinero estatal en cuanto fuesen utilizadas por los particulares como medio de cambio, se declararon disueltas todas las sociedades existentes y se prohibió su constitución en el futuro.

Las graves consecuencias económicas que la medida acarreó hicieron que, pendularmente, la nueva decisión se inclinara al extremo opuesto, hacia el régimen de absoluta libertad, instaurado por Decreto de 30 brumario año IV (1796), que a corto plazo se reveló tan pernicioso como el anterior prohibitorio en cuanto propició la práctica de numerosos abusos, fraudes y especulaciones, al igual que tiempo atrás había ocurrido en Inglaterra. Ante semejante experiencia no debe extrañar, pues, que el *Code de Commerce* de 1807, si bien recogía y reglaba la figura, porque las sociedades anónimas son un medio eficaz de favorecer las grandes empresas, atraer la riqueza extranjera, aumentando el crédito público y la masa en circulación en el comercio (según decía su Exposición de Motivos), se inclinase hacia el viejo sistema de la concesión, exigiendo en su artículo 37 la autorización del gobierno y la aprobación del acto constitutivo para la existencia de la sociedad, aprobación que debía ser dada en la forma establecida por los reglamentos de la Administración pública, porque “el orden público está interesado en toda sociedad que se forma por acciones, ya que en numerosas ocasiones estas empresas no son más que un engaño hecho a la credulidad de los ciudadanos” (Exposición de Motivos).

De todas maneras, ya no estamos aquí frente al precedente sistema del *octroi* en que el Estado crea la sociedad, la cual no pasa de ser otra cosa que una ramificación suya, sometida a constante vigilancia, intervención y tutela, y en que cada nuevo ente constituye una corporación singular dotada de su propia *lex specialis* o estatuto; ahora, hará falta la autorización gubernativa previa para su existencia, pero con un carácter de generalidad, abstracción y no participación que difícilmente hubiera sido concebible en el seno de las viejas compañías coloniales. Y es que, una vez más, la sociedad anónima refleja en su contextura el cambio de mentalidad operado y el distinto papel que las nuevas ideas asignan al Estado en el ámbito económico. Frente al Estado mercantilista (matriz de las compañías de los siglos XVII y XVIII), que busca internamente la unificación y compactación económica y de cara al exterior el empleo de las fuerzas financieras nacionales como instrumento de supremacía internacional, el nuevo Estado liberal concibe la riqueza no al servicio del Estado, sino en función del individuo, y, en consecuencia, la intervención pública en el campo so-

cietario ya no tiene por objetivo utilizar las compañías como instrumento del poder estatal (de ahí la delegación en las mismas de poderes de soberanía y privilegios, incompatibles, como dice GARRIGUES, con el concepto puro de la sociedad mercantil privada), sino tratar de velar por el interés general y la seguridad ciudadana previniendo eventuales fraudes y engaños. “La autorización se apoya —explica RUBIO— en razones de interés individual: garantizar para la sociedad anónima una administración seria y capaz y la realidad de un patrimonio responsable. Se concibe como una excepción al principio general de libertad de las sociedades privadas que aconsejan tanto la peculiaridad de la sociedad anónima como razones de solvencia y moralidad. La autorización no se concibe, pues, como un privilegio especial a la manera del *octroi*, sino como una exigencia derivada más que del contenido de la forma especial del nuevo tipo. Pueden autorizarse, en consecuencia, varias sociedades para un mismo género de industria” (22).

Sin embargo, la autorización gubernativa no era tan sólo un simple control de policía, sino un control de legitimidad y de mérito sobre la utilidad y conveniencia de las sociedades (23).

Los tiempos eran aptos para que el modelo francés alcanzase gran difusión porque, a la sazón, las regulaciones jurídicas galas gozaban de una indiscutible primacía y fuerza atractiva en toda Europa. Francia era la abanderada de las nuevas formas y sistemas y sus plasmaciones legales encontraban pronto y fácil recepción en otros ordenamientos que estaban potenciados por las mismas exigencias y presupuestos y aspiraban a iguales metas y realizaciones. Así, la fórmula francesa es recogida literalmente por el Código de Comercio Albertino de 1865, por diversas leyes particulares alemanas y por el ADHGB de 1861, y, en general, por los Códigos inspirados en el de Napoleón.

España no fue extraña en esta materia a la influencia francesa, pero con algunas variantes y matizaciones, explicables en buena medida por el propósito, constatado entre otros por SAINZ DE ANDINO, de revitalizar el adormecido espíritu empresarial del país y de favorecer el arribo de capitales foráneos.

El Código de Comercio de 1829 distinguió entre sociedades que hubieran de disfrutar de algún privilegio, que precisaban de la aprobación real de sus reglamentos, y todas las demás, para las que hacía falta, en un sistema de intervención menos riguroso que el francés, el examen y aprobación por los Tribunales de Comercio de su escritura y reglamentos (arts. 293 y 294). El régimen y la conquista liberal que el mismo entrañaba no fueron, sin embargo, definitivos, ya que por

(22) RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 14. Reconocimiento (*Oktroi*) y autorización (*Konzession*) son aparentemente semejantes, pero entre ellos se da la misma diferencia que existe entre un privilegio legislativo (*ius statutendi*) y un privilegio administrativo (*ius confirmandi*); LESCOEUR, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, París, 1877, pp. 16 y ss.

(23) BRUNETTI, *Trattato...*, *op. cit.*, p. 19.

Ley de 28 de enero de 1844 se vuelve a exigir Ley o Real Decreto, según los casos, para la constitución de las sociedades y además que su objeto fuese de utilidad pública (24).

El sistema se va a cuartear a través de un elemento involucrado en él y que el legislador había previsto como medio de moderación y equilibrio. En efecto, en los nuevos tiempos liberales, el mecanismo de la autorización pública de las sociedades anónimas no deja de verse como un mal menor sólo aceptable en la medida que sirviese para evitar males mayores avizorables; pero había que paliar y neutralizar el atentado que implicaba contra la "sagrada" libertad, y el recurso fue incluir en el Código francés las sociedades comanditarias por acciones en régimen de irrestricta libertad, cuyo artículo 38, al disponer que el capital de las sociedades en comandita podrá estar dividido en acciones sin ninguna otra derogación de las reglas establecidas para este género de sociedad, venía a aplicar la normativa accionaria tan sólo a las participaciones de los socios y explicitaba, en cambio, que tal tipo de sociedades no precisaba de la autorización gubernativa para su válida existencia.

Se pensó que el riesgo que ello entrañaba quedaría cubierto por la existencia en la comanditaria de unos socios responsables ilimitadamente por las deudas de la sociedad, pero esto no pasó de ser una ingenuidad porque, en definitiva, lo que la ley consagraba era una dualidad de clases de sociedad que, desempeñando y persiguiendo los mismos objetivos, estaban, empero, sometidas a distinto régimen de libertad, mientras que el supuesto freno de la responsabilidad quedaba burlado mediante la socorrida fórmula de nombrar "hombres de paja" para ostentar tal cualidad societaria.

En Derecho y, en especial, en el campo mercantil, las ingenuidades se pagan caras porque el comportamiento humano difícilmente suele responder a las utopías y anticipaciones gratuitas del legislador, y tal fue lo que ocurrió en el punto que estamos considerando. En Francia se desató la denominada "fiebre de las comanditas" que dejó una larga estela de abusos y escándalos, porque, como apuntará TROPONG, los comerciantes, con increíble ligereza, recurrían a la forma de la comandita por acciones no por las ventajas que podía ofrecer frente a la anónima, sino para sustraerse a las dificultades de la autorización política y más aún para acometer operaciones equívocas en daño de accionistas y terceros (25).

Hubo que tomar medidas. La Ley de 17 de julio de 1856 introdujo sensibles restricciones en su constitución y funcionamiento, y la Ley de 24 de julio de 1867 cerró el ciclo contra la libertad irrestricta estableciendo, entre otros condicionamientos, que tras la constitución definitiva y antes de iniciar los negocios sociales la Asamblea General debía elegir un Consejo de Administración de cinco accionistas, responsables solidariamente con el gerente de toda irregularidad admi-

(24) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades...*, op. cit., p. 13.

(25) TROPONG, *Du contrat de société*, Bruselas, 1843, *Préface*, p. 31.

nistrativa y contable, acarreado la violación de estas normas la nulidad de contrato y pena de cárcel hasta por seis meses (26).

De todas maneras, el proceso estaba ya en marcha desde años atrás incluso en el propio campo de las sociedades anónimas, porque ya por Ley de 23 de marzo de 1863 se había suprimido la autorización administrativa para aquellas sociedades anónimas cuyo capital no rebasase los 20 millones de francos; estas compañías, excluidas de la permisión oficial, se denominaron sociedades de responsabilidad limitada a objeto de que la ciudadanía no las confundiese con las anónimas autorizadas.

Pero la Ley de 24 de julio de 1867 no sólo supuso un mayor rigor y control para las sociedades en comandita, sino que en la historia de la legislación mercantil tiene otra relevancia mucho más sonada y digna de recuerdo: abolió la autorización gubernativa para todas las sociedades con indiferencia de cuál fuese su capital, sometiéndolas tan sólo, en cuanto a su constitución y funcionamiento, a limitaciones análogas a las reseñadas para las comandatarias por acciones. Un nuevo hito se establecía, una nueva era se iniciaba marcada por el signo de la libertad. Borradas por los nuevos tiempos, desaparecían las últimas ataduras de intervención estatal que, heredadas de viejas concepciones y prejuicios, habían dificultado la expansión y desarrollo de ese extraordinario instrumento de progreso y desarrollo que es la sociedad anónima. Como ha escrito un gran mercantilista, en esta Ley hay que buscar la verdadera carta de la libertad de la sociedad anónima. En adelante, el camino se hallaba franco y expedito, pero, ¿sabría aprovecharse y administrarse rectamente esta libertad?

A la nueva etapa que en el campo de la anónima inicia la Ley francesa de 1867, la suele denominar la doctrina sistema de reglamentación o de las disposiciones normativas, caracterizada porque en lugar de la autorización gubernativa el Estado establece un régimen de normas generales que asegure la recta conformación y funcionamiento de las sociedades anónimas, sobre una doble base, tal como advierte RUBIO: una serie de disposiciones rígidas que compensen la limitación de responsabilidad y un sistema de publicidad tanto para la constitución como para los más importantes actos de la vida social (27). Pues bien, esta nueva singladura de la anónima, tan rica y variada, tiene un punto de arranque claro y definitivo: la Ley gala de 24 de julio de 1867, respecto a la cual ha dicho el maestro GARRIGUES que "representa en su época un adelanto formidable y constituye un cuerpo de doctrina legislativa sobre la sociedad anónima que hasta hace poco conservó su vigor y su original fisonomía a través de los sucesivos retoques parciales de que fue objeto" (28).

(26) LYON CAEN y RENAULT, *Manuel de Droit commercial*, París, 1924, página 201.

(27) RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 15.

(28) GARRIGUES, *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 338. Entre tales retoques deben mencionarse los realizados por las leyes de 16 de noviembre de 1903,

Igual que ocurrió con el prototipo consagrado por el *Code de Commerce* de 1807, la nueva formulación de la figura instaurada por la Ley de 1867 sirvió de ejemplo y modelo a otras legislaciones. Así, el régimen normativo y de publicidad se impone en Alemania mediante la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1871; en Italia el *Codice di Commercio* de 1882 suprimió la autorización preventiva, pero para sustituirla, como ha escrito algún autor, por el sistema, no menos oneroso e impaciente, de la vigilancia sucesiva del Gobierno (29); en Inglaterra, curiosamente, el nuevo sistema de las disposiciones normativas había arraigado con anterioridad, pues entre 1844 y 1845 se había creado para las compañías privadas el requisito del registro para su constitución y en la Ley refundidora de 1862 las compañías sometidas a las *Companies Acts* sujetas a registro comprenderán las sociedades anónimas en sus variantes de *limited by shares* y *by guarantee*, así como las *private companies*.

En España, como ya se ha señalado, la Ley de 1844 había restablecido el caduco sistema de la autorización por Ley o Decreto, pero esta situación no había de durar mucho, porque, bajo el influjo liberal de la Revolución del 68, la Ley de 19 de octubre de 1869 supuso la adscripción española al nuevo régimen de libertad instaurado por la Ley francesa de 1867 y la consiguiente proclamación de que era libre la creación de Bancos y sociedades que tuvieran por objeto cualquier empresa industrial o comercial. Entraba, así, el ordenamiento societario hispano en la nueva concepción de las disposiciones normativas en cuanto a constitución y funcionamiento de las compañías mercantiles. En esta misma línea se había de situar el Código de Comercio vigente de 1885, que dedica las secciones 4.^a y 5.^a del título I del libro II a regular las sociedades anónimas y sus acciones sin exigir para su constitución el requisito de la previa autorización gubernativa o judicial. Sin embargo, el modelo francés no se siguió a plenitud porque el codificador español, exagerando el principio liberal proclamado por la Ley de 1869, llegó a la conclusión de que la mejor manera de respetar la espontaneidad y libertad de las sociedades anónimas era abstenerse de su normación global o, a lo sumo, encuadrarlas dentro de unas pocas reglas de sustancia dispositiva, dando lugar a que el Código ofreciese tan sólo lo que, de manera gráfica y exacta, ha de-

12 de noviembre de 1913, 26 de abril de 1917 que establece un nuevo tipo de sociedad anónima "*à participation ouvrière*"), etc.

(29) Como diría Mancini en su *Relación*, el precedente sistema (el del Código de 1865) ha sido radicalmente cambiado al sustituirlo por la permanente vigilancia gubernativa, figura ya conocida en Inglaterra, por la que todas las sociedades comerciales e industriales, los institutos de créditos y las sociedades de seguros tienen la obligación de publicar las memorias y sus resultados mensuales y de remitirlos a los interesados en provocar especiales inspecciones sobre el ejercicio social en los casos de violación de los estatutos o de la ley o de incumplimiento de la prescrita publicidad: Castagnola, *Fonti e motivi del nuovo codice di commercio italiano*, Libro I, Torino, 1883, p. 330.

nominado un preclaro tratadista “el solar para una reglamentación de la sociedad”.

El sistema era inadecuado e impropio y en ello está de acuerdo la doctrina española que critica al Código de 1885 la escasez de las normas sobre sociedades anónimas y la pobreza reglamentadora de las mismas. Oigamos al maestro GARRIGUES: “Y así vemos cómo se intenta, desde el Código de Comercio de 1885, el milagro de ordenar las sociedades anónimas con sólo un puñado de artículos, regidos en su mayoría por el principio dispositivo que antepone la voluntad de los interesados al mandato de la Ley. Esta penuria de preceptos legales podía estar justificada en el Código francés de 1807 y en el Código español de 1829, porque uno y otro sometían la fundación de la sociedad anónima al examen y aprobación de una autoridad pública (el Consejo de Estado o los Tribunales de comercio), pero era inconcebible en un régimen de libertad para la fundación de este tipo de sociedad. La libertad sólo se concibe dentro de un orden, y el orden reclama un ordenamiento. Pero nuestro Código de comercio, a fuerza de querer ser liberal, terminó siendo inhibicionista, juzgando suficiente diecinueve artículos para regular la complejísima materia de la sociedad anónima (arts. 151-169). La escasez de preceptos coactivos demuestra, por otra parte, que nuestro Código de comercio olvida la diferencia entre la reglamentación positiva de las sociedades de responsabilidad ilimitada —en las que los socios pueden ordenar con mayor libertad sus recíprocos derechos y obligaciones— y la reglamentación coactiva de las sociedades en que la responsabilidad está limitada y en las que no puede haber distinción entre las relaciones internas y externas de la sociedad, quedando toda la esfera vital de ésta sometida a normas imperativas que impidan a los socios ordenar sus derechos y obligaciones de modo que pueda quedar reducida la garantía que los terceros tienen en el patrimonio social” (30).

La explicación es exacta. En el sistema precedente de la autorización generativa tenía justificación el hecho de que los textos legales se limitasen a ofrecer la regulación básica y elemental de la sociedad anónima, omitiendo todo detalle en cuanto a la normación de aspectos y situaciones concretas de la misma. Es lo que ocurría en el *Code de Commerce* francés de 1807, que se limitaba a establecer en su artículo 31 que la sociedad sería administrada por mandatarios cuya responsabilidad establecía el artículo 32, y era lo que sucedía también en los restantes ordenamientos comerciales de Europa y en el Código español de 1829; situación que no implicaba ninguna anomalía porque existía la necesidad de que la autoridad aprobase los estatutos de la sociedad y en tales estatutos se debía incluir, entre otros aspectos, lo relativo a la organización y los mismos, por evidentes razones pragmáticas y de conveniencia, solían reproducir las cláusulas establecidas por el Consejo de Estado (31), con lo que, en definitiva, lo que se

(30) GARRIGUES, *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 339.

(31) ESCARRA, *Les sociétés...*, IV, *op. cit.*, París, 1959, p. 4.

hacia era sustituir la reglamentación legal por la reglamentación administrativa de la sociedad anónima.

Pero el signo de los nuevos tiempos va a dejar su impronta no sólo en el campo, relativamente formal, de libertad o no en cuanto a la constitución de las compañías, sino en el más hondo y sociológicamente más importante de las relaciones de poder en el seno de las mismas, de su real y efectiva estructuración y de la primacía y gradación de sus órganos. Como antes se advirtió, la irrupción de las sociedades por acciones en el tráfico privado, hecho que tiene lugar en el siglo XVIII, supuso una clara tendencia a restringir los poderes de los Consejos administradores en favor de una mayor influencia de la Junta General de accionistas, circunstancia que si bien no supuso, de momento, la desaparición del marcado carácter aristocrático y oligárquico de las grandes compañías, anunciaba un incipiente proceso de democratización que no ha dejado de ser observado por los más agudos mercantilistas.

Pues bien, en el siglo XIX ese proceso de democratización cobra nuevo empuje y vigor al calor de las nuevas ideas políticas. El hecho político que todo lo preside, la nueva manera de concebir el Estado y los entes públicos, la lucha social en pro de una mayor igualdad entre los distintos estratos y la presión indetenible de sectores que hasta entonces habían observado una actitud meramente pasiva se va a reflejar en la estructura de un ente, como la sociedad anónima, que es de manera extraordinaria sensible al entorno socio-político y que en buena medida constituye un reflejo del mismo, ya que por su través se persiguen y alcanzan los objetivos económicos de aquél. Con una peculiaridad adicional, consistente en que el influjo es en cierto modo dual y recíproco, porque si la organización de la sociedad anónima se modela bajo la influencia de la nueva estructura del Estado, ésta se obtiene, a su vez y en gran medida, recurriendo a categorías, principios e instituciones traídos del Derecho privado en general y del campo asociativo en particular. Basta recordar en tal sentido la importancia en la conformación del Estado demo-liberal del "contrato social" de ROUSSEAU y de la figura del *trust* utilizada por LOCKE para legitimar el poder político, hechos que llevan a RUBIO a constatar que la tajante distinción del plano sociológico y del plano jurídico hace del Estado una corporación más, sujeto de derecho equiparable a las restantes corporaciones de la vida jurídica, aspecto que culmina en la teoría del Estado liberal de GERBER, LABAND y JELLINEK (32).

Ahora, de los dos órganos normales en toda sociedad (la Junta General y el Consejo), en el plano teórico al menos, la Junta General, como asamblea de todos los accionistas, se coloca en situación descolante, como "órgano primario" en el que reside la soberanía y por cuyo través los socios ejercitan sus derechos; ella elige al "órgano secundario" de gobierno constituido por el Consejo de Administración,

(32) RUBIO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 16.

cuyos miembros son simples mandatarios esencialmente revocables. Esta situación se enmarca en unos estatutos que vienen a ser, *servata distantia*, una suerte de "constitución política" y se desarrolla concediendo a los miembros de la sociedad un *status* a similitud de la ciudadanía y reconociendo a los mismos un conjunto de "derechos individuales".

La semejanza con el Estado liberal y parlamentario es evidente: la Junta nombra y derriba Consejos a la manera que se eligen y caen los Gobiernos parlamentarios. La Junta recibe las explicaciones de sus mandatarios, aprueba o rechaza las cuentas, examina los balances, ordena el reparto de los beneficios e impone su voluntad a los administradores en cualquier acto de gestión; además, en cuanto funcione como Junta extraordinaria, puede modificar los estatutos, esto es, la "constitución política".

Se intenta, pues, la democratización de la sociedad anónima, pero una cosa eran los propósitos y Derecho legislado y otra la realidad o Derecho vivo. En el sistema de autorización gubernativa, todo lo relativo a la regulación de la Junta General, derecho de voto de los accionistas y nombramiento de los administradores, estaba carente de adecuación normativa, por lo que había de ser previsto en los estatutos, y en éstos, no obstante la preceptiva autorización pública, era frecuente, si no constante, la inclusión de cláusulas y mecanismos discriminatorios y oligárquicos, tal como ha hecho notar WIETHÖLTER (33).

Lo cierto es que la realidad nos muestra a unas sociedades anónimas regidas a través de las manipulaciones, en cuanto al ejercicio del derecho de voto, por un número restringido de socios que integrados en Consejo detentan la plenitud efectiva de poderes: nombran, vigilan, controlan y revocan a los administradores y directores encargados de la gestión social, imparten instrucciones y aprueban los actos más importantes para la vida de la sociedad, e incluso, en algún país, como Alemania, se permite designar un *Aufsichtsrat* o Consejo de Vigilancia que ostenta el poder supremo dentro de la sociedad.

El paso del sistema de autorización gubernativa al de disposiciones normativas, dentro de las mismas coordenadas socio-políticas y de la constatación de las deficiencias observadas en la realidad, va a llevar al legislador a insistir y profundizar en su intento de modelar las sociedades anónimas como un ente democrático. En consecuencia, en las nuevas Leyes y Códigos mercantiles (a partir de la Ley francesa de 1867) la Junta General sigue apareciendo como el órgano soberano de la sociedad, y se intenta garantizar su posición rectora ampliando el abanico de sus atribuciones y regulando el ejercicio del derecho de voto mediante la adecuada traslación del principio político del sufragio universal; los administradores se conciben como mandatarios que, organizados en Consejo, llevan a la práctica las decisiones de la Junta y

(33) WIETHÖLTER, *Interessen...*, op. cit., p. 74.

realizan por sí y por otros, cuya actuación controlan y vigilan, la gestión normal y diaria de la sociedad; suelen, incluso, los ordenamientos mercantiles del momento prever la existencia de un tercer órgano, como órgano de control, que o bien vigila la actividad de gestión en general, como ocurre con el *Aufsichtsrat* alemán o bien reduce su inspección al sector contable de la sociedad, cual sucede con los Comisarios o Censores de Cuentas de las legislaciones latinas.

Se trata, en suma, y en consonancia con la mentalidad de la época, de concentrar el poder supremo dentro de la sociedad en la Junta General en base al criterio de la democracia capitalista de que el poder emana del capital poseído (propiedad-poder) y es ajeno a toda circunstancia de tipo personal, algo que llevaría a exclamar sarcásticamente a BOUCART que las Junta Generales en las anónimas están constituidas por sacos de dinero que deliberan. “Pero, una vez más —escribe RODRÍGUEZ ARTIGAS—, la idea no pasó de ser una utopía al manifestarse la Junta incapaz de desarrollar el poder que las Leyes la conferían, en razón de los múltiples defectos que adolecía. La ya vieja distinción entre dos grandes grupos de socios (socios obligacionistas y socios interesados) subsiste y se ve reforzada por la participación de los Bancos a través de los depósitos de acciones. Ello dio lugar en la práctica a una inversión de la jerarquía social, trasladándose el poder al Consejo y a la Dirección —a la Administración, en suma— que estaba en manos, en razón de su activa participación en las Juntas, del grupo de accionistas interesados, incluidos en él las instituciones bancarias” (34).

Y así las cosas, llegamos al siglo xx, en el que muchas de las ideas rectoras del precedente entran en crisis y se produce su reacomodo y aun desaparición. En general, se observa una sostenida tendencia en pro de recortar los poderes de la Junta a favor del órgano de administración; es decir, se pone fin al viejo y nunca cumplido sueño democrático en la sociedad anónima y en su lugar, con unas u otras variantes, se instaura el denominado *Führerprinzip*, cuyo nombre indica que el factor de influencia en este campo se ha desplazado de Francia a Alemania y que encuentra su más acabada formulación en la Ley alemana de 1937, según la cual el *Vorstand* u órgano administrativo dirige la sociedad bajo su responsabilidad y la representa con un poder ilimitado.

El fenómeno es mundial y se manifiesta igual en Europa que en América en una clara tendencia a poner límites a la voluntad de las mayorías, tras haberse observado que las viejas concepciones democráticas habían conducido de hecho a situaciones oligárquicas, que ahora se tratarán de combatir mediante la concepción del interés de la “empresa en sí”, que si, por un lado, amplía y refuerza los poderes de los administradores, al darles una plataforma de apoyo suficientemente elástica y ambigua, por el otro, va a suponer una facultad de ingerencia y control, real y efectiva, del socio que realmente se preocupe por

(34) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., pp. 65-66.

la marcha de la sociedad. Retorno, pues, en buena medida y tras la fallida experimentación anterior, a la concepción aristocrática de la sociedad anónima, con primacía de los grandes accionistas que ostentan la administración social y restricción de derechos al pequeño accionista, pero en unas coordenadas políticas en que el Estado ha dejado ya de ser neutral y reivindica la dirección y responsabilidad de la vida económica, por lo que, desde otro ángulo, la sociedad anónima, la gran sociedad anónima en particular, va perdiendo acentuadamente su viejo cuño de entidad privada de lucro para conformarse de manera progresiva en un órgano más de la economía nacional, lo cual supone de manera fatal e irreversible la creciente socialización de la sociedad por acciones en nuestros días. "Así —señala POLO—, mientras en el orden interno de la sociedad anónima, más por exigencias de orden económico que político, se acentúa cada vez más la tendencia hacia un retorno a su inicial configuración aristocrática y oligárquica, frente al exterior y en sus relaciones con el Estado la sociedad va perdiendo nuevamente su significación jurídico-privada, al ofrecerse como la forma de organización más apta para la gran empresa y para la atracción y canalización del ahorro público, hasta convertirse en órgano de la economía nacional" (35).

Bajo estas influencias y tensiones el presente siglo va conociendo la promulgación de una serie de leyes especiales sobre sociedades anónimas que intentan plasmar la nueva concepción y el nuevo papel que se reserva a las mismas. Así, Suiza en 1936, Italia en 1942, Inglaterra en 1948, Alemania en 1937 y 1965, Francia en 1940, 1943 y 1966, etc., van incorporando a sus ordenamientos una regulación de la sociedad anónima que refleja con relativa claridad el peculiar campo conflictivo en que la misma se desarrolla actualmente.

En España, desde comienzos del siglo, se advierte en la opinión ilustrada un claro rechazo al sistema de inhibición instaurado por el Código de 1885 y el anhelo de su reforma. Surge así, preparado por la Comisión de Codificación, el Proyecto de Reforma de 19 de agosto de 1926, que aspira a llenar los vacíos del Código de Comercio y a someter a las sociedades anónimas en su organización y funcionamiento "a las reglas que con carácter preceptivo y obligatorio se establecen" (como reza su Exposición de Motivos). El Proyecto fracasó porque el ambiente no estaba suficientemente preparado y porque determinados grupos bancarios, que veían en el mismo un potencial peligro, lo combatieron sin cuartel.

Tras la guerra, el Gobierno encomienda al Instituto de Estudios Políticos la redacción de un Anteproyecto de Reforma que se publica en 1947, se somete a información pública en 1949, es aprobado por las Cortes en el Pleno de 14 de julio de 1951 y aparece en el "Boletín Oficial del Estado" el 17 del mismo mes y año: Se trata de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de

(35) POLO, *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona, 1965, p. 32.

1951, en vigor desde el 1.º de enero de 1952, que, como dice GARRIGUES, en un "estilo claro, preciso y directo, evita, en lo posible, las autocitas, intentando ofrecer en toda su pureza la figura clásica de la sociedad anónima en un sistema cerrado y armónico, que cubra los vacíos de la legislación anterior" (36).

Los redactores del Anteproyecto tuvieron clara visión del particular momento histórico que se atravesaba y de los cambios operados en el campo de las sociedades anónimas. En el Estudio Preliminar del Anteproyecto se pueden leer señalamientos y juicios tan interesantes como los que a continuación se transcriben: "Fracasado el principio democrático puro, tampoco podía ser sustituido enteramente por el principio opuesto, que pone en manos de una sola persona la dirección de la empresa: El legislador liberal se había dejado llevar con exceso por la influencia del régimen parlamentario, elevando la junta general de los socios a la categoría de órgano supremo, del cual no solamente dependen los restantes órganos, sino que depende también la vida misma de la sociedad... Pero el capital que los accionistas aportan no debe serlo todo ni puede dejar de ser un instrumento esencial en este tipo de empresa. No puede serlo por sí solo porque, en primer término, el capital ha de ser administrado por alguien, y en segundo lugar, porque lo que da valor a las aportaciones de capital es justamente la organización colectiva, sin la cual nada representaría... La sociedad anónima no es un conglomerado informe de elementos materiales y espirituales (hombres, interés, acciones, máquinas, etc.), sino que es un organismo regido por una idea que vivifica aquel conjunto y lo transforma de simple conglomerado en empresa viva. De ahí se desprende que el capital ha de subordinarse a la organización; el dinero a la idea organizadora. Y a esta razón de ética y de economía se une el hecho de la experiencia, que demuestra no ser posible el funcionamiento de una sociedad anónima en la que el capital, representado en la junta de accionistas, pretenda llevar la gestión o inmiscuirse constantemente en ella. A la idea del capital se sobrepone la de la corporación. La solución prudente, por tanto, consiste en contrapesar los poderes de la dirección y el poder de la junta general, reduciendo considerablemente la competencia de ésta y excluyendo de tal competencia todos los asuntos propios de la gestión ordinaria social".

Supo captar, pues, el proyectista español la nueva conformación que al ente societario exigían las cambiantes circunstancias político-sociales; supo diagnosticar con certeza los males que aquejaban a la vieja estructura de la sociedad anónima, y supo adivinar y apuntar los derroteros por donde ha de moverse la compañía por acciones y en tal dirección enrumbo la normativa legal.

Después de este obligado repaso histórico, preciso para fijar los hitos y para contrastar los cambios, estamos ya en condiciones de afrontar el estudio de las fuerzas que inciden sobre el régimen de la sociedad anónima y sobre las transformaciones estructurales que la misma

(36) GARRIGUES, *Curso...*, I, *op. cit.*, p. 341.

está experimentando, particularmente en el campo de la administración social, y sobre el influjo de los factores económicos y empresariales.

3. LOS NUEVOS HECHOS Y LA CONFORMACION CONCEPTUAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA

En 1933, el maestro GARRIGUES publicaba un sustancioso librito (37) en el que hacía mención de una serie de circunstancias que estaban provocando en forma creciente e indetenible en el campo de las sociedades anónimas el divorcio entre la esfera del ser (hechos) y la esfera del deber ser (Derecho), produciendo la contraposición y antinomia de lo que él, recordando las expresiones de WALTER RATHENAU, denominaba "Derecho de acciones legislado" y "Derecho de acciones vivo".

Estos nuevos hecho "revolucionarios" ya los conocemos y a ellos nos hemos referido sucintamente al final del apartado anterior. Trátase de la sustitución en la práctica del principio democrático de la proporcionalidad entre la aportación de capital y los derechos en la sociedad, por un régimen de desigualdad que comienza en los derechos patrimoniales mediante la creación de las acciones de preferencia y termina en los derechos de cooperación social mediante la creación de las acciones de voto múltiple; de la quiebra del principio liberal y democrático en los nuevos hechos del Derecho vivo de las sociedades anónimas; de la penetración del Estado no sólo en las empresas concesionarias de obras públicas, sino en todas las sociedades anónimas, y no ya para proteger los derechos privados de los accionistas como punto de transacción entre el liberalismo y el intervencionismo, sino para incorporar la sociedad por acciones al organismo total en la economía pública (estatificación o socialización de la sociedad anónima); de la tendencia de la sociedad anónima, cuando ha alcanzado cierta duración e importancia económica, a aproximarse más al estatuto de una corporación jurídica pública que al de una empresa privada, por lo que las grandes empresas tienden a socializarse por sí mismas y en tal desarrollo llega un momento en que los accionistas están completamente desligados de la administración; de la separación cada día más firme entre la propiedad del capital y la gestión de la sociedad; de que el accionista deviene poco a poco obligacionista y la dirección de la empresa se convierte en fiduciaria no sólo respecto del capital que se le confía, sino también de los otros sectores de personas participantes en el proceso de la producción, especialmente de los trabajadores y de los consumidores, etc. (38).

Pues bien, ¿tiene algo de raro que, bajo el influjo de esta formidable presión, de este alud de acontecimientos transformadores, se ha-

(37) GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1933.

(38) *Ibid*, pp. 28 y ss.

yan resentido también las bases conceptuales de que se sirven los ordenamientos vigentes a la hora de formular jurídicamente las sociedades anónimas? Desde luego que no; antes bien, lo realmente raro e increíble habría sido que a semejante "revolución" fáctica no siguiese un paralelo cataclismo teórico y conceptual.

En sus comienzos, la sociedad anónima se enfoca casi exclusivamente desde el ángulo contractual, una simple variante del llamado contrato de compañía, que es aquel, según el artículo 116 de nuestro Código de Comercio, "por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industrias o alguna de estas cosas, para obtener lucro". Ha nacido, señalará la doctrina, del antiguo contrato de sociedad, por el juego de unas cláusulas que autorizan la cesión de las partes sociales y la limitación de la responsabilidad; regida por el principio de la autonomía de la voluntad, los accionistas no son sino "contratantes que son dueños de sus estipulaciones" (39).

El recurso se reveló pronto insuficiente porque la concepción contractual de la sociedad anónima no servía para explicar de manera satisfactoria las peculiaridades que la figura presentaba, tales como la pérdida creciente y aun la desaparición de la *affectio societatis*, esencial al contrato de sociedad, entre los accionistas y la acentuada y siempre en aumento separación y diferenciación entre la personalidad del ente societario y la personalidad individual de los socios. Como escribe IGLESIAS PRADA, la sociedad anónima había llegado a ser en la realidad algo que no podía circunscribirse bajo la figura de un contrato con más o menos especialidades y con una convergencia de intereses, por lo que la doctrina emprendería otros caminos en busca de una explicación más adecuada del fenómeno (40).

La afirmación y admisión de que por encima de los intereses particulares de los socios existe un interés social superior, que aparece como general y permanente, había de influir por necesidad en la conformación jurídica de la figura, propiciando, bajo el influjo de la dogmática *iublicista*, la denominada concepción institucional de la sociedad anónima. La sociedad por acciones es una institución por la que mediante el engarce y coordinación de distintos elementos se persigue y alcanza un fin común de interés colectivo; el contrato puede generar la sociedad, pero, surgida ésta, estamos ante una institución en la que lo determinante no es la mera concurrencia y yuxtaposición de los intereses individuales de los socios, sino la presencia de un interés social superior que va a condicionar y presidir la marcha general de la sociedad.

Aunque surgida en Francia, al calor de la doctrina publicista gala, la teoría cobró pronto vigor y difusión en otros países, sobre todo después que supo aprovechar la idea de GIERKE sobre la organización corporativa. Se habla de organización corporativa cuando el grupo es constituido por la ley en asambleas y los miembros concurren a la

(39) RIPERT, *Aspectos...*, op. cit., p. 92.

(40) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., p. 33.

formación de la voluntad del grupo según las reglas del método colegial (41); pues bien, sobre esta base, la sociedad anónima se concibe como una institución-corporación o asamblea de elementos diversos, a menudo jerarquizados y siempre ordenados a la obtención de un fin común de interés colectivo. HAURIUO apreciará en los accionistas la misma condición jurídica que la de los órganos de una administración pública o que la de los ciudadanos de un Estado. Lo cierto es que la concepción institucional de la sociedad anónima resultó acogida por un vasto sector de las doctrinas gala y germánica y llegó a inspirar directamente la redacción del artículo 70 de la Ley alemana de sociedades por acciones de 1937.

La tesis ha sido combatida de manera particular por la doctrina italiana desde los ángulos de la esfera de intereses comprendidos en la noción de interés social y de las formas de organización interna de la sociedad. Bajo el primer aspecto se ha observado que la construcción conduce a una irreal armonización de los conflictos de intereses existentes en el interior y en el exterior del conjunto social (se trata, dirá MIGNOLI, de una visión idílica de la sociedad, en la que los intereses del empresario, de los trabajadores y de los terceros se funden en una superior armonía, con soluciones, sobre el plano político, de solidaridad corporativa). Bajo el segundo, se atribuye a la teoría institucional un reforzamiento de las posiciones de poder, en cuanto tiende a superar toda valoración de los conflictos de intereses en la sociedad y a identificar el interés de la empresa con aquel perseguido por el órgano directivo, poniendo así a los accionistas en una posición de subordinación respecto a los grupos de mando. De este modo esta teoría termina por legitimar la situación de hecho existente en las grandes sociedades anónimas, en las cuales el control se ejercita por unos pocos accionistas, constituidos en grupo de mando, e impide una satisfactoria solución del problema de la relación entre poder de gestión y propiedad de los medios de producción (42).

De todas maneras, los propios autores franceses han advertido que la noción de institución, profundamente analizada desde el punto de vista sociológico, no ha sido estudiada de manera suficiente desde el ángulo jurídico y, además, su empleo indiscriminado tiende a producir confusión entre sociedad y empresa (43).

El progresivo desmantelamiento y abandono de la concepción institucionalista de la sociedad anónima ha propiciado la aparición de otras teorías que tratan de encuadrar jurídicamente dichas variedades societarias; particular relieve ha adquirido en nuestros días aquella que ve en la sociedad "la organización jurídica de la empresa". Nacida

(41) GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, en *Rivista di diritto civile*, 1965, p. 620; y *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, en *Rivista di diritto civile*, 1964, I, pp. 205 y ss.

(42) POLO, *Ante una nueva reforma...*, *op. cit.*, p. 39.

(43) RENARD, *La théorie de l'institution*, París, 1930, p. 224; DESPAX, *L'entreprise et le droit*, París, 1956, p. 367, etc.

al calor de los trabajos de PAILLUSEAU y TROCHU (44) la nueva tesis sostiene que frente a la concepción tradicional que ve en la sociedad la personificación de una agrupación de personas, la realidad nos muestra que aquélla no es sino una técnica jurídica de organización de la empresa.

La empresa es una organización que agrupa diferentes factores, humanos y materiales, y tiene por objeto la producción y distribución de bienes y servicios; en ella encontramos tres elementos importantes: el capital, el trabajo y aquellos que dirigen y gobiernan. Pues bien, la sociedad se nos presenta sobre todo como la organización jurídica de la empresa o como el conjunto de técnicas que organizan una parte de los aspectos especiales de la empresa sobre el plano jurídico, ella no es la única organización posible, pero es la más perfeccionada; por su través, la empresa se transforma de organismo económico en organismo jurídico. La sociedad es la técnica que permite la acumulación del potencial económico necesario a la empresa, es la técnica que posibilita el gobierno de la misma, organiza los derecho de las personas que han aportado o prestado los capitales a ella y permite la concentración de las empresas: la empresa, en tanto que organismo económico, encuentra así la estructura jurídica necesaria a su afirmación, expresión y desarrollo.

Para satisfacer las exigencias económicas de las empresas, los mecanismos jurídicos se van transformando paulatinamente a través de una evolución que presenta dos características importantes: a) La sustitución progresiva de la agrupación de personas asociadas por la empresa como objeto de la organización realizada por el Derecho de sociedades, y b) La sustitución continua de los asociados por el legislador para organizar la sociedad en forma tal que una organización de origen legal ha reemplazado poco a poco a una organización de origen convencional. El aspecto más resaltante de esta evolución se muestra en el campo de la organización del poder en la sociedad, el cual aparece estructurado en razón de la actividad particular de la empresa, en virtud de que nace de la necesidad de acometer y proseguir esta actividad, la cual constituye a la vez su razón de ser y su límite.

Después de una larga evolución, los imperativos económicos se han impuesto netamente. La organización del poder en la sociedad ya no aparece basado en la necesidad de permitir la expresión y la representación de una colectividad de asociados, sino sobre la necesidad de gobernar la empresa en adecuación a los imperativos económicos. En consecuencia, nuevas nociones se van imponiendo como elementos fundamentales, tales como la del objeto social, cuya realización exige que todos los poderes precisos al respecto sean atribuidos a los órganos de gobierno de la sociedad, la del interés social, cuya satisfacción es la línea de conducta que se deben imponer los dirigentes de la sociedad

(44) PAILLUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, París, 1967; Trochu, *L'entreprise: Antagonisme ou collaboration du capital et du travail*, en *Revue trimestrielle du Droit commercial*, 1969, pp. 697 y ss.

en el ejercicio de sus poderes, y, finalmente, la del lazo estrecho que debe darse entre los poderes de los directores de la sociedad y su responsabilidad civil y penal, responsabilidad que constituye para terceros y accionistas la garantía de que los administradores ejercerán sus poderes en conformidad al interés social.

Sobre estas bases, resulta cónsono que los propugnadores de la nueva teoría rechacen la concepción tradicional de que al igual que el empresario individual es propietario de su empresa y por este título la gobierna, la sociedad es propietaria de los bienes de la empresa y la dirige como empresario colectivo. Esta manera de ver la sociedad procede de una cierta concepción de la personalidad moral y resulta igualmente en Derecho comercial del hecho de que sean analizadas de la misma manera la empresa explotada por una persona física y la dirigida bajo la forma de sociedad. Frente a esta tesis y al calor de una solución de la sociedad que pone al descubierto su verdadera naturaleza, se considera que la sociedad es la técnica jurídica destinada a proporcionar a la empresa una existencia y una organización sobre el plano jurídico. En lugar de considerar la sociedad como un empresario, esto es, como un propietario que explota una empresa bajo el mismo título que una persona física (cuando, como ha dicho RIPERT, el Derecho civil no conoce al empresario sino al propietario), se estima que la sociedad es un conjunto de reglas jurídicas, técnicas y mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución, de un organismo económico: la empresa (PAILLUSSEAU). (45).

A poco que se observe se constatará que la construcción que se comenta tiende en el fondo a personificar la empresa y se enlaza con las concepciones modernas que niegan o discuten la atribución de personalidad jurídica a la sociedad anónima, ya que, como es sabido, un importante sector doctrinario actual considera carente totalmente de sentido el concepto de persona jurídica que se atribuye a la sociedad anónima o pone en entredicho el significado que se asigna al mismo, y reclama la superación o el levantamiento del velo de la personalidad, operaciones que conducen de manera inexorable a la personalidad física y patrimonios individuales que permanecen tras la sociedad (46).

No es este el lugar adecuado para adentrarnos en semejantes disquisiciones, pero sí cabe al menos significar que, concebida la persona jurídica como un simple sistema de unificación y concentración de relaciones, el atribuir la personalidad a las sociedades anónimas no im-

(45) PAILLUSSEAU, *La société...*, op. cit., pp. 4 y ss.

(46) VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, Milano, 1964; ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967; PAVONNE LA ROSA, *Personalità giuridica e tecniche interpretative*, en *Rivista delle società*, 1969, V, pp. 825 y ss.; DE CASTRO, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 1397 y ss., y *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en *Estudios del Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. 3.^a, I, Madrid, 1964, pp. 11 y ss., etc.

plica trastornar su auténtico concepto, sino tan sólo hacer uso de algunas de las posibilidades que brinda su indiscutible elasticidad. Aparte de que continúa existiendo el hecho de que la mayoría de los ordenamientos atribuyen personalidad jurídica a la sociedad anónima y basan en la misma la estructura y el sistema de responsabilidades operantes en el ente social; hecho que no cabe desconocer ni marginar en base a disquisiciones meramente conceptuales. Como advierte IGLESIAS PRADA, la consideración de la sociedad anónima como una técnica de organización de la empresa, además de un estimable intento de aportar una nueva vía en la búsqueda de formas jurídicas de titularidad empresarial, es útil para explicar la evolución a que continuamos asistiendo, pero no explica suficientemente la realidad de muchos ordenamientos vigentes inspirados en el dogma de la personalidad jurídica (47).

Pero hay otro aspecto que debe observarse: Si se atribuye a la empresa la condición de persona jurídica habrá que mantener esta concepción no sólo cuando estemos frente a una sociedad anónima, sino también cuando nos hallemos frente a un empresario individual, y, en tal caso, ¿dónde se sitúa la innegable personalidad jurídica de este último? El símil del empresario individual y el empresario social colectivo, con todos los inconvenientes e inexactitudes que pueda comprender, resulta más lógico, consecuente y armónico que atribuir personalidad jurídica a la empresa cuando la regente una sociedad y negársela cuando a su frente se halle una persona física. Sin duda que la empresa en cuanto actividad económica organizada u organismo económico, dada la peculiaridad de su conformación y estructura, tendrá que ser siempre una y esencialmente la misma, so pena de destruir la categoría, tanto cuando se halle vinculada a una persona natural como cuando lo esté a una sociedad, pero resulta que de aceptarse la construcción expuesta su contextura y papel a jugar cambian por completo en uno y otro supuesto, ya que en el primero vendrá a ser, en definitiva, punto de referencia y objeto de una titularidad, mientras que en el segundo devendrá, aunque no se afirme explícitamente, sujeto de esa titularidad, situación paradójica que no encuentra explicación en el simple y anodino, desde el punto de vista jurídico, hecho de que el empresario sea individual o social y conduce, como antes se apuntaba, a tener que escindir el concepto de empresa en uno y otro supuesto, ya que lo que es igual no puede asumir tan disímiles y aun contrapuestos papeles.

Aparte de que la doctrina señalada, para afirmar que la sociedad anónima es tan sólo una técnica de organización de la empresa, parte del hecho gratuito e indemostrable de que la misma no es persona jurídica, tesis que, además de hallarse en colisión con la mayoría de las legislaciones vigentes, espera todavía una adecuada comprobación doctrinal y sigue siendo minoritaria y anómala entre los más destacados mercantilistas.

Concebida la persona jurídica al modo que lo hace FERRARA, como ente ideal que sirve como forma jurídica de unificación y concentración

(47) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., p. 36.

de derechos, obligaciones y facultades para la posible obtención de fines humanos (48), parece que no surgen problemas para atribuir la personalidad jurídica a las sociedades anónimas, porque es indudable que en las mismas se dan estas notas caracterizadoras de las personas morales que el ilustre jurista italiano subraya, ya que, como advierte RUBIO, la personalidad jurídica cuando se trata de organizaciones con fin lucrativo nacidas de un "contrato" de sociedad, no es otra cosa sino una manera de designar un tratamiento jurídico más o menos unitario a través del cual el ordenamiento ha estimado preferible disciplinar las relaciones jurídicas (determinadas relaciones jurídicas) de las personas físicas que le sirven de soporte humano (49). Trátase, en suma, de una facilidad legal, de un mecanismo jurídico, previsto para la más fácil y cónsona realización de determinadas finalidades que se juzgan deseable, que puede tener cumplida elaboración conceptual sin atentar contra la adecuada conformación de la idea del sujeto de derecho, centrada, y así debe continuar, en la persona física.

Otra cosa es, y a ello se debe en buena medida los fuertes ataques formulados por los detractores, que en el campo de la sociedad anónima como en ningún otro se hayan cometido abusos y fraudes, a través de la constitución de compañías con un solo hombre (*one man company*), o para disminuir la garantía patrimonial propia frente a los acreedores, o para permitir el incumplimiento de un contrato que personalmente nos vincula. Pero, en tales casos, se trata de anomalías a corregir, que resultan posibles, según señala GARRIGUES, gracias al carácter instrumental que tiene la atribución de la personalidad jurídica, como aparato técnico ofrecido por la ley para el logro de finalidades lícitas que los individuos por sí solos no podrían conseguir (50); pero por el simple hecho de constatar unas deformaciones o una utilización incorrecta no cabe prescindir de una concepción, cual la de la atribución de la personalidad jurídica a las sociedades anónimas, que funciona con rectitud en la mayoría determinante de supuestos y que se ha revelado prácticamente como fórmula útil, conveniente y real.

Además, las apuntadas anomalías pueden encontrar tratamiento adecuado a objeto de eliminar o neutralizar sus más perniciosas consecuencias sin necesidad de marginar la noción de persona jurídica, pues ello equivaldría a vencer la enfermedad matando al enfermo. Así, para el supuesto de accionista único, el artículo 2.362 del *Codice civile* dispone que "en caso de insolvencia de la sociedad por las obligaciones sociales surgidas en el período en que las acciones resultan haber pertenecido a una sola persona, ésta responde ilimitadamente"; y para aquellos otros en que bajo la apariencia de la persona jurídica se trata en realidad de burlar la ley, las obligaciones contraídas o perjudicar dolosamente a terceros, aunque la norma legal suele permanecer silenciosa,

(48) FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1956, p. 39.

(49) RUBIO, *Curso...*, op. cit., p. 134.

(50) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho mercantil*, Madrid, 1971, página 168.

ha sido la jurisprudencia, en particular la alemana y la norteamericana, la que ha arbitrado soluciones al respecto: han surgido de esta manera las fórmulas de “desconocimiento de la entidad legal” y de “alzamiento del velo de la personalidad jurídica”, por cuyo través se persigue la postergación y apartamiento de la persona jurídica a objeto de, penetrando hacia el interior, encontrar e identificar las personas físicas que se ocultan tras la cortina de la sociedad. Cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, nos dice en tal sentido SERICK, el juez podrá prescindir de ella y, en consecuencia, de la radical separación entre la sociedad y los socios.

Quizá, en realidad, la circunstancia desencadenante del proceso de revisión y cambio de las bases conceptuales de la sociedad anónima se deba, como tantas veces ha apuntado el maestro GARRIGUES, a la confusión entre empresa y sociedad anónima, que, originada en el campo económico, ha alcanzado ya al jurídico, hasta el punto de que en la actualidad, consciente o inconscientemente, se intente la reforma de la empresa a través de una reforma subrepticia de la sociedad anónima, “que en España sólo ha conseguido adulterar la tradicional estructura capitalista de este tipo social sin avanzar ni un paso en la reforma de la empresa”.

La sociedad anónima es la forma de una corporación jurídica en la que lo decisivo, a diferencia de la empresa que constituye una comunidad de trabajo, es el capital: es un capital con personalidad jurídica. La empresa es un organismo económico, un conjunto de actividades que se vierten sobre cosas y derechos. La sociedad es un organismo jurídico, un mecanismo colector de capitales, formado exclusivamente por capitalistas. La empresa está dominada por la idea de la actividad, mientras que la sociedad anónima está dominada por la idea contraria, ya que los asociados no trabajan en la consecución de los fines sociales, sino que hacen trabajar a otros. Los contratos en que se desenvuelve la explotación de la empresa no son contratos de la empresa, que no es sujeto jurídico, son contratos del empresario para la empresa (51). Por este sendero se mueve nuestro pensamiento. Creemos que lo correcto es deslindar con nitidez la sociedad de la empresa como entes dotados de diversa estructura, función y finalidad, por más que entre ellos exista relación y engarce. La sociedad anónima será titular de la empresa que explota, pero nunca la empresa misma, porque, aparte de que ello conduciría al absurdo de que al frente de toda empresa debe haber siempre una sociedad anónima, en todo caso será preciso distinguir, tal como luminosamente apunta la Exposición de Motivos de la vigente Ley española de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, entre “la empresa como organización económica, caracterizada por la comunidad de trabajo y la sociedad mercantil como persona jurídica titular de la empresa”.

Esto es lo que creemos. La sociedad anónima es una persona jurídica que ostenta la titularidad de la empresa, sin que bajo ningún aspec-

(51) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho...*, op. cit., pp. 301-302.

to, expresa o encubiertamente, quepa atribuir a esta última personalidad jurídica, que es lo que, en definitiva, sucede con las fórmulas, como la de PAILLUSSEAU, que ven en la sociedad anónima la organización jurídica de la empresa. Fórmulas que, amén de inexactas, resultan incompletas e incapaces de abordar la propia realidad que pretenden cobijar, ya que sus propios defensores admiten, por ejemplo, que semejante organización jurídica no comprende el campo del personal, por lo que el Derecho del Trabajo ha de acudir en ayuda del Derecho de Sociedades, anómala situación que, al reconocer que el elemento laboral está fuera de la sociedad anónima, lleva, con toda justeza, a preguntarse a GARRIGUES sobre ¿cómo es posible afirmar, en consecuencia, que aquélla sea la técnica jurídica de la organización de la empresa? (52).

Ahora bien, el hecho de que pensemos que debe conservarse la noción tradicional de la sociedad anónima como persona jurídica en el marco de las instituciones jurídico-privadas como forma de organización social de Derecho privado, no nos impide percatarnos de que la confusa situación conceptual de nuestros días sólo podrá superarse mediante el nacimiento de un Derecho unitario de la empresa que permita el tratamiento total y armónico del fenómeno empresarial en todas sus vertientes y facetas, algo que los juristas actuales no han acertado a formular en sus bases existenciales mínimas y precisas.

4. LA EVOLUCION EN LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Ya se ha apuntado anteriormente al hablar del desarrollo histórico de la sociedad anónima cómo se observa en la misma una clara tendencia a volver a su primogenia conformación, esto es, habiendo partido de una situación aristocrática con las compañías coloniales, tras el proceso de democratización intentado en los siglos XVIII y XIX, la sociedad anónima retorna nuevamente a una configuración oligárquica. Se ha producido la que VISENTINI denomina la mutación cualitativa del tipo de accionista, porque con el gran fraccionamiento del accionariado, el accionista no participa ya en la gestión de la sociedad (53).

La gestión y control de la sociedad a través de la Junta general, panacea de la concepción societaria democrática, ha fracasado porque este organismo se ha revelado inoperante e incapaz de asumir tales poderes y responsabilidades. La estampa democrática, que se traducía en la concesión de derechos para que los ejerciten los accionistas, es opuesta a la realidad de la vida social, por la sencilla razón de que los accionistas favorecidos se desentienden de la marcha de la sociedad. La Junta de accionistas es una comedia bien representada, pero que goza

(52) GARRIGUES, *Sociedad anónima y reforma de la empresa*, La Coruña, 1969, p. 12.

(53) VISENTINI, *Evoluzione e problemi della società per azioni e lineeamenti generali della riforma*, en *Rivista delle società*, 1967, I-II, p. 16.

de escaso público. Las propuestas de los Consejos de Administración se aprueban sin debate y por aclamación que excusa la votación; no se lee la Memoria, ni el Balance, no se interesa nadie por las Cuentas (54). Las grandes sociedades se han vuelto multitudinarias (la *General Motors*, en Estados Unidos tiene más de 1.500.000 accionistas y en España la Compañía Telefónica pasa de los 500.000), miles y miles de socios que no es pensable puedan reunirse en alguna ocasión. Además, entre esa marea de accionistas preponderan los pequeños poseedores que ni están interesados en seguir la marcha de la gestión social ni están en condiciones de enfrentar las dificultades de todo tipo que plantea en la actualidad la administración de las empresas. Los derechos sociales en relación a la administración, el voto, la impugnación de las deliberaciones y demás les son indiferentes porque no tienen suficiente elementos de juicio, porque no están dispuestos a molestarse para ejercerlos y porque se percatan de que no existe posibilidad de ejercer una influencia efectiva, en cuanto en la gran y compleja organización empresarial moderna el poder no está ya en la Asamblea ni necesariamente en el Consejo de Administración, sino en algunos pocos administradores investidos de los cargos sociales y en los dirigentes mayores (55).

(54) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho...*, op. cit., p. 141.

(55) VISENTINI, *Evoluzione...*, loc. cit., pp. 16-17. Como precedente y aun anticipo curioso de esta situación cabe recordar, tal como hace Garrigues, un singular libro publicado en castellano en Amsterdam el año de 1688 y debido a la pluma de un judío portugués oriundo de Córdoba: José de la Vega. En este libro, intitulado *Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un philosopho agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo*, se formula la siguiente clasificación de los accionistas:

"Para mejor inteligencia deste assombro, deveis advertir que tratan en este negocio, tres clases de personas, unos como Príncipes, otros como Mercaderes, y los últimos como jugadores.

Los primeros viven como Príncipes de renta; gozando cada año la repartición de las acciones que tienen en su cuenta, ¡y dexadas por sus antecessores, o ya compradas con sus caudales: a estos importa poco que valgan más o menos, por juegos o por nuebas, por que como su intento no es venderlas, sino ir cogiendo el fruto, solo les sirve el valor mucho, de gusto imaginario, considerando (como es en realidad) que a querer venderlas, pueden sacar dellas tan gran precio.

Los segundos como Mercaderes, o compran una partida (Que son 500 libras), y mandandola transportar a su cuenta (por tener opinión de que valdrán más, mediante el retorno que se espera de la India, o paz que se logra en la Europa) buelven a venderla en valiendo más el effecto, con el acierto que les pintó la idea; o la compran con dinero de contado, y con el recelo de las novedades, o mudanzas, la buelven a vender en el propio instante a tiempo largo en que se usa dar más por ella) contentandose con el interés que les grangea el desembolso, sin querer contraponer el mayor avaroso al mayor peligro, sino ganar poco y ganar seguro, sin otro riesgo que el de las Ditas, o otro temor que el de las fatalidades.

Los terceros como jugadores han procurado hazerse terderos de sus aumentos inventando unas ruedas; en que han solicitado establecer las de sus Fortunas. O que terceros ¡ó que Orden! y ó que orden de vida,

Y es que, por otra parte, la mentalidad de la mayoría de las personas que adquieren participaciones en la sociedad anónima ha cambiado de manera profunda. No se trata ya de accionistas que aspiran a ser empresarios y a desarrollar una determinante actividad mercantil, sino *hailleurs de fonds* o ahorradores que tratan de dar rentable inversión a sus economías y que *a priori* se marginan de toda idea de participar de manera activa en la administración de la sociedad. A ello ha llevado la irrefrenable voracidad y ansia de dinero de las grandes compañías, que al no poder encontrar en sí mismas la financiación de su desarrollo y expansión tienen que recurrir al ahorro de los ciudadanos, convirtiéndose en una poderosa fuente de succión de capitales y provocando lo que se ha dado en llamarse en nuestros días *capitalismo popular*. El fenómeno es tan real y tan determinante que empieza ya a tener reflejo en los proyectos que se adelantan para la reforma de la sociedad anónima, una reforma que impone el cambio alucinante de las circunstancias y que deviene obsoleta al poco tiempo de consumarse (piénsese en la realizada por nuestra Ley de 1951); así, en el Proyecto de Reforma italiano de 1962 se han tenido en cuenta las diversas finalidades y exigencias de las distintas clases de accionistas, a objeto de distinguir entre los que acuden a la sociedad buscando una inversión para sus ahorros y los que se interesan en la marcha de la sociedad, negando a los primeros el derecho de voto, tendencia que ha cuajado ya en la Ley alemana de Sociedades de 1965 y en la reciente Ley italiana denominada "Disposiciones relativas al mercado mobiliario y al tratamiento fiscal de las acciones", de 7 de junio de 1974 (55 bis). Consecuencia de estos hechos es que en las grandes sociedades la mayoría del accionariado renuncia al ejercicio de los derechos que legalmente le correspondería y provoca un vacío de poder que se decanta naturalmente hacia la minoría interesada y activa, dando lugar a que, como ha reseñado AULETTA, el poder acabe concentrándose en una minoría inversamente proporcional al volumen de la sociedad (56).

La minoría gobierna con una apariencia democrática, recabando y obteniendo las delegaciones de voto de la mayoría inhibida, delegaciones prácticamente en blanco que le permitan votar con arreglo a su personal y libérrimo criterio. De lo que resulta que la Junta ha dejado de ser una Junta de socios para convertirse en una reunión de representantes de socios, con la anómala particularidad de que el representante no actúa ni siguiendo instrucciones de su representado, ni interpretando

han introducido estos terceros! No fue más intrincado el leberintho de Creta que el de sus designios, porque de aquel aun salió un Theseo con el hilo de Ariadna y deste hay muchos que no han podido salir sino con el hilo de la vida: no es más delicado un hilo que sus trazas, y no hay caballo por sutil que sea que no lo sepan cortar en el ayre con sus agudezas."

(55 bis) ALBORCH BATALLER, *Las acciones sin voto*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1974, pp. 645 y ss.

(56) AULETTA. *L'ordinamento della società per azioni*, en *Rivista delle società*, 1961, p. 8.

un criterio del que el representante carece, ni siquiera sintiéndose ligado a un deber de protección a los intereses de aquél (57).

A lo que hay que añadir la ingerencia de los Bancos depositarios, que suma un dato más a la creciente oligarquización de las modernas sociedades anónimas, pues la Banca privada guarda en depósito los títulos de los pequeños accionistas y bajo esa condición interviene en las Juntas generales en una situación de preeminencia, dando lugar a un incremento sensible de su grado de influencia, de por sí ya muy alto en virtud de su carteras de valores, en la marcha del gran mundo societario. Se produce así lo que GARRIGUES ha denominado gran paradoja del Derecho de la sociedad anónima, pues si el legislador del siglo XIX quiso que los destinos del ente social estuviesen en manos de los accionistas, la realidad nos muestra que aquéllos en las grandes sociedades están en manos de quienes no son accionistas, sino simplemente Bancos depositarios de las acciones. Contra esta anomalía que incide en pro de la instauración de los oligopolios, la ley reacciona unas veces tratando de impedir que la representación de los accionistas se delegue en los Bancos (cual ocurre en España, aunque sin éxito), y otros exigiendo previos requisitos a la delegación de la representación del accionista a objeto de que el Banco no actúe en la Junta en interés propio, sino en interés de los accionistas representados (es el sistema de la Ley alemana de 1965, que tampoco parece estar dando resultados aceptables).

Todo ello ha determinado la separación entre la participación económica en la sociedad y el poder sobre ésta, la ruptura de la originaria y básica relación propiedad-poder, reduciendo la posición del propietario a lo que BERLE y MEANS denominan "la titularidad de un complejo de intereses de hecho y de derecho en la empresa" (58). La propiedad se ha despersonalizado y la empresa se nos presenta dotada de una autonomía tal que parece como si no fuese propiedad de nadie, debido a que el binomio poder-riesgo, eje esencial del mecanismo básico capitalista, se ha quebrado: "La sociedad por acciones —asevera MENGONI— ha sido el instrumento del triunfo capitalista, pero a la larga ha operado como principio de ruptura de este anillo en cuanto implica que una persona gestiona la propiedad de otra" (59).

La propiedad ya no se corresponde con el poder en la sociedad, ni a éste va ligado al oportuno riesgo empresarial. Se tiene el poder sin ser propietario, o sin serlo en la medida adecuada, y se ejerce ese poder sin sometimiento al riesgo. No cabe mayor quiebra de la concepción tradicional ni mayor distanciamiento de lo que estuvo en la base

(57) PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid, 1968, pp. 62-63.

(58) BERLE Y MEANS, *Società per azione e proprietà privata*, Torino, 1966, p. 113.

(59) MENGONI *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, en *Rivista delle società*, 1958, pp. 692 y ss. La propiedad de los recursos productivos de la sociedad no implica el control efectivo de dichos recursos, a menos que consista en derechos de disfrute que ejercen realmente los propietarios; el actual accionista en los Estados Unidos, por

y justificación de un organismo como la sociedad anónima, creada a imagen y semejanza del derecho de propiedad. Se asiste así, advierte GERMAIN, a una disociación cada vez más acentuada entre la propiedad jurídica de los medios de producción y el ejercicio de los poderes reales que implica esta propiedad; mientras que la propiedad jurídica tiende a dispersarse, el poder tiende a concentrarse, fenómeno que da lugar a la aparición de un nuevo tipo de poder, todavía no consagrado por el Derecho, que es el poder sobre la propiedad ajena (60).

En las grandes sociedades este proceso es ya irreversible; las Juntas generales han quedado definitivamente marginadas y todos los intentos para revitalizar su papel y acabar con el absentismo de los accionistas han fracasado de manera estrepitosa. La propiedad se ha separado de la gestión y, en consecuencia, como escribe GIRÓN TENA, el fundamento, la legitimidad del poder apoyada en el arriesgar los propios bienes tiende a desaparecer porque en las grandes empresas no son los propietarios los que mandan; la masa de pequeños accionistas se desinteresa, y esto y la autofinanciación da el mando a dirigentes no propietarios, a dirigentes con bienes ajenos (61). La nueva realidad que viene progresivamente plasmándose por efecto del desarrollo técnico tiende a reservar el poder no a los interesados, sino a los competentes. Y es que, advierte GAMBINO, en la actividad de la empresa, el técnico tiene necesidad imprescindible del poder para realizar rápidamente y con eficiencia una acción que indica gran variedad de relaciones: el poder tiende a devenir el instrumento propio de las personas a las que compete la dirección del proceso productivo. Así, a causa de la imprevisibilidad de las situaciones concretas en las que el poder deberá ser ejercitado, no puede ser limitado con vínculos jurídicos predeterminados. La definición de límites preconstituídos al ejercicio del poder se revela ilusoria allí donde se requiere la previsión de exigencias y posibilidades futuras más que la experiencia de una realidad pasada. No se podría rechazar tal consecuencia sin refutar la misma realidad tecnológica que para su existencia reclama poderes amplios y no preventivamente determinados en el contenido y en los objetivos (62).

Tan profunda y sustancial es esta mutación que lleva a producir por un curioso fenómeno de reacción el cambio de carácter del mismo derecho de propiedad social. Esto es, sucede que no sólo gestionan o administran los no propietarios, sino que incluso el derecho de propiedad de los accionistas deja de ser un auténtico dominio sobre los com-

ejemplo, puede disponer de sus títulos en cuanto que certificados que le dan derecho a unas rentas, pero, por supuesto, no puede disponer de los activos físicos de la empresa cuyas acciones posee, su papel se limita al de rentista, al de propietario de beneficios, ya que el control estratégico de los recursos productivos ha pasado a manos de la élite directiva de la empresa (Papandreu).

(60) GERMAIN, *Proceso al capitalismo*, Barcelona, 1963, p. 169.

(61) GIRÓN TENA, *Las grandes empresas*, Méjico-Valladolid, 1965, página 50.

(62) GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e di-*

ponentes empresariales, porque en las grandes sociedades con acciones profusamente repartidas entre el público y cotizadas en Bolsa, el título accionario es únicamente un mecanismo de atribución de réditos, un medio para participar en las variaciones del curso de la Bolsa y un instrumento de liquidez (63).

Estamos frente a lo que BERLE ha llamado la "propiedad pasiva" del accionista, en cuya virtud éste tiene tan sólo un *beneficial interest*: la expectativa de que una porción de los beneficios que se obtengan, deducidos los impuestos, sea declarada como dividendo y que, en la hipótesis muy improbable de una disolución, toda acción obtenga una cuota del patrimonio residual; en cuanto a la posición orgánica y administrativa del socio, se ha reducido en la práctica a bien poca cosa: el derecho de voto tiene tan sólo una importancia *quasi-political*, similar a la de una carta de un elector a su representante en el Parlamento; en fin, el característico derecho a actuar en nombre de la sociedad contra los administradores que resulten culpables de *thelf, fraud or wrongdoing* conserva sólo una función *deterrent*, en cuanto es muy difícil su actuación (64).

Se ha llegado así a que realmente la empresa no sea propiedad de nadie, lo cual lleva insito la negación misma del sistema capitalista y de los afanes y objetivos que propiciaron su aparición, y permite avizorar, tal como hace SCHUMPETER, el tránsito del capitalismo al socialismo por abandono y pérdida de las esencias del primero, proceso al que en forma suicida contribuyen los propios empresarios capitalistas aumentando el volumen de sus empresas, fomentando la fusión y concentración y burocratizando la sociedad anónima, hasta el punto de que, como señala el autor citado, los pioneros del socialismo no son los partidos de ese nombre, sino los Morgan, los Rockefeller, etc., porque ellos están sentando las bases para que en un momento dado el Estado reemplace en la dirección de la empresa al gerente por el funcionario.

Ante el fracaso de la Junta general y el cambio de carácter de la participación del accionista en la sociedad anónima, que en muchos casos no invierte en la empresa, sino que juega en la Bolsa (65), se explica la ruptura del principio tradicional de proporción entre el riesgo corrido por el capital incorporado a la sociedad y el poder ejercitado en el gobierno y administración de la misma. Se explica también que hayan surgido las nociones, ya comentadas del "interés de la empresa

ritto dell'impresa, en *Rivista del diritto commerciale*, julio-agosto de 1967, página 260.

(63) VISENTINI, *Evoluzione...*, loc. cit., p. 19.

(64) BERLE, *Property, Production and Revolution*, en *Columbia Law Review*, 1965, pp. 1 y ss.

(65) A los nuevos accionistas ya no les interesa la sociedad, sino la cotización de sus títulos, lo que da lugar a la transformación de la propiedad en su simple derecho de crédito y a la que Garrigues ha denominado inevitable subversión psicológica del sentido del disfrute de la riqueza.

en sí" y del "interés social", a cuyo calor el presidente del Lloyd alemán ha podido afirmar que esta compañía no está para repartir dividendos, sino para hacer que los buques naveguen, y KEYNES ha podido escribir que el Gobernador del Banco de Inglaterra, al tomar sus decisiones de gobierno, en ningún otro grupo de personas piensa menos que en sus accionistas, preludio de la socialización de la sociedad anónima, ya que se estima que los directores de una sociedad no tienen como objetivo el máximo provecho de los socios, sino que son de hecho y de derecho administradores de un organismo orientado hacia fines que interesan a toda la sociedad y que al mismo tiempo encuentran en la opinión pública el control efectivo de su labor, pues el interés social se forma por la reunión de intereses diversos que dan lugar a un interés superior y encuentran satisfacción en la actividad social (BERLE).

Se explica, finalmente, que otros órganos sociales, en especial el Consejo de Administración, hayan asumido posición cimera en el gobierno y gestión y que se haya quebrado la secular exigencia de que el administrador ostentase la condición de socio, ruptura que se inicia en la Ley alemana de 1937, ha sido acogida por el artículo 116 de la Ley brasileña de 1940, el artículo 2.380 del Código civil italiano de 1942, el artículo 71 de la Ley española, y continúa su progresiva expansión en todas las ordenaciones actuales de la sociedad anónima (66).

Pero el proceso de relegación del accionista, de disminución en la influencia de la propiedad sobre el control y la gestión no se ha detenido ahí, sino que ha seguido y sigue hacia adelante a través de nuevas formas de organización y dirección que cambian todavía más la originaria estructura de la sociedad anónima y hacen incierto y dudoso su futuro inmediato.

El desarrollo de la gran empresa está poniendo en entredicho al Derecho de sociedades porque éste se revela incapaz de proporcionar a aquélla la satisfacción de sus crecientes necesidades y porque, como contrapartida lógica, la empresa comienza a exigir una estructura jurídica autónoma, distinta de la que proporciona el marco de la sociedad anónima, e, incluso, como antes se apuntaba al hablar de las recientes orientaciones en la esfera de la conformación conceptual de la sociedad, a reclamar su entrada en la categoría de los sujetos de derecho, como "persona moral naciente" (67). Esta influencia y presión en aumento de la empresa sobre el ente societario produce, entre otras, la consecuencia de que los cuerpos técnicos directivos de aquélla vayan teniendo cada vez mayor importancia y poder en el seno de la estructura de mando de la sociedad.

A semejante promoción de la directiva empresarial coadyuva también el desmoronamiento actual del Consejo de Administración como

(66) En Norteamérica tan sólo en dieciocho Estados y en el Distrito Federal de Washington se exige la cualidad de socio para ser administrador en una sociedad anónima.

(67) DESPAX, *L'entreprise...*, op. cit., pp. 15 y ss.

órgano de la gestión social. El fenómeno que traspasó el poder real de la Junta general al Consejo de Administración no se ha detenido en éste, sino que ha proseguido adelante en su tarea de continuar reduciendo cada vez más el número de los sujetos participantes en la gestión social, hasta el punto de que si antes se hablaba del cambio de un talante democrático por otro oligárquico, hoy quizá cabe comenzar a hablar de la dirección autoritaria o dictatorial de la sociedad en virtud de la creciente concentración del poder en unas pocas manos.

La gestión colegiada del Consejo de Administración se está revelando inadecuada e ineficaz como antaño se manifestó la de la Junta general. Emergen, como fuerza presente y activa, los dirigentes en sus diversas calificaciones de presidentes, administradores delegados, de directores generales, que determinan el interés social, guían la gestión, disponen las inversiones, ordenan la producción y tienen el pleno control de la empresa social (68).

Igual que tiempo atrás, ante unas circunstancias cambiantes, la Asamblea del accionariado se mostró torpe, lenta e incapaz de afrontar las nuevas responsabilidades, ahora, ante otras circunstancias todavía más vertiginosas y acuciantes, el propio Consejo de Administración ha resultado un organismo incapaz de tomar el pulso de una gestión social que exige la máxima concentración y el emitir decisiones importantes sin tiempo para una discusión reposada. La creciente tecnificación de la administración de la sociedad ha incidido en el mismo sentido al demostrar que los Consejos de Administración, aun estando integrados por las minorías activas y preocupadas de los accionistas, no poseen la cualificación técnica ni el grado de preparación adecuado como para enfrentarse, en cuanto órganos de gestión colegiada, a las complejas exigencias de nuestros días, y, en consecuencia, la realidad nos muestra cómo aquéllos van siendo progresivamente reemplazados por su presidente, por un órgano delegado o por un director general que posee mejor conocimiento de los mecanismos financieros y mayor y más ágil capacidad decisoria, hasta el punto de que en la actualidad resulta rara la gran sociedad anónima sin un Consejero delegado o una Comisión ejecutiva que constituya el verdadero centro de poder: "La mayor parte de los Consejos de Administración—nos dice en tal sentido BLOCH-LAINE—son cámaras de registro; el acuerdo previo o bien es una formalidad inútil, o bien sería solicitado, de todos modos, por los directores, sin que estuvieran obligados a ello, por simple preocupación, con miras a recibir un consejo útil o a evitar *a posteriori* una desautorización desagradable" (69).

Pues bien, como antes se decía, sobre esta realidad de los órganos

(68) VISENTINI, *Evoluzione...*, loc. cit., p. 47.

(69) BLOCH-LAINE, *Pour une réforme de l'entreprise*, París, 1963, página 69. En los Estados Unidos es frecuente distinguir entre *outside directors* e *inside directors* para hacer referencia al distinto papel e importancia que juegan los diversos consejeros en el seno del Consejo de Administración.

de administración personalizados o en trance de personalizarse vienen a incidir los propios cuerpos de la empresa, los directores técnicos cuya influencia y actuación está provocando un cambio radical en la estructura y conformación del poder en la sociedad anónima. Se trata de expertos en organización, dotados de conocimientos técnicos altamente especializados que constituirán una tecnocracia imparcial (así la ha denominado BERLE), que valora los intereses de los distintos grupos de la comunidad y que, como ha advertido MAÜRER, tiene el hábito de tomar decisiones sobre la base de aquello que es bueno para la compañía y no teniendo en cuanto aquello que produzca los mayores dividendos inmediatos o la más elevada alza de las acciones (70). Trátase de los famosos y conocidos directores.

En el seno de las grandes empresas la relevancia de estos últimos adquiere cada día más altas cotas y su presencia, su actividad en equipo, resulta ya imprescindible. De ellos se espera la más racional y técnica organización, las mejores iniciativas, la publicidad adecuada, el aumento de las ventas y hasta las orientaciones y aun decisiones en el aspecto financiero. Los administradores no pueden marginarlos ni siquiera circunscribirlos a un campo concreto y determinado porque, como una marea indetenible, en base a sus conocimientos y experiencias, van invadiendo una tras otra las áreas que antes parecían reservadas en exclusiva a la más alta gestión societaria; su influencia se extiende por todos los sectores del ámbito industrial, se siente a través de cada una de las etapas del proceso de producción y alcanza a entrar, incluso, en el sacrosanto reducto de las decisiones económicas. Según dice CHAMPAUD, con la fuerza de sus conocimientos, conscientes de su importancia, armados con su vocabulario, los técnicos saben hacerse indispensables (71).

Vemos, pues, que, por un lado, los órganos de administración van derivando cada vez más hacia estructuras reducidas de poder e incluso unipersonales, mientras que, por el otro, los grupos directivos de la empresa aumentan en número e importancia y presionan con fuerza creciente sobre aquéllos. En el momento actual estas dos fuerzas que convergen y aun se oponen en el seno de la gran sociedad anónima podríamos decir que mantienen un difícil equilibrio, una inestable y cambiante situación en la que los administradores todavía conservan

(70) MAURER, *La gran empresa. Su desarrollo y funcionamiento*, Buenos Aires, 1958, p. 66.

(71) CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, París, 1962, p. 87. Las sociedades anónimas, dice Garrigues, no están dirigidas por los Consejos de Administración elegidos por mayoría en la Junta general de accionistas, sino por gestores individuales de personalidad fuertemente acusada, quizá desconocidos de los accionistas, cuyas dotes de energía, competencia y habilidad son la única prenda de éxito en la gestión de los asuntos sociales, aunque, a veces, la concentración de poderes en una sola persona ponga en riesgo el bienestar de la empresa si su director, convertido en dictador, traspasa los límites que separan la audacia de la imprudencia (*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1953, p. 11).

La primacía en base a que también se han tecnificado, reducido el número y compactado de manera tal que puedan ofrecer firme defensa ante el ataque al último reducto del poder social, aunque, sin duda, como señala la más perspicaz doctrina, su autonomía disminuye a medida que crecen las limitaciones impuestas por los informes, estudios, planes de expansión, etc., de los diferentes grupos de directores. La lucha en el seno de la sociedad está hoy planteada no entre el accionista y el administrador, sino entre éste y el director técnico que aspira a alcanzar el verdadero núcleo del poder antaño reservado al capital o, al menos, a los órganos de administración social. Del resultado de esta lucha depende el que se pase o no de la denominada por BERLE cuarta fase de la evolución de la moderna sociedad por acciones, o fase del control por parte de los accionistas activos minoritarios, a la por él anticipada como quinta y última de esa evolución: la fase del control de la sociedad puramente dirigencial o *managerial* (72).

De todas maneras, esta posible decantación del poder en el seno de la sociedad anónima fue profetizada hace ya algunos años por BURNHAM en un libro (73) que todavía hoy sigue produciendo un fuerte impacto. Dicho autor constata que ha nacido una nueva casta dirigente, la de los directores, entendiéndolo por tales los hombres que en la sociedad contemporánea dirigen realmente, desde el punto de vista técnico, el trabajo de la producción, importando poco la forma jurídica o financiera del negocio, sea ésta individual, en sociedad o gubernamental.

El director no aspira a reemplazar al capitalista, por lo que no está específicamente interesado en adquirir acciones ni en dominar la sociedad a través del voto, sino que trata de alcanzar el poder mediante el juego de una serie de factores que coadyuvan a su favor: En primer

(72) Si quisiéramos un cuadro aproximado de la gestión social en nuestros días, podríamos servirnos del siguiente que traza Garrigues: "En la gestión efectiva de los negocios de la sociedad intervienen en grado muy diverso cuatro grupos de personas: en primer término, los directores, a quienes incumbe la organización técnica de la empresa y que, en definitiva, son los que aseguran la producción de las mercancías o los servicios que aquélla suministra. En segundo término están los administradores, cuya misión característica es de índole financiera y consiste en asegurar que el negocio produzca beneficios. Su actividad es predominantemente contractual. En tercer lugar están los grandes financieros, con los cuales suelen hallarse estrechamente ligados los administradores. Este otro grupo de personas no se ocupa directamente ni de la técnica de la fabricación ni de la gestión contractual. Valiéndose principalmente del instrumento de las *holdings*, manejan diversas sociedades, coordinando los negocios de todas ellas o subordinando una a otras. Esta situación de dominio requiere casi siempre la colaboración de algún Banco, representado sea en dinero, sea en acciones de sociedades anónimas. En último término están los accionistas, a quienes las legislaciones modernas, inspiradas en las ideas del capitalismo liberal, les permiten hacerse la ilusión de que son los dueños de la sociedad y los árbitros de su administración por el hecho de que pueden fiscalizar la gestión de los administradores y revocarles de su cargo (*Comentario...*, op. cit., II, páginas 11-12).

(73) BURNHAM, *The managerial revolution*, London, 1942.

término, la creciente complejidad de las grandes empresas exige en los más altos niveles de gestión un grado de conocimiento, información, experiencia y competencia tal que haga posible la coordinación y engarce entre las distintas fases del ciclo productivo; pues bien, el director, al ofrecer esta cualificación, deja de ser meramente un técnico para convertirse en hombre de mando que toma decisiones.

En segundo lugar, la misma estructura jerárquica de la empresa ayuda al director en su propósito en cuanto constituye un factor de interdependencia, en el que él devendrá pieza clave e insustituible, más que una organización escalonada del poder.

Finalmente, como a nivel de la Administración pública, el poder real está en manos también de hombres pertenecientes a la misma "casta", se simplifica y hace más rápido y fructífero el diálogo entre el director-público y el director-privado, circunstancia de gran interés en una época como la nuestra de creciente intervención estatal en el seno de la economía. En base a estos factores, BURHAM, contra lo que piensa SCHUMPETER, estima que el capitalismo no va a ser sustituido por el socialismo, sino por la que él denomina "era de los directores". Está en marcha un proceso a escala mundial por cuya virtud la dirección efectiva de los instrumentos de producción se está escapando de las manos de los capitalistas en beneficio de los directores, que ven crecer de manera constante e ininterrumpida su esfera de atribuciones y competencias; al final de este proceso, que en algunos países se encuentra ya muy avanzado, los directores constituirán la auténtica clase dirigente y habrán desplazado de ese lugar a los capitalistas (73 bis).

Se puede dudar o no de que esta evolución llegue a materializarse a plenitud, pero de lo que no cabe duda es que la ingerencia de los cuerpos directivos de la empresa, por la mecánica misma del desarrollo

(73 bis) Galbraith, por su parte, en una obra más reciente, aunque constata que en los últimos treinta años se ha acentuado en la gran compañía el paso del poder de los propietarios (accionistas) a los administradores del capital, advierte también que éstos no constituyen, sin embargo, la única fuerza de control en la empresa moderna, ya que dicho control se halla en buena medida en manos de lo que él denomina la "tecnó-estructura", a la que define como el conjunto de técnicos, ingenieros, ejecutivos de ventas, científicos, diseñadores y demás especialistas que aportan conocimiento especializado o experiencia a la elaboración de las decisiones por el grupo. Vaticina que, de acuerdo a la experiencia del pasado, es dable esperar un nuevo traspaso del poder en la empresa industrial, esta vez desde el capital a la información organizada, traspaso que se reflejará en la distribución del poder dentro de la sociedad, e, incluso, llega a afirmar que el poder ha pasado ya, en realidad, a algo que el deseo de encontrar novedades podría llamar justificadamente nuevo factor de producción, constituido por la asociación de hombres de diversos conocimientos técnicos, experiencia y otras facultades requeridas por la tecnología industrial y la planificación moderna, y que incluye desde los directores de la moderna empresa industrial hasta el umbral mismo de la nueva fuerza de trabajo, ya que la tecnó-estructura no suministra capital, sino capacidad personal especializada y organización (GALBRAITH, *El nuevo Estado industrial*, Barcelona, 1970, páginas 61 y ss.).

de los acontecimientos y de la creciente racionalización productiva, en el ámbito de la gestión social es algo de extraordinaria importancia, de innegable efectividad y de repercusiones modificativas inevitables. Aunque no falten voces autorizadas, como las de BARAN y SWEETZ, que tratan de rebajar la importancia y consecuencias del fenómeno, al señalar que normalmente los directores o ejecutivos suelen pertenecer al grupo dominante de accionistas hasta el punto de que no son sino los grandes propietarios que, en virtud de la posición estratégica que ocupan, actúan de portavoces y protectores de toda la gran masa de propiedad; en su opinión, la burocracia gerencial o directiva en lugar de constituir una clase social separada, independiente o neutral es la parte más activa y de mayor influencia de la clase propietaria, en realidad constituye el eslabón dirigente de la clase propietaria (74).

(74) BARAN y SWEETZ, *Il capitale monopolistico*, Torino, 1968, páginas 30 y ss. También el profesor y notorio luchador democrático griego Papandreou alienta parecidas dudas sobre el futuro papel de la clase gerencial; en su opinión, cabe obtener provisionalmente un consenso general sobre la relativa independencia de los administradores de la empresa moderna respecto a los accionistas de la misma, siempre que se interprete correctamente lo que se entiende por independencia, ya que para él la élite directiva es independiente de los accionistas únicamente en el sentido de que elabora y ejecuta las estrategias de la compañía sin tomar como base de referencia los puntos de vista de aquéllos, porque tales estrategias se desenvuelven en el contexto de normas que reflejan la estructura básica del poder en la sociedad capitalista. En este tipo de sociedad la élite directiva no es otra cosa que el primer peldaño del *establishment*, de un *establishment* que, hablando en términos generales, se identifica a sí mismo con el orden capitalista y, necesariamente, por tanto, con los intereses generales de la clase propietaria. Partiendo del supuesto de que los accionistas han dejado de ejercer el control sobre el funcionamiento de la empresa, la élite directiva capitalista pasa a ser la fuente central de control, llegando casi a identificarse, en la práctica, con dicho control; sin embargo, el intento de Galbraith de sustituir la élite directiva capitalista por la tecno-estructura como centro del poder sobre la empresa industrial es sumamente discutible. Sin duda, al *establishment* empresarial, que no es, ni más ni menos, que la coalición que controla las compañías, pueden pertenecer otros grupos además de equipo directivo; el papel que desempeñarán y su importancia dependen de la escasez relativa de grupos semejantes, de la facilidad con que puedan ser reemplazados, de su capacidad—en razón de su posición en el proceso—para interferir sobre el mismo o interrumpirlo. Así, pues, la tecno-estructura posee potencialmente capacidad de negociación, una capacidad virtualmente superior a la de los sindicatos obreros, pero para que dicha capacidad sea algo más que una mera posibilidad, han de desarrollarse una cohesión organizativa, un espíritu de cuerpo; sin tales condiciones, los miembros de la tecno-estructura tendrán acceso al *establishment* en términos susceptibles de ser aceptados por el poder dominante de dicho *establishment*, es decir, por la élite directiva: se verán domesticados y asimilados por el *establishment* de las empresas, no ya como una nueva fuerza dirigente, sino como un mero instrumento de la élite directiva, algo parecido a lo que ha ocurrido con los sindicatos obreros. Para Papandreou, los miembros de la tecno-estructura no consiguen poder alguno en cuanto grupo, a diferencia de los directores de las compañías, pero sus valores y métodos constituyen el combustible que alimenta el poder que los directivos se han reservado para sí. Orientados, como están, hacia

Dentro de este punto de las transformaciones en la administración social es forzoso hacer referencia, por más que sea somera, a un reciente fenómeno que está incidiendo también en el complejo de causas que agitan hoy el panorama de las sociedades. Trátase, como la anteriormente considerada, de una situación que aflora de la empresa y que en primer término, por tanto, incide sobre la dirección y control de la misma, pero que de manera inevitable tiene que repercutir también en las estructuras de gobierno de la sociedad anónima: nos estamos refiriendo a la participación de los representantes del personal de la empresa en la gestión social. Fenómeno de innegable trascendencia en el campo societario, que puede dar lugar a lo que un autor ha denominado el salto de la idea de la sociedad como colectividad titular de la empresa a la idea de la empresa como comunidad de trabajo y capital, aparte de las repercusiones económicas y políticas que es susceptible de generar.

El movimiento de la participación del personal de la empresa ha atravesado por distintas fases. En una primera etapa se concreta a la participación en los beneficios, que, en una u otra medida, es ya hoy una constante en los ordenamientos laborales de todos los países industrialmente avanzados. En su segundo momento, se centra en la participación en la política del trabajo, que se consuma en Francia en 1945 con los *Comités d'entreprise*, en España en 1947 con los Jurados de empresa y en Alemania en 1952 con los Consejos de explotación; organismos éstos que asumen la defensa de los derechos de los trabajadores y que junto a los empresarios se encargan de formular y mejorar las políticas de empleo y trabajo, pero cuya influencia afectiva en el plano de las tareas gestoras, de la empresa es mínimo ya que, como expresa el artículo 2.º de la Ley española sobre los Jurados de empresa, "en ningún caso podrán actuar en menoscabo de las funciones de dirección que corresponden al jefe de la empresa, responsable ante el Estado".

Pero el proceso no se ha detenido ahí, sino que, dando un nuevo paso hacia adelante, se ha llegado a que el personal de la empresa se haya incorporado a los propios órganos de administración social, los Consejos de Administración. El movimiento se inicia en Alemania con ocasión de una grave crisis laboral en la Cuenca del Ruhr y como medio de satisfacer las perentorias reclamaciones obreras en pro de un mayor grado de ingerencia en el plano de la dirección empresarial; el 11 de marzo de 1951 se promulga en aquel país la primera Ley sobre "codecisión" (*Mitbestimmung*), relativa a las industrias de hierro, carbón y acero, a cuyo tenor se acepta la participación paritaria de los representantes de los trabajadores en los Consejos de vigilancia de las sociedades anónimas, los cuales en adelante se integrarán por cinco representantes de los accionistas, cinco representantes del personal y un

una concepción tecnocrática, carentes de valores y acostumbrados a dar importancia a las técnicas destinadas a resolver problemas, vienen a ser, más o menos, servidores complacientes de la élite directiva (PAPANDREOU, *El capitalismo paternalista*, Madrid, 1973, pp. 80-81).

undécimo miembro independiente que permita resolver los empates. La reforma se inició quizá con demasiado brío, al calor de unas concretas condiciones de hecho conflictivas, por lo que la Ley de ordenación de la empresa, de 11 de octubre de 1952, reduce la participación de los asalariados en los Consejos de vigilancia a un tercio y además restringe la codecisión al ámbito escueto de los asuntos sociales y de personal (75).

En Francia, el tema de la participación fue un recurso político particularmente grato al general DE GAULLE, que pretendió convertirlo en el instrumento idóneo para la transformación de la empresa a través de un proceso que se desarrollaría en tres fases: Una primera, por la que se establecerían los derechos de los trabajadores sobre los incrementos del activo resultantes de la autofinanciación (consumada en los Decretos-leyes de 1967); la segunda consistente en la amplia información del mundo laboral en todo lo correspondiente al desarrollo y marcha de la empresa, y la tercera relativa a la posibilidad de que los trabajadores pudiesen formular propuestas en torno al gobierno y dirección de la empresa. Tras la desaparición de DE GAULLE, todo lo referente a la *participation* ha perdido considerable importancia, fundamentalmente porque semejante concepción nunca logró causar impacto de importancia en el mundo laboral y sindical.

Todavía en Alemania se vuelve a insistir en el punto y la información especializada nos hace saber que en el momento actual la coalición gobernante en la República Federal va a presentar al *Bundestag* un proyecto de ley, que se desearía entrase en vigor el 1.º de enero de 1976, por cuya virtud las empresas que tengan más de dos mil obreros deberán conceder a los representantes de éstos una participación igual a las de los accionistas en los Consejos de vigilancia (se vuelve al criterio de la Ley de 1951), estando dotados los delegados obreros de los mismos derechos que los representantes del capital a la hora de tomar decisiones. Se calcula que la reforma afectará a unas setecientas empresas alemanas, algunas tan conocidas como la Daimler-Benz, Grunding, Siemens, Bayer, etc.

En España existen sobre la materia la Ley de 21 de julio de 1962 y su Reglamento de 15 de julio de 1965, expresándose en el preámbulo de la primera que se persigue con ella "otorgar a la representación del trabajo una participación restringida en los órganos de gestión de las empresas que adopten forma de sociedades en las que se concede tal participación a la pura representación del capital". De acuerdo a tales pautas, se establece que la representación laboral será de un miembro por cada seis o fracción superior a tres representantes del capital y que en el ejercicio de sus funciones los representantes del personal tendrán las mismas facultades y deberes que los del capital. Como se observará, la influencia de la *Mitbestimmung* alemana es evidente en esta Ley española sobre "cogestión".

(75) GARRALDA, *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania*, Oviedo, 1957.

En honor a la verdad debe decirse que, aunque bien intencionado y progresista, el régimen de participación obrera ha producido escasos resultados tanto porque ha encontrado repulsa y resistencia entre los empresarios y asociaciones patronales como porque, curiosamente, los destinatarios de sus beneficios, los asalariados, no han mostrado excesivo entusiasmo, hasta el punto de que los sindicatos han objetado el sistema alegando que preferían el diálogo con los capitalistas a través de sus propias organizaciones y no la confrontación en el seno de un organismo en el que están en minoría y en inferioridad de condiciones.

Desde el ángulo teórico tampoco ha tenido buena acogida la innovación. Se alega que mediante ella se produce la deformación de la estructura capitalista de la sociedad anónima sin lograr resolver el problema de la ordenación jurídica total de la empresa, en razón de que se ha olvidado que la entrada de los obreros en el marco jurídico de la empresa es un problema que afecta a la empresa y no a las sociedades mercantiles titulares de la misma, por lo que la objeción fundamental que cabe hacer al sistema de la cogestión desde el ángulo del Derecho mercantil es el haber injertado en una corporación esencialmente capitalista, como la sociedad por acciones, una pieza discordante que rompe la armonía del sistema sin ventaja para nadie (76). Igualmente, que el régimen se desvía de los cauces naturales, por los que venía discurriendo la participación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa, para entrar de manera abierta en el cauce de estructura de la sociedad, como titular jurídico de aquélla, con lo cual, además de las dificultades de funcionamiento que ello puede entrañar en el seno de la sociedad, desnaturaliza y altera profundamente el fundamento y la justificación de tal intervención. Si la sociedad anónima es un capital con personalidad jurídica, es decir, un capital organizado, son los accionistas, dueños y aportantes del capital, quienes deben vigilar el funcionamiento de la sociedad. El personal de la empresa, cuya actividad se proyecta sobre la explotación como unidad técnica de producción, soporte del centro del trabajo, es en ella donde tiene su puesto, y puesto ciertamente preeminente, pero no en la sociedad, en la que nada tiene porque el capital no es suyo ni ha sido aportado por él (77).

En fin, con relación a la Ley española de 1962 se advierte que la misma incurre en el doble error de hablar de órganos de gestión de las empresas, cuando las empresas no tienen órganos al no ser personas jurídicas, y de añadir que se aplica sólo a aquellas empresas que adopten forma de sociedad capitalista, haciendo caso omiso de que las empresas no tienen forma jurídica porque son simples organismos económicos de producción, por lo que provoca una lamentable confusión entre empresa y sociedad anónima, y al no haber sido armonizada (la Ley de 1962) con la Ley de sociedades anónimas se plantea una grave disparidad entre ambos dispositivos, que sólo cabe resolver a costa de la estructura tradicional de la sociedad por acciones.

(76) GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho...*, op. cit., pp. 265 y ss.

(77) POLO, *Ante una nueva reforma...*, op. cit., pp. 49 y ss.

Ciertamente, las objeciones parecen fundadas. La incorporación del personal de la empresa a las estructuras de gobierno, mientras no se cambie el esquema capitalista que preside la conformación de la sociedad anónima, sólo cabe realizarla en el seno de las relaciones entre los elementos de la producción, esto es, en la esfera de la empresa y de su Derecho, porque se trata de un problema de organización de la empresa y no del ente titular de la misma; y así, de la misma manera que al trabajador no le corresponde inmiscuirse en la organización y funcionamiento de la sociedad, los accionistas particulares tampoco deben intervenir en la organización de la empresa porque su cometido no llega más allá de formular la voluntad social y controlar la administración. Claro que quizá no había otra solución que la de incidir en el Derecho de la sociedad anónima, ya que en la actualidad todavía no ha sido conformado el Derecho de la empresa, y es obvio que debía buscarse un cuadro legal y conceptual sólido para situar una reforma tan innovadora y aun revolucionaria como la que se comenta.

De cualquier forma, el fenómeno reviste intrínseca importancia y se engarza con el antes considerado del ascenso de los cuerpos de dirección de la empresa, ya que en ambos casos, con razón teórica o sin ella, nos encontramos realmente ante una sensible deformación de la tradicional estructura del poder en el plano de la sociedad anónima. “Los dos supuestos —subraya en este sentido IGLESIAS PRADA— conducen a una configuración funcional de este último (el poder): el poder como corolario de la función asumida por las técnicas de gobierno en el seno de las estructuras directivas, y una facultad semejante como correspondiente a la función que desempeña el trabajo en la empresa. Por el momento, sin embargo, los hechos muestran la posición influyente de la nueva clase dirigente frente a las reivindicaciones del sector laboral. Es probable, no obstante, que estas reivindicaciones terminen por conducir a un ejercicio más comunitario de los poderes en el seno de la empresa” (78). Trátase del reflejo a nivel de la administración social de una presión originada en el interior de la empresa, que pugna por rebasar ésta para alcanzar los órganos del ente titular, y ya no tanto porque se aspira a asaltar el último reducto capitalista, pues en el fondo ni al director ni al trabajador le interesa la organización societaria, sino porque la empresa ya no se encuentra suficiente y adecuadamente representada y gestionada por la sociedad anónima. En definitiva, quizá estemos presenciando con las actuales tensiones y ansiedades no sólo la desviación y mixtificación de las clásicas estructuras de gobierno de la sociedad anónima, sino incluso el anuncio de su desaparición por el abandono progresivo de los esquemas capitalistas propios de aquel tipo social, es decir, lo que MENÉNDEZ ha llamado “la crisis del criterio capitalista de elección de los puestos directivos de la sociedad por los accionistas”.

(78) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., p. 49.

5. LA APARICION DE LOS ORGANOS DELEGADOS EN LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Con ligeras variantes según la fórmula utilizada, la doctrina mercantil suele estar de acuerdo en que por gestión *lato sensu* o administración de una sociedad se entiende el conjunto de actos y operaciones que, incidentes sobre el patrimonio del ente, se orientan a la realización del objeto social, o, en formulación todavía más amplia, el cumplimiento de cualquier tipo de actividad económica y jurídica en relación con el patrimonio de la sociedad (79).

Los autores también suelen coincidir en que la actividad administrativa constituye un proceso unitario, ya que todos los particulares actos inciden sobre el mismo patrimonio y se encuadran en base a una misma finalidad ordenadora, constituido por una variada gama de etapas o secuencias y orientado a la consecución de un ciclo productivo permanente y constante (80); entre esas fases o etapas es corriente incluir las de programación o planificación, dirección, ejecución y control o vigilancia.

Si se prescinde de la fase de ejecución que normalmente se entiende como verificación de actuaciones materiales que no implican decisiones sino que, antes bien, las presuponen, puede aceptarse el esquema que propone LEARNED y a cuyo tenor la actividad de gestión se descompone en los tres elementos siguientes: 1) La formulación de la estrategia y de los objetivos de la sociedad en base a las propias posibilidades y las circunstancias externas; 2) la elaboración de un conjunto de planes generales orientados a la realización de la estrategia planteada y al mismo tiempo al establecimiento de una organización que permita la puesta en marcha y ejecución de dichos planes, y 3) la dirección y control de la organización de acuerdo a la programación formulada (81). Este planteamiento esquemático del proceso de gestión se convierte en la práctica en una variada gama de actividades cuyo número, carácter técnico y complejidad van en aumento a medida que crecen la importancia y dimensiones de la sociedad, dando lugar a un rico y diversificado campo de actuación que va desde la toma de decisiones en relación a las operaciones a efectuarse en el futuro hasta la previsión y puesta a punto de los recursos materiales e inmateriales necesarios para la práctica de la programación proyectada. Así, por ejemplo, se señala que la formulación de la estrategia supone, entre otras cosas, el análisis de las tendencias interiores y exteriores de la empresa, de carácter técnico, económico, político y social, a objeto de permitir un mejor cálculo de los riesgos y de las posibilidades que se ofrecen y, en

(79) SUÁREZ LLANOS, *Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles*, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 85, 1962, p. 61.

(80) SCIARELLI, *Il processo decisivo nell'impresa*, Padova, 1967, páginas 86 y ss.

(81) LEARNED, *Le rôle de la direction générale*, en *L'entreprise et l'économie du XX siècle*, II, Paris, 1966, pp. 513 y ss.

consecuencia, definir de una manera rigurosa los objetivos a lograr, unido todo ello al examen y valoración de los recursos materiales, financieros y humanos de que se dispone o se puede disponer para alcanzar dichos objetivos (82).

A su vez, el análisis de las tendencias antes enunciadas debe versar sobre todo lo que afecte a la oferta de los productos, métodos de producción y venta, técnicas financieras y contables (tendencias técnicas); planes gubernamentales que puedan incidir en los sectores en que se mueve la empresa (tendencias políticas), y problemas relativos al interior de la empresa y a la función de la misma con relación a las otras sociedades (83).

El simple enunciado, en apretada síntesis, del complejo y multiforme campo en que se desenvuelve la actividad de gestión social en nuestros días, amén de otros factores de varia índole que en su momento se expusieron, revela que la conformación tradicional de los órganos de administración de la sociedad anónima tiene que experimentar profundas mutaciones para adaptarse a las nuevas exigencias y para poder enfrentarse con éxito a un mundo empresarial cada vez más tecnificado, riguroso y preciso. La actuación del Consejo de Administración, como órgano de gestión colegiado, que se enfrenta al proceso directivo y administrativo general, tomando decisiones tanto en la esfera de la gestión patrimonial como en la de la dirección técnica de la empresa, resulta hoy desbordada porque la experiencia nos muestra que los miembros del Consejo no están en condiciones de cumplir tan altos menesteres por falta de adecuada formación técnica y financiera, carencia de dedicación a la marcha de la empresa e insuficiente conocimiento de la organización y funcionamiento de la misma. Por ello, la realidad revela que aunque teóricamente los Consejos de Administración permanecen aferrados a sus viejas prerrogativas y facultades, de hecho van convirtiéndose de manera progresiva en administradores pasivos y órganos de vigilancia y control. Como dice PAILLUSSEAU, la ausencia, en el seno del Consejo de Administración, de hombres competentes que conozcan bien su empresa, reduce necesariamente la función del Consejo a ratificar las decisiones del presidente-director general y de los directores, sin poder para juzgar ni para apreciar su oportunidad o alcance, por lo que la existencia del Consejo de Administración se torna formal y se reduce a un marco jurídico desprovisto de sustancia (84).

El mundo de la sociedad anónima nos patentiza en nuestros días que en aras de una mayor eficacia, agilidad y flexibilidad los órganos de administración social tienden a conformarse de manera dual: por un lado, un órgano pluripersonal normalmente numeroso y representativo al que se reserva la adopción de muy pocas e importantísimas decisiones, aparte del control y vigilancia de la gestión, y, por el otro, uno o varios órganos unipersonales o colegiados de reducida composición.

(82) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 79.

(83) LEARNED, *Le rôle...*, loc. cit., pp. 517 y ss.

(84) PAILLUSSEAU, *La société...*, op. cit., pp. 218-219.

a los que corresponde la emisión de las decisiones ordinarias y el impulso del tráfico cotidiano de la empresa. Semejante fraccionamiento de los mecanismos de administración social aparece impuesto de manera imperativa en determinados ordenamientos jurídicos actuales, mientras que en otros, más moderados y prudentes, se permite tan sólo su instauración y funcionamiento, de acuerdo a las circunstancias del momento, mediante las denominadas delegaciones de facultades o funciones. Los inversores de capital, señala IGLESIAS PRADA, carentes de auténtico espíritu de empresa acuden cada vez menos a estos órganos de reducidas proporciones que asumen la gestión y representación ordinaria de los asuntos sociales; los titulares de estos puestos de administración responden cada vez más, en efecto, a los estímulos propios de los nuevos directivos de empresa (85). Todo ello nos muestra que las estructuras de gobierno están experimentando profundas mutaciones en el seno de la moderna sociedad anónima para responder a la creciente complejidad del mundo empresarial y para poder enfrentarse con éxito al reto que supone el desenvolverse en un mercado cada vez más competitivo y técnico. Se observa con claridad una decidida tendencia hacia la concentración y unificación del poder, porque la gran complejidad de los procesos de decisión impide que el establecimiento de las directrices fundamentales pueda quedar en manos de un grupo anodino de personas que no tienen ni la competencia ni la capacidad de esquematizar y resolver precisas en la moderna gestión empresarial, hasta el punto de que BERLE afirma que hoy día ninguna gran empresa podría progresar si no se somete a un sistema de dirección unificada y concentrada (86).

Este es el signo de nuestros tiempos. La necesidad de asegurar la coherencia de las decisiones de gestión, por un lado, y la complejidad de la administración de la empresa por el otro, conducen a la concentración del poder de decisión en manos de un grupo muy reducido de personas que tienen los conocimientos y la competencia necesarios para el gobierno de las empresas (87). Pero estas circunstancias exigen al mismo tiempo que se produzca un adecuado grado de especialización, porque sólo de esta manera cabe acometer con garantía de éxito el impulso y dirección de los particulares y tecnificados campos en que se descompone la actividad administradora, lo cual obliga, aunque pueda parecer un tanto paradójico frente a lo anterior, a una descentralización de las tareas de gestión.

Se produce, así, una cierta tensión en la moderna empresa entre la concentración creciente del poder, impuesta por las circunstancias, y la precisa descentralización de algunas funciones, exigida por la especialidad de las mismas. El engarce y armonía de estas dos fuerzas en alguna forma contrapuestas sólo puede lograrse mediante su adecuada interrelación en base a una organización jerárquica, que permita situar en el vértice del mecanismo de gobierno el poder preciso para establecer

(85) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, op. cit., p. 50.

(86) BERLE, *Le capital américain et la conscience du roi*, París 1957.

la política general de la empresa y a partir de ahí desciendan en escalonada jerarquía una serie de poderes sectoriales que de manera coordinada y armónica atienden al cumplimiento de tareas altamente especializadas (88). En esto consiste, en definitiva, el proceso de organización empresarial que, según SCIARELLI, se realiza mediante la atribución a los distintos órganos de gobierno de la empresa de poderes y responsabilidades de decisión, disposición, mando y control y la fijación del esquema de relaciones para un ejercicio coordinado del mecanismo directivo a todos los niveles (89).

Pues bien, para este cometido de la descentralización dentro de la unificación del poder y de la especialización en función de la organización jerárquica que mantenga la concentración del mando supremo, se recurre cada vez con mayor frecuencia a la delegación de funciones, que permite distribuir sin fraccionar y especializar sin disolver, en aras de una mejor adaptación de las estructuras de gobierno a las exigencias de cada momento. El Consejo de Administración delega en su seno, lo que hace posible, por una parte, atender en forma rápida y concentrada a los requerimientos de la gestión con la precisa diversificación de cometidos mediante la especialización de funciones, y, por la otra, lo que reviste particular interés, mantener vinculado el poder el propio Consejo de Administración sin derivaciones hacia otros órganos.

La delegación en la gestión supone la atribución a personas o grupos de personas de determinados sectores de competencia, atribución que, aunque pueda variar cuantitativa y cualitativamente, supone siempre, por las propias exigencias de la figura, la delegación de funciones, la delegación de instrucciones y órdenes, la delegación de decisiones y la delegación de responsabilidades (FISCHER), por lo que el delegado viene a constituir, en cierta medida, aunque siempre subordinado y en obligada dependencia al órgano delegante, un centro autónomo de poder, al menos funcionalmente hablando. Como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, por medio de la delegación y como respuesta a las exigencias planteadas por la creciente complejidad de las tareas de gestión, es posible crear una serie de centros de decisión dotados de una esfera de competencia que comprende no sólo la ejecución material de determinadas funciones, sino un margen de autoridad, así como la correspondiente responsabilidad (90).

Claro está que se trata de una organización y distribución de la estructura de poder en la sociedad que requiere de gran delicadeza y precisión porque sin duda hay un peligro latente en todo lo que suponga creación de centros de decisión relativamente autónomos y no sólo en base a que se puede dificultar la imprescindible coordinación de competencias, sino sobre todo porque en ningún caso es factible propiciar

(87) PAILLUSEAU, *La société...*, *op. cit.*, p. 231.

(88) BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1961, pp. 84 y ss.

(89) SCIARELLI, *Il proceso...*, *op. cit.*, p. 289.

(90) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, *op. cit.*, p. 82.

una completa autonomía de decisión en los órganos delegados, ya que tal situación llevaría de manera ineluctable a la confusión y al desorden. Nuevamente aquí la idea de jerarquía, enfatizada por la más moderna doctrina, se nos revela imprescindible, pues en base a ella se puede conservar la unidad dentro de la diversidad y la subordinación a un poder último de una serie de poderes intermedios que si se quiere que sean eficientes, y ahí radica el riesgo que entraña, deben estar dotados de una u otra dosis de capacidad de actuación autónoma. Sólo mediante un cuidadoso y sutil entramado en que la dependencia no coarte ni limite la iniciativa, tan precisa y preciosa en la gestión empresarial de nuestros días, pero al mismo tiempo suponga una invisible aunque real y, en caso necesario, efectiva subordinación puede lograrse la espontaneidad y el dinamismo en la administración social, sin peligro de estar instaurando una situación o esquema potencialmente anárquico y disolvente del poder. Según ha resaltado con certera agudeza SCIARELLI, en los niveles supremos de la organización deben mantenerse en todo momento los poderes de control e intervención necesarios para coordinar e imprimir rumbo a toda la actividad de la sociedad (91).

Consecuencia obligada de lo que se acaba de exponer es que si se quiere conservar una racional y segura estructura de poder en el seno de la sociedad tiene que establecerse un determinado sector de la gestión social que sea indelegable, porque en otro caso se estaría privado de punto de referencia y criterio de jerarquización, y al mismo tiempo concretar el contenido obligado y mínimo del mismo, a objeto de no entorpecer en forma innecesaria un proceso de descentralización que la experiencia nos revela preciso y rico en consecuencia. El problema no es de fácil solución porque implica el matizar y diferenciar qué es lo verdaderamente nuclear e incedible en la esfera de la actividad de gestión, en base a su propia textura y función, y qué es lo secundario, accidental, complementario o simple vehículo de realización y actuación en dicha esfera.

De todas maneras, hay un cierto consenso doctrinal en el sentido de entender que la función de determinar la política general constituye la auténtica esencia del proceso de gestión, hasta el punto de que a ella hay que referir en forma necesaria el básico poder de decisión que es la nota caracterizadora fundamental del empresario. Por ello, frente a las restantes funciones, que son delegables, la función de establecer la política general resulta, por su propia naturaleza y cometido, indelegable, ya que al órgano máximo de gestión debe corresponderle en todo momento y como mínimo, so pena de acabar con la unificación y jerarquización de la actividad directora, la función de diseñar y programar la estrategia y objetivos de la empresa, función que lleva implícitas, según apunta RODRÍGUEZ ARTIGAS, las tareas de aprobar los planes generales de aplicación de la estrategia formulada, elegir los principa-

(91) SCIARELLI, *Il proceso...*, *op. cit.*, p. 297.

les cuadros de dirección, orientar los planes a largo plazo y examinar y valorar los resultados de las operaciones (92).

Anteriormente se ha señalado cómo por la complejidad de la gestión social, el carácter profesional de la misma y la necesaria concentración de las decisiones de administración patrimonial se han ido acrecentando de manera constante los poderes del Consejo de Administración, hasta el punto de que hoy aparece atribuida a este órgano social la función de establecer la política general de gestión, con lo que viene a ser el órgano administrador por excelencia. De él surgen, en consecuencia, las delegaciones y en él encuentran el punto de referencia y engarce los distintos centros de decisión creados para atender a las exigencias de la especialización, pero en él, asimismo, debe residir, sin posibilidad de dejación o delegación, la función suprema de determinar la política general de la sociedad, que constituye, como sabemos, la medula o núcleo del poder de gestión, mientras no hay inconveniente en que la ejecución material de esa política se encomiende a otras personas, así como la realización de aquella actividad administradora que consiste en atender al desenvolvimiento ordinario de la empresa o "gestión diaria" de la misma.

El poder de gestión se encuentra concentrado y unificado en los Consejos de Administración a los que corresponde, por tanto, la formulación y señalamiento de los objetivos y de la política general de la sociedad, función esencial ésta que por naturaleza es indelegable si se quiere asegurar la unidad de proceso de gestión, pero, de todas maneras, no debe olvidarse, y en este sentido se ha insistido suficientemente en las páginas anteriores, que la gran complejidad de la gestión social moderna y la creciente tecnificación y profesionalización de la misma llevan a operar en ella cada vez con mayor intensidad los criterios y decisiones del personal directivo o ejecutivo. Por tanto, aunque la aprobación de la estrategia general de la sociedad continúe vinculada al máximo órgano administrador de la misma, normalmente la preparación de los programas generales y su desarrollo futuro en el seno de la empresa se encuentran en manos de personal técnico y profesional, lo que determina que a escala de los hechos se introduzcan matizaciones y condicionamientos que en alguna manera oscurecen o difuminan aquella delimitación precisa que se establece en la estructura del poder, aunque también es cierto, según han hecho notar BARAN y SWEETZ, que, en definitiva, los intereses de los "ejecutivos", miembros activos de la organización, no difieren gran cosa de los intereses de los miembros del grupo de control (93).

(92) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 85.

(93) BARAN y SWEETZ, *Il capitale...*, op. cit., p. 31.