

La administración de la sociedad anónima, en el Derecho comparado

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Derecho alemán.—3. Derecho francés.—4. Derecho italiano.—5. Derecho anglosajón.

1. INTRODUCCION

Los problemas, tensiones y factores a que en la actualidad se ve sometida la sociedad anónima son comunes a los ordenamientos mercantiles de todos los países de economía capitalista desarrollada, porque en el fondo constituyen la emanación de una infraestructura que se presenta en términos similares o muy parecidos en las naciones avanzadas. Por ello no es de extrañar que aun existiendo las naturales variantes de una normativa a otra, nos encontremos una organización de la actividad administradora en la anónima que tiene muchos puntos de contacto y coincidencia, y que apunta a los mismos recursos e instrumentos para hacer frente y tratar de resolver las exigencias que plantea un mundo mercantil en trance de vertiginoso y arrollador cambio.

Tal como hace notar el profesor Rubio, la marcha de la disciplina más reciente de la sociedad anónima sigue siendo, y no sólo en sus líneas generales, la misma en cuantos países la han acometido, desde Inglaterra y los Estados Unidos de América hasta Suiza e Italia, y, en este sentido, no deja de ser significativo que, con alguna aisladísima excepción, nadie se haya extrañado siquiera de que la Ley alemana de 1937 y la reforma suiza del Código de las obligaciones en 1936 respondieran a una misma trayectoria, a pesar de la diferencia de regímenes políticos (1).

Y es que los hechos económicos tienen su propio lenguaje y obligan a una determinada confirmación de la normativa jurídica destinada a encuadrarlos y disciplinarlos por encima de cualquier consideración de tipo ideológico y político. En consecuencia, nada de extraño tiene

(1) RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1964, p. 19.

que ese sensible organismo que es la sociedad anónima se vea sometido en los países de similar estructura económica a unas mismas fuerzas reformadoras y a unos mismos estímulos de cambio.

Es frecuente a la hora de abordar el estudio comparado de la sociedad por acciones escindir los distintos ordenamientos en dos grandes grupos: el germano-italiano, por un lado, y el anglo-francés, por el otro. Característica típica del primer grupo es que junto al órgano de gestión se exige la presencia de otro órgano de vigilancia cuyo campo de atribuciones suele ser sensiblemente más amplio que el propio de los mecanismos controladores de los países pertenecientes al otro sistema. En el segundo, en cambio, la nota determinante viene dada por la compactación de la actividad administradora en un solo órgano (de ordinario, Consejo de Administración), del que es corriente emane una Dirección que se encarga de la gestión «diaria» de la empresa bajo la inmediata fiscalización del Consejo, correspondiendo a los órganos de control (Comisarios) la mera inspección contable de la marcha de la sociedad.

De todas maneras, la división anotada se encuentra en franca crisis en virtud de las recientes reformas promulgadas en algunos de los países más característicos de uno y otro grupo. Así, el Derecho francés ha dejado de ser desde la reforma de 1940-1943 el más representativo del grupo a que presta su nombre, al establecerse con carácter obligatorio la existencia de dos órganos de administración social (el *Conseil d'administration* y el *President-Directeur Général*), iniciando un proceso de acercamiento al modelo germánico que se ha visto impulsado de manera sensible con la nueva Ley de 1966, que ha previsto, si bien en forma voluntaria, una estructuración de la actividad de gestión copiada de la alemana; mientras que el Derecho italiano se ha alejado asimismo del marco al que se le adscribe en cuanto la conformación y actuación del *Collegio Sindicale* son más parecidas a las de los Comisarios de Cuentas galos que a las del *Aufsichtsrat* teutón.

Lo que sí parece cierto es que hoy se encuentra en auge el sistema alemán y en él se inspiran las más recientes reformas de la sociedad anónima, aparte de que, según apunta Rodríguez Artigas, la práctica tiende a favorecer el acercamiento de ambos sistemas, ya que en el sistema anglo-francés el Consejo de Administración se ha convertido de hecho en un organismo de vigilancia y en el germano-italiano el Consejo de Vigilancia tiende a participar en la gestión social (2).

2. DERECHO ALEMÁN

La característica más resaltante del sistema alemán en materia de administración quizá consista en la persistencia y continuidad con que se ha mantenido, a través de una larga evolución legislativa, la dualidad de órganos intervinientes en aquélla. En efecto, por un lado

(2) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971, pp. 94-95.

hallamos un organismo encargado de la gestión de los asuntos sociales y, por el otro, un segundo mecanismo al que se encomienda la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora. Con ello, el legislador alemán ha pretendido vigorizar la posición de los administradores frente a las interferencias de los accionistas, pero reforzando a su vez la intervención de éstos en todo lo referente al control de la gestión, produciéndose de esta manera una más precisa, racional y eficiente delimitación de funciones y el fortalecimiento de cada uno de los órganos rectores para el más cabal cumplimiento de la misión que le es propia.

El proceso se inicia con el Código de comercio (ADHGB) de 1981 que, aunque contempla el Consejo de Administración a la manera que era corriente para el momento en el Derecho europeo, prevé ya a su lado, si bien con carácter facultativo, un Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*) al que se encomienda el control de toda la actividad gestora. El origen de esta figura parece hallarse en las sociedades comanditarias por acciones que al comprender dos categorías de socios precisaban de un mecanismo de inspección compuesto por los socios accionistas a objeto de controlar la actuación de los socios gestores, y la justificación de su extensión al campo de las anónimas suscitó dudas y controversias, hasta el punto de que algún autor calificó su inserción de «irreflexiva y ligera».

El movimiento se vigoriza con la *Aktiennovelle* de 11 de junio de 1870 por la que, ahora ya de manera imperativa, se establece la administración de la sociedad anónima sobre los dos pilares del *Aufsichtsrat* o Consejo de Vigilancia y del *Vorstand* o Dirección (Consejo de Administración). El carácter necesario que esta Ley atribuye al Consejo de Vigilancia se justifica como un contrapeso del riesgo implícito en la supresión de la autorización estatal para la constitución de las sociedades anónimas que la misma instaura.

Aunque ahora, a diferencia de lo que ocurría en el ADHGB, ya se establece una relativa delimitación entre uno y otro órgano, parece ser que en la práctica el funcionamiento de este mecanismo dual en la esfera de la administración no estuvo exento de interferencias y confusiones, hasta el punto de que el legislador alemán tuvo que reconocer que en la realidad de los hechos el Consejo de Vigilancia había logrado asumir las funciones del antiguo Consejo de Administración, pasando a desarrollar la gestión de los asuntos sociales junto con el *Vorstand*.

La *Aktiennovelle* de 18 de julio de 1884 y el Código de comercio de 1897 (HGB) mantuvieron el sistema en la forma imperativa instaurada, aunque no acertaron a plasmar con la necesaria precisión y claridad las líneas maestras de los dos mecanismos de la administración social, remitiendo a los estatutos la distribución y determinación de las facultades entre ellos. Así, a tenor del artículo 246 del segundo se permitía que estatutariamente se asignasen al Consejo de Vigilancia atribuciones de gestión que podían suponer desde la paralización de las decisiones adoptadas por la Dirección hasta el sometimiento de

ésta, en la esfera de la actividad administradora, a las órdenes impartidas por aquél. Como ha escrito Schmidt, es cierto que normalmente la actuación del Consejo de Vigilancia se concretaba en el señalamiento a la Dirección de las directrices a seguir en su gestión de los negocios sociales, pero la posibilidad de una estructuración distinta por vía estatutaria estaba latente y con ella la incertidumbre en cuanto a la precisa delimitación de las funciones de ambos órganos en el campo de la atribución de responsabilidades (3).

No debe extrañar, por tanto, que en la práctica, pese a los propósitos del legislador, ambos organismos se entremezclasen peligrosamente en sus funciones, burlando el acusado y superior carácter gestor que la ley alemana quería ostentase la Dirección y desdibujando el específico cometido de control que se asignaba al *Aufsichtsrat*, hasta el punto de que, según advierte Wiethölter, en la fase fundacional de una sociedad anónima el nombramiento de los miembros del Consejo de Vigilancia lo realizaban los fundadores o los Bancos participantes en la sociedad y posteriormente el propio Consejo designaba sus componentes, pasando a formarse la Dirección, en el mayor número de casos, con un grupo de miembros de dicho Consejo (4).

La confusión se subsana en buena medida mediante la *Aktiengesetz* de 30 de enero de 1937, que vino a fijar en forma inmodificable las respectivas competencias de los dos órganos de administración social. En efecto, aparte de otras novedades tales como las acciones privilegiadas sin voto, el aumento condicionado de capital y las obligaciones convertibles, la Ley de 1937 atribuye la dirección de la sociedad exclusivamente al órgano administrativo *Vorstand* (*Führerprinzip*) (5), el cual ostenta, en consecuencia, los poderes de gestión y representación y puede asumir forma unipersonal o colegiada (art. 70), caso este último en el que sus miembros han de actuar conjuntamente y adoptar resoluciones por unanimidad, a no ser que los estatutos permitan tomar decisiones por mayoría.

Al Consejo de Vigilancia, por su parte, le corresponde el nombramiento de la Dirección y el control de su gestión, vigilando la legalidad, oportunidad y corrección de su actuación (art. 95), pero sin que pueda intervenir en la marcha de los asuntos sociales, a no ser de manera excepcional en aquellas materias previstas estatutariamente o que el mismo Consejo considere dignas de su atención dada la importancia de las mismas. El Consejo de Vigilancia puede designar de su seno una o varias comisiones, especialmente con el fin de preparar sus deliberaciones y acuerdos o velar por el cumplimiento de éstos (art. 92), delegación de atribuciones respecto a cuya extensión los autores no se ponen de acuerdo, pues si bien la doctrina suele coincidir en cuanto a que no cabe delegar las facultades de vigilar, convocar la Junta General

(3) SCHMIDT, *Grosskomm Aktiengesetz*, I, Berlín, 1961, p. 248.

(4) WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft in amerikanischen und deutschen Recht*. Karlsruhe, 1961, pp. 288 y ss.

(5) VON CAEMMERER, *La riforma tedesca delle società per azioni del 1965*, en *Rivista delle società*, 1967, I-II, p. 167.

y aprobar los balances, respecto a otros campos de actuación del Consejo se discute sobre su posibilidad o no de transferencia y sobre el grado en que la delegación puede ser hecha.

En materia de delegación debe señalarse, asimismo, que a tenor del artículo 71 de la Ley de 1937 la Dirección «puede autorizar individualmente a sus miembros para la ejecución de ciertos asuntos o de cierta clase de asuntos», permisión que implica la posibilidad de delegación parcial del poder de representación (*Vertretung*) que, en principio, corresponde a dicha Dirección en forma colectiva; contrariamente, no existía previsión legal sobre la dejación de los poderes de gestión (*Geschäftsführung*), lo que no impidió que la doctrina la admitiese en base a considerar la frecuente interconexión y mutua dependencia que se dan entre la actividad gestora y la actividad representativa.

Se produce, de esta manera, la distribución de la competencia en el ámbito de la estructura societaria mediante la articulación en dos Consejos del órgano *lato sensu* administrativo (6), a los que corresponde la actuación de la administración en un régimen de equilibrio, pues si bien el *Vorstand* vio reforzada su independencia, el posible peligro que ello entrañaba se conjuró al reforzar las facultades de vigilancia del *Aufsichtsrat*, el cual podía destituir a la Dirección.

El último paso de esta evolución legislativa en Alemania viene dado por la vigente *Aktiengesetz* de 6 de septiembre de 1965, que establece el régimen jurídico de las sociedades anónimas y que, en lo que respecta a los órganos de administración social, introduce sólo pequeñas modificaciones de detalle manteniendo invariada la división de funciones entre los varios mecanismos sociales, que había sido introducida por la Ley de 1937. Entre las causas propiciadoras de la reforma se suele señalar la de que era preciso fijar minuciosamente las sanciones apropiadas a la mayor autonomía y a la creciente responsabilidad que se asignaba a los administradores, porque si en un régimen totalitario era natural que existiese la convicción de que el Estado podía intervenir en todo tiempo, con los instrumentos a su disposición, cuando reconociese en un cierto tipo de dirección de la empresa un peligro para la colectividad, ahora, mutadas la mentalidad y la estructura socio-política, se trataba de averiguar si el sistema de publicidad podría ser estructurado y los derechos de los accionistas potenciados de modo que representasen un eficaz contrapeso al poder de los administradores. También debe resaltarse la necesidad de dar una nueva regulación a los *Konzern*, pues mientras la Ley de 1937 contemplaba la sociedad por acciones como empresa autónoma, en la actualidad cerca del 70 por 100 de las sociedades se hallaban recíprocamente coligadas en *Konzern*, tarea de especial dificultad ya que el legislador se movía en un terreno nuevo por completo (7).

Como se señalaba, la nueva normativa ha mantenido la dualidad de órganos administradores, consumando así una evolución netamente

(6) GAMBINO, *El ruolo della giurisprudenzá. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, en *Rivista del diritto commerciale*, julio-agosto 1967, p. 267, n. 42.

(7) VON CAEMMERER, *La riforma tedesca...*, loc. cit., p. 170.

nacional y ratificando la preferencia por una estructura de la gestión social que se ha revelado como adecuada y eficiente y ha influido de manera notoria en el moderno movimiento mundial de reforma de la sociedad anónima. Según el artículo 76 de la Ley de 1965, «el *Vorstand* dirige la sociedad bajo su propia responsabilidad», habiendo desaparecido en dicho precepto la frase del anterior artículo 70, que, en clara referencia al momento político en que fue promulgado, hablaba de «según las exigencias del bien de la empresa y su personal, y el interés común del pueblo y del Estado», sin que prosperase tampoco, algo que la doctrina lamentará porque reflejaba el carácter social que debe adornar a la sociedad anónima, la que había sido propuesta para reemplazarla, que rezaba: «conforme al interés de la empresa, sus empleados y sus accionistas, así como al interés general».

La Dirección puede estar integrada por una o varias personas, que no necesitan ser accionistas, pero que no pueden ser miembros del Consejo de Vigilancia (art. 105), lo que, a no dudar, contribuye en forma sustancial a reforzar la independencia de aquella frente a éste, algo que ha sido una constante en la regulación germánica de la sociedad anónima. El nombramiento y destitución de los componentes del *Vorstand* corresponde al *Aufsichtsrat* (art. 84), pero la renovación no es libre, sino que tan sólo procede cuando existan motivos fundados que la justifiquen.

A la Dirección están atribuidos los poderes de gestión y de representación, ahora configurados y separados con mayor nitidez. A tenor del artículo 77, la gestión corresponde en forma mancomunada a todos los miembros del *Vorstand*, salvo las excepciones permitidas por los estatutos o por el reglamento interno de dicho órgano, lo que representa, en el sentir de la doctrina, la consagración de dos criterios básicos: la indelegabilidad de ciertas facultades ínsitas a la Dirección en cuanto mecanismo colegiado y la responsabilidad de ésta por los actos de sus delegados (8). Según el artículo 78, la Dirección representa a la sociedad en juicio y fuera de él, sin que sean eficaces frente a terceros las limitaciones que puedan establecerse a este poder (art. 82), aunque debe anotarse lo corriente que es en la práctica el que los estatutos acojan fórmulas de representación individual o conjunta por dos personas, procediendo a derogar el principio de la representación colegial a través del procedimiento previsto en el mismo artículo 78 de la Ley.

Al *Aufsichtsrat* corresponde la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora de la Dirección (art. 111), debiendo estar integrado al menos por tres miembros, aunque los estatutos pueden exigir un número superior; la elección de sus integrantes compete a la Junta General de Accionistas, a no ser que ésta delegue semejante atribución en el propio Consejo o se trate de miembros cuyo nombramiento corresponda al personal de la empresa (art. 101). A la vigilancia *stricto*

(8) WÜRDINGER, *Aktien und Konzernrecht*, Karlsruhe, 1966, pp. 113 y ss.; GODIN-WILHELM, *Aktiengesetz*, I, Berlín, 1967, pp. 377 y ss.; HUECH, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1970, pp. 141 y ss., etc.

sensu se añaden como funciones propias del Consejo la aprobación del balance y de las cuentas generales de la sociedad, pero, en cambio, ratificando la orientación anterior, se prohíbe que el mismo desempeñe la gestión de los asuntos sociales, salvo que los estatutos o el propio Consejo hayan establecido que determinadas decisión de gestión sólo pueden adoptarse con la aprobación de este último, situación que, excesivamente difundida en la práctica, produce el inevitable enturbiamiento dentro de la organización de la actividad administradora, en cuanto da lugar a un punto de coincidencia funcional de dos órganos que, en principio, deberían actuar por separado y a la manera de recíproco contrapeso, y ocasiona, como antes señalaba, que un genuino mecanismo de control participe en la gestión social con daño de la pureza y limpidez del sistema, hasta el punto de que los autores duden sobre si es posible continuar hablando de que el Consejo de Vigilancia constituye un órgano de administración pasiva.

La coordinación entre ambos órganos se logra mediante la obligación que pesa sobre el *Vorstand* de informar al Consejo en relación a la política de la sociedad y otras cuestiones fundamentales de la futura gestión, a la marcha de los negocios y a la situación general de la sociedad (art. 90), información que procede realizar en los plazos legalmente establecidos. De esta manera, hace notar Iglesias Prada, ambos órganos, considerados como piezas del conjunto general de la administración, tienen a su cargo el desarrollo de la actividad administradora con una perspectiva de equilibrio cuyo mejor fundamento es la independencia que caracteriza su reglamentación legal (9).

Por lo que se refiere a la delegación de facultades, la Ley de 1965 es extraordinariamente parca en relación al *Vorstand*, pues se limita a establecer que podrá dictarse un reglamento para la Dirección sin especificar cuál deberá ser su contenido. Ha sido la doctrina la que ha procedido a desarrollar esta materia sobre la base de que hay un núcleo de funciones que no es posible delegar, mientras que las restantes es posible encomendarlas a sus miembros en aras de una más rápida y eficiente realización de la actividad gestora; entre las primeras, que al no ser delegables deberán ser cumplidas por la Dirección como colegio, se encuentran la información sobre el desarrollo de la gestión, llevar la contabilidad, realizar las actuaciones que en situación de pérdidas o de insolvencia dispone el artículo 92 y presentar el balance y la documentación acreditativa de la marcha de los asuntos sociales.

Más amplia es la previsión legal en este punto con relación al *Aufsichtsrat*, ya que a tenor del artículo 107 se pueden constituir en el seno de aquél comisiones delegadas a objeto de preparar asuntos o decisiones de la competencia del mismo o para controlar la puesta en marcha y realización de sus acuerdos. En principio, la creación de tales comisiones es libre, y, por lo que respecta a si los estatutos pueden imponer su constitución, la doctrina alemana se halla dividida, ya que mientras ciertos tratadistas no ponen objeción a la validez de

(9) IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, pp. 56-57.

una disposición estatutaria de semejante tenor, otros rechazan tal posibilidad, en razón, como dice Janberg, de que la imposición de una comisión al Consejo de Vigilancia privaría a este órgano de sus poderes y si se entendiese que, no obstante la creación de la comisión, conserva aquél la competencia sobre las materias atribuidas a ésta, dicha comisión quedaría privada de justificación y sentido (10).

De todas maneras, el número de atribuciones del Consejo indelegables que la Ley de 1937 contemplaba se ha visto sensiblemente ampliado por la de 1965, ya que el artículo 107 de la misma recoge un compacto haz de tareas que en forma necesaria tienen que ser cumplidas por el *Aufsichtsrat* en pleno, aparte de que existe expresa reserva del poder decisorio a favor de este organismo, pues hoy, a diferencia de lo que ocurría con la normativa derogada, no existe duda alguna de que las diversas comisiones delegadas que designe el Consejo carecen de carácter ejecutivo.

Finalmente, la doctrina entiende que el nombramiento de una comisión en el seno del Consejo de Vigilancia no implica responsabilidad por la actuación de ella para aquellos miembros que no hayan sido designados para integrarla, respecto a los cuales la responsabilidad se circunscribe a la que proceda por la elección y vigilancia de sus integrantes.

Queda expuesta así, de manera panorámica, la organización de la actividad administradora en la sociedad anónima alemana, modelo que, como antes decíamos, funciona en la práctica y es acogido en forma creciente por las modernas regulaciones societarias, porque, en el fondo, y ahí está la raíz de su éxito, se ha limitado a plasmar en las normas algo que viene impuesto por la fuerza misma de la empresa: la transformación de los tradicionales órganos de administración en meros instrumentos de control y vigilancia.

Sin embargo, no se crea que el sistema es técnicamente perfecto y que la dualidad de órganos en el campo de la administración social constituye la solución ideal para atender a las actuales tensiones y exigencias de las estructuras de gobierno de la anónima. En efecto, ya se ha apuntado que con anterioridad a la Ley de 1937 el Consejo de Vigilancia funcionaba en la práctica como un Consejo de Administración, gestionando los asuntos sociales de manera conjunta con el *Vorstand*, e, incluso, tras esa Ley y en la actualidad, gran número de autores estiman que la diversificación de órganos no ha conseguido alcanzar las metas perseguidas por el legislador. Así, en base a una encuesta realizada sobre 132 sociedades de la República Federal Alemana, Werth considera que el *Aufsichtsrat* es un mecanismo ineficaz en las compañías cuyo capital se halla muy diseminado, mientras que en aquellas otras en que existe una fuerte concentración de capital el Consejo es, de hecho, cogestor con la Dirección (11). Y ello, re-

(10) JAMBERG, *Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht*, en *Die Aktiengesellschaft*, enero de 1966, pp. 1 y ss.

(11) WERTH, *Vorstand un Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft*, Düsseldorf, 1960, pp. 51 y ss.

salta Rodríguez Artigas, no sólo por la inobservancia de los preceptos legales sino porque, de una parte, sólo a través de una participación en la gestión es posible ejercer una eficaz vigilancia sobre ésta, y, de otra, la posibilidad, legalmente establecida, de impedir que determinados asuntos, fijados por el mismo Consejo de Vigilancia, se concluyan sin su consentimiento, concede a este órgano una no despreciable influencia en la marcha de la gestión (12).

3. DERECHO FRANCES

Como ya se ha advertido, tradicionalmente ha sido frecuente oponer al sistema germánico de dualidad de órganos en la administración social el denominado sistema francés, cuya característica básica residiría en que la administración corresponde a un único órgano y el control de su actividad tan sólo tiene lugar a través de la mera revisión contable. Pero tal estructura del poder social se ha visto seriamente afectada en virtud de la creciente influencia de los cuerpos de dirección de la empresa, que ha dado lugar a que la actividad de gestión ordinaria haya ido pasando del seno del Consejo de Administración a la Dirección, lo que determina, en consecuencia, la participación de un doble órgano en la esfera administrativa con resultados muy similares a los que se producen en el sistema alemán.

La venerable Ley de 24 de julio de 1867, llamada *la charte des sociétés par actions*, mejoró muy poco en punto a la administración social el deficiente y escaso sistema establecido por el *Code de Commerce*. Su artículo 22 calificaba a los administradores como mandatarios (13) y les facultaba para elegir entre ellos un director, o, si los estatutos lo permitían, designar un mandatario extraño a la sociedad, del que serán responsables con relación a ella, permisión en la que es frecuente hallar el punto de arranque de una evolución que permitiría estructurar la administración social en base a una mayor agilidad, unidad, modernidad y eficiencia de la misma.

Curiosamente, la reunión de los administradores en Consejo no tenía previsión legal, pero en la práctica fue normal su constitución por más que su existencia tuviese mero carácter voluntario. Eran las disposiciones estatutarias las que, modelando y repitiendo un mecanismo surgido de la misma vida mercantil, acostumbraban a contemplar un Consejo de Administración, Consejo que, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 22 de la Ley, solía delegar parte

(12) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 102.

(13) Los autores resaltaban cómo la ley implícitamente negaba a los administradores, considerados individualmente, la calidad de mandatarios de la sociedad, por lo que semejante calidad correspondería en exclusiva al Consejo en su conjunto, regla que, aunque no formulada de manera expresa por la Ley de 1867, se desprende sin duda de su espíritu y se hallaba confirmada por un uso constante, recordando que es principio en el campo mercantil el que los usos deben prevalecer sobre la ley civil.

sustancial de sus atribuciones en un Comité de dirección, administrador delegado (cuando fuese miembro del Consejo) o director general (si no era consejero).

Aunque no faltan autores que estiman que el artículo 22 se limitaba a permitir que los administradores pudiesen hacerse representar entre sí por un extraño en las sesiones del órgano de administración (14), la casi generalidad de la doctrina francesa considera que tanto el administrador delegado como el director general eran mandatarios sustitutos que estaban sometidos al superior poder de los administradores, cuya responsabilidad no enervaban, y se encuadraban jurídicamente en la figura civil de la sustitución en el mandato, cuya normativa les era aplicable por analogía (15).

Al administrador delegado y al director general se les dotaba de los poderes precisos para atender a la gestión ordinaria de la sociedad, tales como la admisión, despido, vigilancia y control del personal, movimiento de fondos, conclusión de contratos, ejercicio de acciones judiciales, adopción de medidas urgentes, etc. (16); su actuación quedaba sometida a la inspección del Consejo, al que, por lo demás, solía reservarse la competencia para decidir los asuntos más trascendentales en la marcha de la sociedad. En las grandes compañías era frecuente, también, que entre el Consejo de Administración y los delegados existiese un Comité de Dirección que venía a ser una especie de delegación permanente y colegiada del primero.

El sistema funcionó moderadamente bien mientras el mundo societario tuvo una expansión limitada, pero, a medida que el campo de la anónima creció en extensión, importancia y complejidad, la falta de una adecuada y precisa normación legal se reveló como fuente propicia para toda clase de abusos e irregularidades. Como señalaría Bosvieux: «Eran numerosas las sociedades en las que se multiplica-

(14) LYON CAEN Y RENAULT, *Traité de Droit commercial*, II-2.º, París, 1909, pp. 219 y ss.

(15) VAVASSEUR *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, París, 1868, pp. 149 y ss.; DE COURCY, *Les sociétés anonymes*, París, 1869, pp. 17 y ss.; GONTIER, *Le directeur et l'administrateur délégué de la société anonyme*, París, 1915, p. 3; THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, París, 1925, p. 425; ESCARRA Y RAULT, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, IV, París, 1959, p. 194.

(16) PIC, *De l'administrateur délégué, du directeur général et du directeur technique dans les sociétés anonymes*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, octubre-diciembre de 1913, pp. 694 y ss. Señalaba este autor cómo la disposición del párrafo 2.º del artículo 22 de la Ley de 1867 era una de las más inoportunas y oscuras de la Ley, y no se deplorará bastante que el legislador no haya creído que debía, como ha hecho el legislador alemán, trazar una teoría general de la dirección, determinando con exactitud la manera de nombrar el Director, sus poderes, su responsabilidad, tanto respecto al Consejo, como respecto a la sociedad. En vano la práctica y la jurisprudencia se han esforzado en edificar, sobre las bases del artículo 22, una construcción jurídica coherente; los trabajos preparatorios son tan confusos, las situaciones que los redactores de dicho artículo han agrupado bajo un solo texto son, en el fondo, tan desemejantes, que, por la fuerza misma de las cosas, Tribunales y comentaristas se encuentran frecuentemente en falta y llegan a afirmaciones contradictorias o difícilmente conciliables.

ban con exceso los puestos de administradores, adquiriendo el derecho a amplias remuneraciones, sin necesidad de aptitudes especiales ni de un trabajo efectivo. En otras sociedades, los administradores se repartían entre ellos las funciones directivas mediante contratos de arrendamiento de servicios, aumentando así sus ventajas pecuniarias y garantizándose contra el riesgo de la revocación. Muchos Consejos de Administración, cuyos miembros no respondían más que civilmente de sus faltas, se limitaban a ejercer un control discreto e intermitente sobre los actos del administrador delegado y del director, que si bien, por lo general, eran la pieza maestra de la empresa, no quedaban obligados *vis a vis* con la mayoría de los accionistas...» (17). En especial, era frecuente que la regla fundamental de la revocabilidad *ad nutum* de los administradores resultase de hecho burlada mediante la atribución a los mismos de funciones asalariadas de dirección en la sociedad, funciones frecuentemente inútiles, creadas tan sólo para que ellos las conservasen en caso de revocación como administradores o para que pudiesen obtener una indemnización el día de su separación (18).

La situación se trató de atender mediante las Leyes de 16 de noviembre de 1940 y 4 de marzo de 1943, que instauraron una organización de la sociedad anónima fuertemente inspirada en el *Führerprinzip* de la Ley alemana de 1937, lo que dio lugar a que ciertos sectores doctrinales, aparte de criticar la imperfección y oscuridad de los preceptos legales, lamentasen la pérdida del principio de libertad en la administración social consagrado por la práctica estatutaria y pronosticasen su desaparición una vez que cesase la ocupación alemana (19), lo que evidentemente no ocurrió porque la normativa de 1940-1943 se ha mantenido en vigencia hasta muy recientes años y su espíritu ha sido recogido, en buena medida, por la Ley actual.

La nueva regulación de la sociedad anónima estableció con carácter necesario el Consejo de Administración, regulando con detalle todo lo referente a su composición, atribuciones y funcionamiento, y además exigió, también con el mismo carácter obligatorio, la presencia de un presidente-director general, que debía ser elegido por el Consejo entre sus miembros y estaba sometido a un estatuto establecido por la Ley, del que caben resaltar los puntos relativos a la cualidad de persona física del nombrado, plazo de designación no superior a seis años, prohibición de desempeñar el cargo por más de dos mandatos, específica concreción de su responsabilidad y posibilidad de revocación *ad nutum* por el Consejo (20).

(17) ESCARRA, *Traité...*, IV, *op. cit.*, p. 198; RIPERT y ROBLOT, *Traité élémentaire du Droit commercial*, I, París, 1963, pp. 476 y ss.; BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1957, pp. 83 y ss.

(18) HÉMARD, *La réforme des sociétés par actions en France et la loi du 24 juillet 1966*, en *Rivista delle società*, 1967, I, II, p. 134.

(19) BADOUIN, BUGNET y GOZARD, *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*, París, 1941, pp. 60 y ss.; VERNON, *Le président-directeur général dans les sociétés anonymes*, París, 1958, pp. 19 y ss.; BERR, *L'exercice...*, *op. cit.*, pp. 94 y ss., etc.

(20) VERNON, *Le président...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

El propósito legal se orientaba a que en adelante la administración estuviese encomendada al Consejo y la dirección se vinculase al presidente-director general, que de esta manera vendría a tener importancia relevante en la estructura administradora porque sobre él pesaría la gestión ordinaria y permanente de los asuntos sociales y quedaría, de hecho, constituido en el genuino jefe de la empresa. Sin embargo, el legislador no se cuidó de clarificar suficientemente qué debía entenderse por administrar y qué por dirigir, con lo cual trasladó el problema a la iniciativa y previsión de los juristas que han tenido que ir procediendo, a través de una progresiva depuración estatutaria, a modular de manera adecuada las respectivas atribuciones de una y otra actividad, con su resultado práctico francamente halagüeño porque lo cierto es que se han suscitado escasos conflictos en una materia tan delicada como ésta, en la que, por la imprecisión legal, eran de temer frecuentes controversias y disputas.

El presidente-director general podía estar asistido de un director general adjunto, designado en el seno del Consejo o ajeno a él y que la doctrina suele considerar como mandatario aunque no se ponga de acuerdo sobre si la relación contractual se establece con el Consejo o con el presidente-director general (21), y delegar, caso de encontrarse impedido, la totalidad o parte de sus funciones en un administrador, salvo que por hallarse en la imposibilidad de realizar tal delegación, proceda el Consejo a designar uno de sus miembros (22). Según reseña Iglesias Prada, esta delegación tenía un carácter completamente excepcional porque no se pretendía a través de ella el establecimiento de una determinada organización de la administración social, sino la conservación de un esquema preestablecido cuando circunstancias especiales impidiesen el desarrollo de su actividad a uno de los elementos del mismo (23).

La necesidad de modernizar y reducir a unidad los diversos textos legales vigentes, así como el propósito de armonizar la legislación francesa sobre sociedad anónima con las leyes de los otros países del Mercado Común, llevaron a Francia a promulgar la Ley de 24 de julio de 1966, que, con sus 509 artículos, constituye, en expresión de Hemard, un verdadero Código de las sociedades comerciales. El proyecto original remitido por el Gobierno a la Asamblea Nacional se limitaba en la parte referente a la administración social a modificar muy levemente el régimen instaurado por la legislación de 1940-1943,

(21) OLLIER, *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, en *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 1961, pp. 535 y ss.

(22) La Ley de 1940 hablaba de que el presidente se encontrase en la imposibilidad de ejercer sus funciones, que, para los comentaristas, resultaría de un caso de fuerza mayor, en particular de la guerra o de una enfermedad; la Ley de 1943 dulcificó los términos al permitir la delegación siempre que el presidente se hallase impedido, término este que, ante la falta de un criterio jurisprudencial, los autores entendían en forma amplia como comprensivo de una enfermedad, viaje, interrupción de las comunicaciones con un establecimiento y otras similares: BERR, *L'exercice...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

(23) IGLESIAS PRADA, *Administración...*, *op. cit.*, p. 64.

pero el órgano parlamentario, a iniciativa de Capitant y Le Douarec, consideró conveniente introducir un dispositivo de administración como régimen paralelo y alterno al tradicional recogido en el proyecto, novedad de estirpe netamente alemana, que sus impulsores no se recataron en reconocer al admitir de manera expresa que «el Derecho alemán ha sabido dar a las sociedades anónimas una estructura más lógica y más eficaz que la que les impone el Derecho francés», a cuyo tenor dentro del campo de la actividad administradora se distinguiría entre la gestión de los asuntos sociales y la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora. La Asamblea Nacional aprobó la adición, pero el Senado juzgó demasiado innovadora la organización prevista e introdujo en ella diversas modificaciones, rechazando el comité de empresa, que propugnaba Capitant, en cuanto órgano de control representante de los trabajadores, y vigorizando netamente los poderes del Consejo de Vigilancia. Como producto de una transacción entre las posturas de una y otra Cámara, se llegó así a la Ley de 24 de julio de 1966 (reformada por la Ley de 4 de enero de 1967).

La Ley de 24 de julio acoge dos formas de sociedad anónima en cuanto a la organización de su administración: una, la tradicional, y otra, la novedosa. La tradicional está plasmada en los artículos 89 a 117, a cuyo tenor la sociedad anónima debe estar dotada de un Consejo de Administración que administra la sociedad (art. 89) y de un presidente-director general que «asume, bajo su responsabilidad, la dirección general de la sociedad» (art. 113).

El Consejo estará compuesto por un mínimo de tres y un máximo de doce miembros, elegidos por la Junta General y revocables por ésta en cualquier momento, y precisamente para atacar una práctica viciosa, antes apuntada, que puede suponer el desvirtuamiento de la revocabilidad *ad nutum* de los administradores, el artículo 93 establece la necesidad para el asalariado de tener un contrato de trabajo correspondiente a una labor efectiva y anterior en dos años por lo menos a su nominación como administrador. Los poderes del Consejo de Administración se hallan formulados de la manera más amplia posible por el artículo 98, pero con el límite del objeto social y su restricción estatutaria es inoponible a terceros.

El presidente-director general se elegirá por el Consejo de Administración entre sus miembros y al mismo corresponde también la separación del cargo. La delimitación de su figura jurídica y el ámbito de poderes que le corresponde aparecen especificados por la Ley, cuyo artículo 113 dispone que las cláusulas estatutarias o las decisiones del Consejo de Administración que limiten los poderes legalmente conferidos al presidente-director general serán inoponibles a terceros.

Está prevista, asimismo, la existencia de uno o varios directores generales adjuntos cuyo estatuto precisa también la Ley, exigiéndose que el capital social sea al menos de 500.000 francos para que puedan ser nombrados dos de tales directores generales encargados de asistir al presidente. Existe, finalmente, la posibilidad de que las facultades del presidente sean delegadas en forma temporal en un administrador

cuando aquél se encuentre en la imposibilidad de ejercitarlas. El Decreto núm. 236 de 23 de marzo de 1967 ha autorizado al Consejo, en su artículo 90, para otorgar a uno o varios de sus miembros o a terceros, accionistas o no, toda clase de mandatos especiales para uno o varios objetos determinados, así como para decidir sobre la creación de comités encargados de estudiar los asuntos que el propio Consejo o el presidente sometan a su consideración.

Pese al mayor cuidado y rigor del legislador, no cabe afirmar que en la normativa actual estén plenamente delimitadas las funciones de administrar y dirigir, por lo que la distribución de competencias entre el Consejo y el presidente, que formularán los estatutos o el propio Consejo, no aparece dotada de la precisa nitidez y fijeza y ha llevado a la doctrina a posiciones encontradas al tratar de determinar la esfera de competencia de cada uno de estos órganos. Así, se ha sostenido que al presidente corresponde la dirección de los asuntos sociales, mientras que el Consejo vigila su actuación; que al Consejo, en cuanto mandante, corresponde fijar con entera libertad el ámbito de atribuciones del presidente y que a éste corresponde la realización de los actos ordinarios de gestión, siendo de la competencia del Consejo los restantes (24).

Paillusseau ha advertido, frente a estas tesis, que el artículo 98 de la Ley de 1966 habla de «gestión» para referirse a la competencia del Consejo de Administración en lugar de «administración» como hacía la Ley de 1940, y entiende que gestión significa administración patrimonial de la empresa, lo que supone que el acento para la separación de competencias debe ponerse sobre el aspecto económico que va ínsito en la sustancia misma de la actividad gestora: la sociedad se administra, se gestiona la empresa (25). Sobre la base de estas ideas, hoy se va extendiendo progresivamente en el país galo la tesis de que al Consejo de Administración le está atribuido el poder de decisión, que se sustancia en la formulación de la política general de la sociedad y en la inspección y armonización de la actividad de gestión; al presidente-director general, en cambio, le compete la ejecución de aquella estrategia general o, si se prefiere, la gestión diaria de los asuntos sociales, entendida esta gestión como la realización de la política general y de los planes aprobados por el Consejo de Administración (26). De esta manera, se clarifica la distinción legal entre administración y dirección, se resalta el papel preponderante del Consejo y se hace énfasis en la idea apuntada por Tunc de que en una recta interpretación de la normativa sobre sociedades vigente debería sostenerse, mutando la expresión legal, que el Consejo dirige y el presidente administra.

La nueva estructura de administración de la anónima, ofrecida como opcional, ya que «no es posible introducir bruscamente en nues-

(24) BERR, *L'exercice...*, op. cit., pp. 90 y ss.

(25) PAILLUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, París, 1967, pp. 214 y ss.

(26) ESCARRA Y RAULT, *Traité...*, IV, op. cit., pp. 191 y ss.

tro país y de una forma imperativa y sin transición instituciones extranjeras que ofrecen el riesgo de chocar contra nuestras costumbres», está prevista en los artículos 118 a 150 de la Ley y ostenta, según antes se advertía, una clara inspiración germánica. Responde al propósito de asegurar la separación entre gestión y control y de preparar la reforma de la empresa mediante la asociación de los trabajadores al control y a la dirección de la sociedad (27). Sus piezas básicas son el *Directoire* y el *Conseil de Surveillance*.

El Directorio, órgano colectivo de gestión (28), está investido de los más amplios poderes para actuar en cualquier contingencia en nombre de la sociedad (art. 124) y acumula, en realidad, los poderes del Consejo de Administración y del presidente-director general de la sociedad anónima clásica, correspondiendo la representación del ente societario al presidente del Directorio. Está integrado por un máximo de cinco miembros, accionistas o no, que son nombrados por el Consejo de Vigilancia por cuatro años y revocados por la Junta General a propuesta del Consejo. En esta última circunstancia radica una importante diferencia entre el régimen alemán y el nuevo sistema francés, pues mientras en el primero la remoción de los miembros del *Vorstand* corresponde al *Aufsichtsrat*, en el segundo, como se acaba de señalar, está atribuida a la asamblea de accionistas, mutación con la que el legislador galo ha perseguido el logro de una mayor permanencia y estabilidad de los componentes del *Directoire*.

De acuerdo con el artículo 99 del Decreto de 23 de marzo de 1967, cabe realizar una distribución de las funciones del Directorio entre sus miembros, si existe previsión estatutaria al respecto y la autoriza el Consejo de Vigilancia. Semejante atribución, empero, no priva al Directorio de su carácter de órgano colegiado de dirección y atribuye a los designados la condición de directores generales.

Al Consejo de Vigilancia compete «el control permanente de la gestión de la sociedad» (art. 128), está compuesto por un número de miembros que pueden oscilar de tres a doce, que deben ser accionistas, y son nombrados y removidos por la Junta General. Está facultado para realizar en cualquier momento las inspecciones y controles que juzgue oportunos y puede solicitar toda la documentación que considera pertinente al respecto; por otra parte, aunque a diferencia del Consejo alemán no aprueba las cuentas, recibe al final de cada ejercicio los documentos contables e informa de ello a la Junta General. Los estatutos pueden subordinar la conclusión de ciertas operaciones, específicamente determinadas, por el Directorio a la previa autorización del Consejo de Vigilancia.

Según el artículo 115 del Decreto de 1967, el Consejo de Vigilancia está autorizado a conferir a sus miembros mandatos especiales para la realización de concretos cometidos y para proceder a constituir en su seno comisiones especializadas a objeto del más eficiente cumpli-

(27) HÉMARD, *La réforme...*, loc. cit., p. 141.

(28) Si el capital es inferior a 250.000 francos una persona puede ejercer esta función.

miento de su misión, lo que no empece a que el Consejo continúe asumiendo las responsabilidades que le son propias; en caso de ausencia temporal del presidente del Directorio, el Consejo puede sustituirlo por un administrador delegado nombrado al efecto.

Además de los directores generales antes mencionados, que asisten al presidente sin detrimento de sus poderes, pueden existir los directores técnicos, los cuales, a diferencia de los primeros que suponen órganos de la administración social cuyos titulares son mandatarios revocables *ad nutum*, están excluidos del estricto campo de la administración y constituyen un personal remunerado ligado a la sociedad por un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios (29). La delegación de facultades del Directorio está contemplada en forma muy restringida, circunstancia que se suele justificar en base al propósito del legislador de que los miembros de aquél desempeñen personalmente sus funciones y se dediquen de manera constante al desarrollo de las mismas (30).

4. DERECHO ITALIANO

El *Codice di Commercio* de 1882 no regulaba en forma imperativa la administración de la sociedad anónima, limitándose a establecer una serie de pautas mínimas, en régimen de gran liberalidad, que hizo derivar hacia las previsiones estatutarias la organización de la actividad gestora y permitió el surgimiento y conformación de una serie de figuras que las exigencias crecientes del mundo societario demandaban. Su artículo 121 disponía, con clara influencia francesa, que la sociedad será administrada por uno o más mandatarios, socios o no, circunstancia que implicaba no dar carácter necesario al Consejo de Administración, aunque diversos artículos del Código hacían referencia parcial y limitada a dicho órgano colegiado (arts. 140 y 141); en la práctica, según hacía notar la doctrina, lo corriente era que la gestión de los asuntos sociales estuviese encomendada a Consejos de Administración (31).

El Código permitía la constitución de un órgano colegial más reducido que el Consejo y destinado a facilitar a éste el cumplimiento de su misión administradora, en cuyo caso se producía, según hizo notar Vivante, un notable paralelismo entre el sistema alemán y el italiano, pues el *Aufsichtsrat* y el *Vorstand* del primero se correspondían a grandes rasgos con el *Consiglio di amministrazione* y el *Comitato esecutivo* del segundo en cuanto a su funcionamiento y cometido.

(29) BUGARD, *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, París, 1968, p. 153.

(30) FAHIM, *Le directoire dans les sociétés anonymes soumises aux articles 118 a 150 de la loi du 24 juillet 1966*, en *Rivista delle società*, enero-diciembre de 1969, p. 57.

(31) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1929, p. 284; NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, II, Torino, 1932, p. 127; VIVANTE, *Il Consiglio di amministrazione e il comitato esecutivo nelle società anonima*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1910, pp. 876 y ss., etc.

El artículo 148 del *Codice* contemplaba de manera expresa la figura del director general como persona extraña al Consejo al que por pacto social o por decisión de la asamblea se atribuía la parte ejecutiva de las operaciones sociales, siendo responsable frente a los socios y frente a terceros, así como los administradores, del cumplimiento de sus deberes. Su nombramiento y remoción correspondía de ordinario al Consejo, siempre que existiese permisión en los estatutos, y la doctrina le atribuía la condición jurídica de mandatario sustituto.

Contrariamente, el Código de comercio de 1882 no recogía de manera expresa la posibilidad de que el Consejo de Administración delegase alguna de sus facultades en uno o varios de sus miembros como órganos individuales de gestión, pero tampoco excluía al supuesto en cuanto del mismo había desaparecido el precepto prohibitivo del artículo 138 del Código Albertino de 1865. En la práctica, empero, se multiplicaron los casos en que se atribuían a miembros del Consejo, en cuanto administradores delegados, las facultades que legalmente estaba permitido conferir a un director general extraño, circunstancia que planteó a la doctrina y a la jurisprudencia la necesidad de encontrar la justificación de la figura.

De Gregorio sostenía que al estar admitido que la sociedad comercial nombre factores y que alguno de los administradores tenga la firma social se estaba reconociendo también, aunque fuese en forma indirecta, la posibilidad de la delegación de facultades (32). Para otros mercantilistas, en cambio, la admisión del supuesto se desprendía del número 5 del artículo 147 del *Codice* que al hacer solidariamente responsables a los administradores del general cumplimiento de sus deberes cuando «no sean propios exclusivamente de un oficio determinado y personal», realizaba el reconocimiento indirecto de la delegación de facultades a un miembro del Consejo, ya que, en otro caso, habría carecido de sentido y explicación semejante exclusión de la responsabilidad de los administradores puesto que haría referencia a un supuesto inexistente (33).

La diferenciación entre el administrador delegado y el director general se hacía descansar de manera principal en el hecho de que al no ser este último administrador no podía existir con derecho a voto a las reuniones del Consejo. A su vez, algún autor distinguía entre el director general cuyo nombramiento ha sido previsto en los estatutos, que cabe considerar como órgano facultativo de administración, y el director general surgido a simple iniciativa del Consejo, que no pasaba de ser mero colaborador y auxiliar de los administradores (34).

En cualquier caso, la existencia de delegados y directores no obs-

(32) DE GREGORIO, *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, VI, Buenos Aires, 1950, p. 422.

(33) FRE, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 184; PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, p. 64; VIVANTE, *Il Consiglio...*, loc. cit., pp. 879 y ss.

(34) SOPRANO, *Trattato teorico-practico delle società commerciale*, II, Torino, 1934, pp. 660 y ss.

taba a que al Consejo de Administración, aparte la vigilancia de la actuación de los mismos, siguiese correspondiendo la adopción de las decisiones más importantes en punto a la gestión social.

El *Codice civile* de 1942 ha mantenido, en principio, la tradicional libertad italiana en cuanto a la organización de la actividad administradora en la sociedad por acciones. En tal sentido, la administración se puede confiar a una o varias personas, que no necesitan ser socios; sin embargo, frente al Código de 1882, que no exigía que en caso de pluralidad de administradores la gestión se actuase en régimen colegial, aunque de hecho así ocurriese en la organización estatutaria de las sociedades, el artículo 2.380 del vigente dispone que cuando la administración se confíe a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración, con lo cual este órgano viene a tener un carácter formalmente necesario del que antes carecía.

El nombramiento de los administradores, que no puede hacerse por un período superior a tres años aunque cabe la reelección si no hay disposición contraria en el acto constitutivo, corresponde a la asamblea, a la que compete también su revocación en cualquier momento (art. 2.383). Los administradores que tienen la representación de la sociedad pueden llevar a cabo, de acuerdo al artículo 2.298, todos los actos que entren en el objeto social, salvo las limitaciones que resulten del acto constitutivo o del poder; las limitaciones no son oponibles a los terceros si no se inscriben en el registro de las empresas o si no se prueba que los terceros han tenido conocimiento de ellas. El Consejo de Administración es el órgano colegiado de gestión y, en consecuencia, para la validez de sus deliberaciones se exige la presencia de la mayoría de sus miembros en desempeño del cargo; sus decisiones se adoptan por mayoría absoluta, salvo disposición diversa del acto constitutivo, y el voto no puede emitirse por representación (artículo 2.388). Los administradores deben prestar caución en acciones nominativas de la sociedad o en títulos nominativos emitidos o garantizados por el Estado, en proporción no inferior al 2 por 100 del capital social (art. 2.387), disposición que, aunque orientada a garantizar la efectividad de la responsabilidad de aquéllos, deviene de hecho en una norma claramente discriminatoria y de incidencia oligárquica. Los administradores no pueden asumir la calidad de socios ilimitadamente responsables en sociedad en competencia ni ejercitar por cuenta propia o de terceros una actividad concurrente con la de la sociedad, a no ser que medie autorización de la asamblea (art. 2.390). En fin, los administradores deben cumplir los deberes impuestos por la ley o por el acto de constitución con la diligencia del mandatario y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes; en cualquier caso, los administradores son responsables si no han vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho cuanto podían para impedir su realización o para atenuar las consecuencias dañosas de los mismos (art. 2.392); frente a los acreedores sociales, los administradores responden por la inobservancia de

las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social (art. 2.394). La doctrina concibe al Consejo de Administración como un órgano colegial, necesario y permanente al que competen todos los actos de administración, ordinaria y extraordinaria, y la representación de la sociedad frente a terceros (35), resumiendo Minervini el complejo y variado haz de atribuciones que al mismo corresponde a dos actividades fundamentales: la relativa a la organización de la sociedad y la referente al ejercicio de la empresa social (36). Semejante concentración de toda la actividad gestora en el Consejo de Administración, la tendencia al aumento del número miembros componentes del mismo como consecuencia de la multiplicación del accionariado, junto con el crecimiento dimensional de la empresa y el proceso hacia la concentración y especialización del poder en el seno de la misma (37), han servido de motor para que el legislador italiano reconozca de manera expresa la posibilidad de que el Consejo pueda delegar sus facultades gestoras, disponiendo en el artículo 2.381 del *Codice* que «El Consejo de Administración, si el acto constitutivo o la asamblea lo consienten, puede delegar las propias atribuciones en un Comité ejecutivo compuesto de algunos de sus miembros, o a uno o varios de sus miembros, determinando los límites de la delegación».

La doctrina mayoritaria entiende que la delegación genérica no es inválida, sino que debe aceptarse como atribución de todas las facultades del Consejo legalmente delegables. La delegación del poder administrativo, empero, está sometida a una primera restricción consistente en que sólo pueden resultar destinatarios de la misma los miembros del Consejo; por otra parte, en razón de su importancia y función determinadora dentro de la actividad social, el propio artículo 2.381 prohíbe delegar la confección del balance de ejercicio, la cuenta de ganancias y pérdidas y la relación de los administradores sobre la marcha de la gestión social (art. 2.423); la facultad conferida al Consejo para aumentar en una o dos veces el capital mediante emisión de acciones ordinarias (art. 2.443), y la convocatoria de la asamblea cuando el capital haya disminuido en más de un tercio a consecuencia de pérdidas (art. 2.446), o cuando por la pérdida de más de un tercio del capital, éste se haya reducido por debajo del mínimo establecido en el artículo 2.327 (art. 2.447).

El nombramiento y revocación de los delegados corresponde de ordinario al Consejo de Administración, aunque se admite también sin obstáculos que excepcionalmente tales actos pueden ser realizados por la Junta General. No existe, en cambio, unanimidad en lo que respecta a si el acto constitutivo o la asamblea pueden imponer al órgano de administración la delegación de atribuciones, pues mientras Fa-

(35) BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II (*Società per azioni*), Milano, 1948, p. 366.

(36) MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 182 y ss.

(37) GUGLIELMETTI, *Delegabilità di poteri per il compimento di affari sociali nelle società per azioni*, en *Rivista delle società*, 1958, pp. 498 y ss.; PESCE, *Amministrazione...*, op. cit., p. 63.

nelli y Ferrara (38), por ejemplo, lo admiten, Guglielmetti y Pesce (39) rechazan tal responsabilidad, al menos por lo que respecta a la asamblea.

Pese a la redacción alternativa del artículo 2.381, no faltan autores que admiten la posibilidad de que coexista en una misma sociedad el Comité ejecutivo y uno o varios administradores delegados, y, en verdad, que la mera dicción literal no parece argumento bastante, tal como piensa Pesce, para excluir una dualidad o multiplicidad de los órganos delegados que no constituye ninguna desviación dogmática y que puede resultar conveniente y aun necesaria dado el crecimiento y volumen de los negocios sociales.

Mayoritariamente, la doctrina italiana rechaza la concepción tradicional de ver en los delegados simples mandatarios sustitutos, conceptuando a los Consejeros delegados y al Comité ejecutivo como auténticos órganos sociales de gestión, aunque no falte algún autor, como Brunetti, que estime que unos y otros no constituyen un nuevo órgano de la sociedad, sino tan sólo una emanación directa del Consejo de Administración, del que vienen a ser sus mandatarios (40).

En el supuesto de delegación de funciones, la responsabilidad por las actuaciones de los delegados, unipersonales o colegiados, corresponde a sus titulares, pero, en todo caso, los miembros del Consejo «son solidariamente responsables si no han vigilado la marcha general de la gestión, o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho cuanto podían para impedir su realización o para eliminar o atenuar las consecuencias dañosas de los mismos» (art. 2.392). Se explica, en consecuencia, que la doctrina reconozca que incumbe al Consejo el derecho-deber de vigilar la actuación de los delegados y que, pese a la delegación, el Consejo conserva la competencia sobre las atribuciones transmitidas, por lo que puede en todo momento repetir o modificar los actos de aquéllos y proceder a su renovación.

Fuera del ámbito estricto de la delegación de funciones y conservando la tónica del Código anterior, el vigente contempla la existencia de directores generales en la sociedad anónima, a los que equipara a los administradores en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, ya que según su artículo 2.396, «las disposiciones que regulan la responsabilidad de los administradores se aplican también a los directores nombrados por la asamblea o por disposición del acto constitutivo, en relación a los cometidos confiados a ellos». Por el contrario, en cuanto a las facultades que se pueden conferir a los directores generales existe neta diferencia con las que se delegan en los administradores, que necesariamente han de ser miembros del Consejo, puesto que sólo a éstos cabe confiar el ejercicio de las típicas funciones de

(38) FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1952, pp. 37 y ss.; FERRARA, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 1952, p. 437.

(39) GUGLIELMETTI, *Delegabilità...*, loc. cit., p. 514; PESCE, *Amministrazione...*, op. cit., pp. 72 y ss.

(40) BRUNETTI, *Trattato...*, II, op. cit., p. 370.

administración, mientras que el cometido de aquéllos no pueda pasar de lo que ya el Código de 1882 había denominado «parte ejecutiva de las operaciones sociales» (41).

El Código civil italiano de 1942 exige como órgano de la sociedad por acciones el que denomina *Collegio Sindicale*, circunstancia que a primera vista pudiera hacer pensar que, al igual que ocurre en Alemania, en Italia, dentro de la estructura administradora, coexisten dos mecanismos: el Consejo de Administración al que correspondería la gestión de los asuntos sociales y el Colegio de síndicos al que estaría atribuida la vigilancia del desarrollo de la actividad gestora. No ocurre así, en realidad, porque al Colegio de síndicos tan sólo le compete el mero control de legalidad de los actos de los administradores sin que pueda entrar a controlar, a diferencia de lo que ocurre con el *Aufsichtsrat* alemán y en menor medida con el *Conseil de Surveillance* francés, la oportunidad, conveniencia o necesidad de dichos actos, es decir, el suyo es, constata Graziani, un «control de legalidad y no de mérito» (42), aparte de que no corresponde al mismo la designación y remoción de los miembros del Consejo de Administración, función típica esta en los ordenamientos que contemplan un genuino organismo de vigilancia de la gestión social. En tal sentido, el artículo 2.403 del *Codice* establece: «El Colegio sindical debe controlar la administración de la sociedad, vigilar sobre la observancia de la ley y del acto constitutivo y determinar la manera regular de llevar la contabilidad social, la correspondencia del balance y de la cuenta de las ganancias y de las pérdidas a los resultados de los libros y de los documentos de contabilidad, y la observancia de las normas establecidas por el artículo 2.425 para la valoración del patrimonio social.

5. DERECHO ANGLOSAJON

En 1943 el Gobierno inglés nombró una Comisión presidida por Cohen con el encargo de estudiar los aspectos en que estaría necesitada de reforma la a la sazón vigente *Companies Act* de 1929. La Comisión, tras minucioso trabajo, elaboró un *Report* que, aceptado plenamente por el Gabinete, fue aprobado con ligeras modificaciones por el Parlamento y pasó a constituir la *Companies Act* de 1948, que ha estado en vigor hasta años recientes.

A tenor de la misma, la administración de la sociedad anónima está centrada en el *Board of directors*, que viene a ser el equivalente anglosajón del Consejo de Administración del Derecho continental, como órgano colegiado de gestión, compuesto por un número variable de miembros (a partir de dos), socios o no, y al que corresponde la adopción de todos los acuerdos que sean precisos para la consecución del objeto social.

(41) PESCE, *Amministrazione e delega...*, op. cit., pp. 76 y ss.

(42) GRAZIANI, *Diritto delle società*, Nápoles, 1963, pp. 392 y ss.

El funcionamiento de este órgano colectivo ha encontrado en Inglaterra los mismos obstáculos e inconvenientes que en los demás países mercantilmente desarrollados, por lo que no debe extrañar que los estatutos de las compañías contemplen la constitución de *permanent* o *governing directors* a los que se atribuye en exclusiva parte de los poderes administradores del *Board*, circunstancia que determina la estructuración de la organización administrativa a través de un doble mecanismo, similar, en esencia, al existente en los ordenamientos del sistema germánico (43).

En este mismo sentido se orienta la figura de los *managing directors*, también miembros del *Board*, a quienes éste delega el ejercicio de determinadas facultades de gestión con abandono de toda competencia concurrente sobre las mismas, aunque se reserva la posibilidad de vigilar el ejercicio de las atribuciones conferidas a los delegados. Igual que ocurre en los países continentales, junto al administrador delegado, el Derecho de sociedades inglés contempla la actuación de otras personas que sin desempeñar funciones de administración, por no ser miembros del *Board*, coadyuvan a la gestión social desde el ángulo de la ejecución o realización material de las decisiones: son los *executive* o *assistent directors*, especie de apoderados de la sociedad, en base a diversas relaciones contractuales concluidas con ella, que colaboran en la administración social y que en sentido estricto no cabe considerar *directors* en base al artículo 455 de la *Companies Act*, aunque de hecho su selección frecuentemente se haga como paso previo y como medio de prueba para alcanzar el superior rango de miembro del *Board* (44).

En 1960, el Gobierno británico designó una Comisión con el encargo de elaborar un informe sobre los argumentos y razones que justificaban la reforma del Derecho de sociedades, encargo que fue cumplido mediante la presentación en 1962 de una relación que ordinariamente se conoce por el nombre del presidente de la Comisión, Lord Jenkins (45).

El contenido del informe fue sustancialmente acogido por la *Companies Act* de 1967 que, en lo referente a la administración, no ha introducido modificaciones sensibles en el régimen británico tradicional. En efecto, la sociedad anónima aparece centrada sobre los administradores, a los que pertenecen todos los poderes sociales, salvo aquéllos que la ley o los estatutos hayan reservado a la asamblea; el poder administrador se estructura en torno al *Board of directors*, que continúa siendo la pieza maestra de la sociedad anónima inglesa y conserva su riguroso carácter colegial, siendo variable el número de sus componentes y no exigiéndose la condición de accionista para formar parte de él.

(43) GOWE, *The principles of modern company law*, London, 1957, pp. 129 y ss.

(44) BUCKLEY, *On the Companies Acts*, London, 1957, p. 892; PALMER, *Company Law*, London, 1959, p. 542.

(45) PENNINGTON, *Riforma del diritto delle società in Gran Bretagna*, en *Rivista delle società*, enero-abril de 1967, pp. 269 y ss.

Recogiendo las sugerencias de la Comisión Jenkins, se ha dispuesto que la aprobación de los accionistas será necesaria para la variación total o parcial de la actividad social y para la emisión de acciones por los administradores, previsiones que tienen por objeto el evitar que sin la intervención de los titulares se cambien de manera fundamental la naturaleza de los negocios sociales o la distribución de las participaciones accionarias.

La Comisión Jenkins también había contemplado en su informe la conveniencia de que se ampliase el poder de supervisión y control de los administradores por parte de los accionistas, señalando que en el Derecho inglés no existe un mecanismo para la supervisión continua de los administradores integrado por representante de los accionistas, a la manera del *Aufsichtsrat* alemán, ni se ha atribuido a los síndicos funciones de vigilancia similares a las que incumben a los síndicos de las sociedades italianas, por lo que los accionistas ingleses ejercitan su poder de control *ex post facto*, mediante la no reelección de los administradores incompetentes o ejercitando la facultad de destituirlos de su cargo.

La doctrina reaccionó negativamente contra esta propuesta, advirtiendo que es principio fundamental del Derecho inglés el que los administradores deben ser dotados de plenos poderes para conducir la actividad de la sociedad en la forma que ellos juzguen mejor, y que ni los accionistas ni los órganos jurisdiccionales deben poder interferir a no ser que los administradores observen una conducta deshonesta, principio de notable valor en cuanto la experiencia demuestra que un Consejo de Administración no puede dirigir la sociedad si es continuamente llamado a rendir cuenta de todas las operaciones que realiza, aunque sean de escasa importancia (46). Bajo el influjo de estas argumentaciones, profundamente sentidas en el mundo empresarial y societario británico, la *Companies Act* de 1967 ha rechazado la instauración de un organismo permanente, que en representación de los accionistas supervise el desarrollo de la actividad de los administradores.

En la nueva ordenación legal se ha mantenido el anterior régimen de amplia libertad en lo que respecta al nombramiento por parte del *Board* de *managing* y *executive directors* y a la constitución en su seno de *committees of directors*, órgano este último que, al igual que ocurría en la normativa anterior, puede estar integrado por una sola persona.

Por lo que hace al Derecho norteamericano, el estudio de la sociedad anónima se dificulta de sobremanera al estar referido a una variada gama de leyes federales y estatales, que, en muchos aspectos, son irreductibles a un criterio unitario. Sin embargo, cabe afirmar que de manera general en la administración de la sociedad en Estados Unidos se ha llegado a cotas muy altas dentro del proceso mundial de separación entre propiedad y control de la empresa, hasta el punto de que, como advierte Berle, los directores de una sociedad, constituidos en

(46) *Ibid.*, pp. 275-276.

centro del poder, no tienen hoy como objetivo el máximo beneficio de los socios, sino que son de hecho y de derecho administradores de un organismo orientado hacia fines que interesan a toda la comunidad (47). No debe extrañar, pues, que, según afirma Ballantine, el *Board of directors* sea la suprema y originaria autoridad en materia de administración y esté dotado de los más amplios poderes para regir los intereses de la sociedad (48).

El proceso de la creciente independencia de los administradores y la consiguiente quiebra de la relación entre propiedad y poder en el seno de la sociedad anónima se fue desarrollando trabajosamente durante la segunda mitad del siglo pasado a través de hitos tan destacables como la pérdida por los accionistas del derecho de revocar *ad nutum* a los administradores y la regulación de la transmisión del derecho de voto, pero el pronunciamiento más trascendental al respecto vino dado por la sentencia *Hoyt versus Thompson's Executors* que declaró que las atribuciones del *Board of directors* son de manera sustancial originarias y, en consecuencia, éste se constituye en el centro del poder dentro de la sociedad y en fuente de delegación de facultades.

Todo lo referente a la administración de la sociedad norteamericana, aparte de la preceptiva necesaria contenida en las distintas leyes estatales, se encuentra de ordinario contemplado en los *charter* o escrituras de constitución y fundación y en los *by-laws* o documentos complementarios de los *charter*, que normalmente corresponde redactar a los Consejos de Administración. En opinión de Wiethölter, ambos instrumentos conforman el estatuto de la *corporation*, constituyendo momentos o estadios, diferentes pero complementarios y sucesivos, de un único acto fundacional (49); su diferencia más importante radica en que mientras los primeros requieren para su modificación la autorización del poder público, los segundos son libremente modificables por la sociedad.

El *Board of directors* constituye, como antes se indicaba, el órgano supremo de gestión y de representación de la sociedad; tiene carácter colegial y la elección de sus miembros corresponde al propio *Board* a través del sistema de delegación de voto o *proxy sistem*. Es frecuente que los estatutos contengan algunas limitaciones a ese poder administrador supremo, tales como la prohibición de que los administradores concierten obligaciones por encima de cierto monto o la de adquirir acciones de la sociedad por cuenta de ella (150).

Empero, igual que ocurre en los otros ordenamientos estudiados, en los Estados Unidos el cúmulo de atribuciones del *Board*, el número creciente de sus miembros y su necesaria actuación como órgano cole-

(47) BERLE, *Property, Production and Revolution*, en *Columbia Law Review*, 1965, p. 8.

(48) BALLANTINE, *On corporations*, Chicago, 1946, p. 119.

(49) WIETHÖLTER, *Interessen...*, *op. cit.*, p. 186.

(50) CHAMBOULIVE, *La direction des sociétés par actions aux Etats-Unis d'Amerique*, París, 1964, p. 95.

giado han determinado la delegación de buen número de facultades en aras de una gestión de los asuntos sociales más eficiente, rápida y tecnificada, delegación que suele estar prevista en los documentos fundacionales e incluso impuesta legalmente, como sucede en el *Corporations Code* de California, cuyo artículo 821 dispone el nombramiento obligatorio en toda compañía de un presidente, un vicepresidente y un secretario.

La admisión de la delegación de facultades tropezaba en Norteamérica con el obstáculo de que por el carácter fiduciario que se asignaba a los administradores, éstos tenían que desempeñar personalmente las atribuciones que les habían sido conferidas, de acuerdo al principio *delegatus delegare non potest*; el inconveniente fue removido por el fallo dictado en el caso *Hoyt versus Thompson's Executors*, que, en base a la razón pragmática de que en las modernas sociedades anónimas se exigen decisiones rápidas y altamente tecnificadas, marginó la aplicación de semejante principio al afirmar que los poderes del *Board* son originarios.

Allanado el obstáculo, la delegación de funciones se ha desarrollado en forma amplia y creciente porque la práctica demostraba que el Consejo de Administración resulta un mecanismo torpe y lento. La delegación se efectúa a favor de Comités ejecutivos y de *officers*, a los que se transfieren facultades que van desde la mera gestión ordinaria de la sociedad hasta la adopción de los más importante y trascendentales acuerdos para la marcha de la empresa.

En las diversas legislaciones estatales se observa las existencias de dos clases de Comités: el *finance committes* y el *executive committee*; el primero se ocupa de cuestiones técnicas y en particular de todo lo que implique movimiento de recursos financieros, el segundo atiende a la administración de la sociedad en general y particularmente a la programación de la política societaria. Ambos son organismos colegiados, integrados por miembros del *Board* cuyo nombramiento y revocación corresponde a éste.

Por lo que respecta a los *officers*, existe una amplia variedad de figuras en las que suelen variar los nombres, facultades conferidas, sistemas de designación y grado de participación en la gestión social; su número e importancia van en aumento, habiendo determinado la aparición de ese singular y mutador fenómeno que es el poder de los directores o ejecutivos, que se está configurando como vital y decisivo en la estructura y funcionamiento de la sociedad anónima contemporánea. Se les considera como agentes o mandatarios del *Board* bajo cuya inspección y dirección, más teórica que real, actúan, correspondiendo al mismo su designación y remoción, más aparente también que efectiva, pues de hecho tales ejecutivos suelen ser insustituibles o de muy difícil y peligrosa sustitución dado el grado de conocimiento y control que tienen de la empresa, por lo que, no obstante, su aparente carácter transitorio, en la práctica los altos directivos de las sociedades suelen permanecer indefinidamente al frente de sus puestos,

aunque no se exija en los mismos, salvo en el caso del presidente, la condición de miembro del *Board*. Son ellos el *president* o *chairmann*, los *vice-presidents*, el *secretary* y el *treasurer* (51).

En principio, la delegación es muy amplia sin que resulte fácil, dada la disparidad de regulaciones y de supuestos prácticos, señalar límites concretos a la extensión de la delegación de facultades que puede hacer el *Board*. No obstante, la doctrina suele coincidir en que este órgano no puede desprenderse de todos sus poderes administrativos, ni, en especial, de aquéllos en que se sustancia el supremo poder de gestión que le está encomendado, tales como el nombramiento, vigilancia y revocación de los *officers*, la determinación de la política general de la sociedad, los aumentos o disminuciones de capital, la distribución de los beneficios y, en general, la adopción de aquellas decisiones que se juzgan de importancia vital para la consecución del objeto social (52).

De todas maneras, en virtud del fenómeno de la delegación de atribuciones, no debe minimizarse el papel del *Board* como órgano de la administración social activa, sin que quepa relegarlo a un simple mecanismo de vigilancia en la estructura administradora de la sociedad anónima americana, pues, puntualiza Rodríguez Artigas, en la práctica, los *officers*, y especialmente los situados en las altas esferas de la administración, son, en la mayoría de las sociedades, miembros del *Board* e integran, precisamente, el grupo de administradores denominados *inside directors* que se contraponen a los *outside directors* o personas ajenas, de hecho, a la gestión social. «Esto implica —concluye dicho autor— que la gestión efectiva está en manos de un grupo compacto y en cierto modo homogéneo que desarrolla sus funciones tanto desde el *Board* como desde el Ejecutivo propiamente dicho, sin que pueda, por consiguiente, determinarse con claridad donde radica exactamente el poder dentro de la organización. De esta forma el problema de las relaciones entre el *Board* y los *officers* se simplifica en razón de la identidad de personas que facilita el ejercicio de las diversas funciones de la gestión». (53).

(51) SERENI, *La società per azioni negli Stati Uniti*, Milano, 1964, pp. 45 y ss.

(52) BALLANTINE, *On corporations*, op. cit., pp. 120 y ss.

(53) RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros Delegados...*, op. cit., p. 148.