

La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español (*)

J. GIRON TENA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valladolid

SUMARIO: I.—*La evolución del Derecho español.*

II.—*La Ley de 17 de julio de 1951.*

A) Problemas de repercusión de las directrices contemporáneas generales del régimen de la S. A. en la materia de responsabilidad de administradores.

1. Problema de ilimitación de responsabilidad.
2. Consecuencias en el problema de responsabilidad del tratamiento del órgano administrativo en su relación con el conjunto de la estructura de la S. A.

- a) Relación entre órgano administrativo y Junta General.
- b) Transpersonalización de intereses y de responsabilidad.

B) Exposición del sistema de preceptos de la Ley.

- 1. Orientaciones generales.
- 2. Tratamiento específico de la responsabilidad.
 - a) Problemas dogmáticos.
 - b) Problemas político-jurídicos.

El tema de la responsabilidad de los administradores de la S. A. —quizá como ningún otro— aparece indisolublemente unido a las concepciones generales que de la S. A. se tengan. Por esta razón, para poder hacer juicio exacto de las normas que, concretamente, tratan de responsabilidad hay que explicárselas en el marco de la ideología que sobre la S. A. haya tenido el legislador. Por esto, procuraremos ir tratando esta materia concediendo tanta atención a los preceptos como al conjunto de ideas generales sobre la

(*) El presente trabajo es la versión en castellano de una conferencia pronunciada—con las adecuadas adaptaciones—el 8 de septiembre en la «Faculté Internationale de Droit Comparé», de Luxemburgo, con cuya autorización se publica.

S. A. con los que aquéllos se relacionan y haciendo preceder esto a aquello. Con esta orientación general, nuestro plan consistirá en hacer una exposición de dos partes: primeramente veremos, con brevedad, la evolución histórica del Derecho español hasta la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y luego examinaremos ésta con mayor atención. A su vez, en el estudio de esta última, examinaremos la actitud de la Ley ante las consecuencias en materia de responsabilidad de los problemas contemporáneos de la S. A., que, como hemos de ver, versan fundamentalmente sobre la posible ilimitación de responsabilidad de los administradores, relación entre Junta General y Consejo y transpersonalización o no de interés social y de responsabilidad y, luego, ya en ese cuadro, expondremos el sistema de normas de la Ley que, específicamente, se ocupan de la responsabilidad de los administradores, con los problemas dogmáticos, de política-jurídica y técnicos que ha tratado de resolver la Ley española.

I. Examinaremos primeramente como se ha dicho *la evolución del Derecho español*. Así se comprenderá mejor la ley vigente.

Hay que tomar como punto de partida la fase constituida por el proceso de cristalización de los elementos que caracterizan como tipo especial a la S. A. y cuyo proceso podríamos decir que es una transformación de lo que era Política y Administración, en Derecho y específicamente Derecho Privado como corresponde al tránsito del *ancien régime* al individualismo liberal y democrático.

Nos conviene ahora recordar, aunque sean conocidas y repetidas, cosas de este tránsito tanto en lo referente a la Historia General como a la de la S. A.

Como es sabido, en esta fase de transición de los siglos XVIII y parte del XIX, según los países coexisten de un lado el antiguo régimen—monarquía absoluta, organización social estamental, mercantilismo económico—, y de otro lado los presupuestos históricos de su transformación, todos engarzados a la confianza en la Razon, que originará una corriente renovadora y reformista que comienza sometiendo a revisión al Gobierno, la Ciencia, la Religión, la Economía, la estructura social para llegar finalmente en el siglo XIX al Liberalismo en el seno del Estado Nacional que sustituye al Estado monárquico, que desea una Sociedad individualista e igualitaria, una economía que funcione por sí misma a virtud de una supuesta armonía interna, una ciencia secularizada. Específicamente en el plano económico conviene recordar que el tránsito se dará desde el «mercantilismo» —cuya esencia, como decía SCHMOLLER, está en su significación como política económica centralizada al servicio de las nacionalidades en formación, en el que, aunque ya comiencen a hacer sentir su fuerza algunos hombres de negocios, la iniciativa económica partía de los despachos de Gobierno, y que no sabiendo salir de la estructura medioeval asociativo-monopolística, únicamente la centraliza, de donde la política de con-

cesiones y monopolios privilegiados— al «liberalismo político y económico» que confiado en la función automáticamente reguladora de la libertad de los individuos, va a la destrucción de la estructura social precedente mediante la liberación industrial (liberación de gremios, reglamentaciones, privilegios, monopolios) para crear un mercado de competencia de individuos iguales y libres; sobre todo privatiza la iniciativa económica que ya no se inserta entre los fines del Estado siendo el portador de la misma desde entonces el empresario (1).

Las primeras Sociedades Anónimas, coloniales o no, instrumentos de la política económica pública (y de la militar y administrativa mezcladas con sus exenciones y privilegios monopolísticos) aparecen institucionalmente como entidades públicas aunque separadas de la organización administrativa común. Por eso, el significado de su fundación (entra en juego el derecho de asociación y con ello la intervención del Estado-policía, aparte del juicio de la oportunidad económica de la actividad y la concesión de la personalidad que implica un acto de integración en el Estado bien expresado, gracias a la continuidad de la historia inglesa, en la terminología conservada allí, *incorporation*). A su margen y sin el presupuesto de un Derecho de aplicación general van surgiendo las aplicaciones privadas del tipo (empresas bancarias, de seguros, textiles). Por esto, la primera actitud de confusión en Francia, a la que hay que referirse para explicar la actitud del legislador español. En aquel país la libertad industrial (1791) abría la puerta a la constitución de Anónimas, pero la prohibición de Asociaciones, pensando en las organizaciones del antiguo régimen, las hace ilícitas. Y, por ello, pensando en su vieja función de política pública, monopolística y privilegiada se las prohíbe rigidamente en Decreto de 26 germinal, año II (1794) para luego, advirtiendo su lado de aplicación privada, declararlas libres —excesivamente libres— por el Decreto de 30 brumario, año IV (1796). No fué escaso el mérito del Código de Napoleón al perfilar los caracteres del tipo de entre la inseguridad aún existente (como puede advertirse viendo la descripción de las circunstancias que hace LEVY-BRUHL) (2), pero, en todo caso, se dejó caer del lado de la consideración ius-publicística en el momento esencial de conformación de la estructura y régimen que es la fundación que había de hacerse por aprobación estatal por la vía prescrita para los Reglamentos de Administración pública (art. 37). El proceso de liberalización vendría después. En nuestro Derecho,

(1) La síntesis es muy apretada. Como las interrelaciones históricas son muy interesantes en estas cuestiones y he tenido ocasión de ocuparme de ellas en otras ocasiones, me permito remitirme a mi libro *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, Introducción, y al trabajo sobre *El concepto del Derecho mercantil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1954, t. VII, números 3 y 4).

(2) V. *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles*, 1938, y antes en la «Revue Historique», 1937.

SAINZ DE ANDINO, que al decir de PARDESSUS y SAINT JOSEPH había sabido aprovecharse del Código francés para superarlo, (3) aunque no olvidemos que en los veintidós años del 1807 al 1829 se puede leer mucho en las tendencias de las transformaciones económico-sociales, también aquí lo hizo al formular una distinción que significaba saber ver y dar cauce a la privatización de la S. A. entre la regla general y las Compañías Anónimas privilegiadas, aquéllas han de someter las escrituras de su establecimiento y todos los reglamentos que han de regir para su administración y manejo directivo y económico al examen y aprobación del Tribunal de comercio del territorio donde se establezcan, (art. 293), las segundas, «las que hayan de gozar —como dice el artículo 294 del Código— de algún privilegio que Yo les conceda, para su fomento someterán sus reglamentos a mi Soberana aprobación». Aquéllas, las privadas, serán las del futuro, de éstas quedará alguna como reminiscente y más o menos transformadas quizá hasta enlazara con la vuelta actual a la intervención pública en la vida de las Sociedades Anónimas.

Y en este marco de ideas y de orientación general aparece la concepción orgánica de los administradores en la Sociedad y dentro de esa concepción estructural la zona específica de su responsabilidad. En las viejas sociedades privilegiadas los administradores—mayores interesados, funcionarios representantes de corporaciones—ocupan un cargo de autoridad con mayor o menor relación con la Junta General pero sin depender de ella. Aunque las Compañías españolas establezcan en sus Reglamentos una rendición de cuentas ante la Junta cada cinco años (por ejemplo, la Guipuzcoana de Caracas, fundada hacia 1728, o la Real Compañía de Filipinas de 1733, o la de La Habana de 1740), y se haga en reunión y anualmente la decisión sobre beneficios, la práctica debió ser expresiva de la subordinación al poder público que expresan estas líneas contenidas al tratar de las «Compañías de Privilegio» en la «Enciclopedia jurídica de derecho y Administración», obra incompleta dirigida por ARRAZOLA y buena fuente para el conocimiento del Derecho español de la época de la primera codificación, «en los tiempos anteriores casi no se autorizaba ninguna Compañía de privilegio sin que se le eximiera del derecho común, dando a la misma un protector y conservador que lo era a veces un Príncipe de la Real familia, un personaje...». Pero en la zona de las empresas anónimas privadas, las del futuro, la democrática orientación francesa fué seguida en la manera más expresiva por nuestro Código del 29 ya

(3) El juicio crítico del Código del 29 se hizo con motivo de su Centenario, conmemorado por la Academia de Legislación y Jurisprudencia. De ello da cuenta e información LANGLE en su *Manual de Derecho Mercantil*, I, 1950, 203. Ahí se hace referencia a estas apreciaciones de autores franceses, que interesan para hacer juicio de la influencia francesa en la época en los puntos que nos afectan.

que la posición estructural de los administradores (art. 31 del Código francés) se lleva con clara manifestación del concepto dogmático y de la intención político jurídica a la definición misma de la Sociedad Anónima (art. 265-3.^o) cuando se dice, «cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios». A cambio de esta clara caracterización no hay preceptos especiales de régimen de responsabilidad, lo específico se confía a que se establezca en las escrituras y reglamentos por vía de jurisprudencia cautelar, en los cuales dice el Código que se contendrá lo destinado a «regir su administración y manejo directivo» (art. 293 y 277).

Pero desde esta fase inicial que hemos descrito y hasta el Código vigente del 85 el Derecho español presenta muy interesantes manifestaciones de los fenómenos y tendencias peculiares de la etapa de consolidación de la legislación de S. A. y en relación con ello de conceptualización general de la responsabilidad de los administradores y de régimen específico de la materia.

Pronto, el desarrollo de las empresas Anónimas dió ocasión a lo que antes o después se dará en todos los países, a los fraudes en las fundaciones de Sociedades, momento éste que quizá sea el de más escándalo porque como es sabido el propósito moralizador y protector de los accionistas se localiza en el tratamiento de la fundación, y con cierta razón porque si las ocasiones de fraude también se dan en la administración social el que se hace en la fundación atenta a la existencia misma de la empresa. Es la época de la S. A. pensada—efecto de la fase de la Sociedad Anónima privilegiada—para la gran empresa y por ello la época de las fundaciones por suscripción pública. Los dos mercantilistas españoles que mejor han acertado a sistematizar en síntesis el Derecho Mercantil español del pasado siglo, MARTÍ DE EIXALÁ (4) y GONZÁLEZ HUEBRA (5), se hacen eco de la sensación común de riesgo en la fundación de estas Sociedades. El primero dice, «se prestan sobremana al agio y al fraude... comprometiéndose de esta suerte la fortuna de un gran número de personas»; el segundo habla de la insuficiencia del Código y dice que se abusaba de la libertad concedida para formarlas y que se especulaba por medio de ellas «hasta con la credulidad pública». En este clima, al parecer muy agudizado en 1846 (6) y al impulso de los cambios políticos se promulgó la fundamental Ley de 28 de enero de 1848. Esta Ley y su Reglamento de 17 de febrero siguiente no han despertado la atención que merecen sus abundantes anticipaciones a su tiempo de previsión y

(4) *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5.^a ed., 1870, pág. 270.

(5) *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1853, pág. 144.

(6) Recientemente se ha dado una breve referencia histórica interesante de las circunstancias de la Bolsa, que fué lo que movió la actividad legislativa, en el libro conmemorativo del centenario del Banco de Bilbao

técnica porque aparecen subordinados bajo una constante tutela del poder político-administrativo tanto en la fundación como en la vida toda de la sociedad que será origen de vicios y motivo de la reacción ideológica que la derogará.

El régimen de la responsabilidad de los administradores puede describirse trazando las direcciones y técnicas fundamentales :

desde el punto de vista de la estructuración orgánica, base de la responsabilidad que analógicamente podríamos llamar política de los administradores, la Ley y su reglamento se cuidan de la subordinación a la Junta prohibiendo cualquier ruptura de la igualdad de derechos de los socios—anticipo de las formas de acciones de protección de la administración— y cualquier pacto que tienda a hacer irrevocable la administración o la gerencia (art. 2.º del Rgto.), pudiendo esta revocación ser con causa o sin ella (art. 27). Y el problema de la falta de interés de los socios por la administración viene atendido por medio de la designación obligatoria de personas encargadas de la inspección y vigilancia de la administración (artículos 1-1.º y 25), inspección ésta que quedaría en la sombra ante la inspección gubernativa constante ;

la regla general de responsabilidad es la del Código, no hay establecimiento de un particular patrón de medida o sistema de conjunto ; pero sí hay una prevención casuística, —la retribución ha de ser conocida y resuelta por la Junta General (artículo 5.º), se prohíbe la aplicación de fondos a fines propios (artículo 31 Reglamento), y a fines extraños al objeto social (artículo 16 de la Ley)— y una tutela penal, ya que, en caso de supuesto delictivo, la propia autoridad que lo descubre en su inspección ha de promover la persecución correspondiente.

Este régimen permanecerá en lo esencial, no hemos de detenernos en detalles, hasta que será arrastrado al mismo tiempo que los presupuestos políticos con los que nació, llevándose la corriente lo bueno y lo malo, lo técnico y lo político como era frecuente en los cambios de nuestro siglo XIX. Y también el que le substituyó trajo calurosa ideología y técnicas inteligentes e interesantes. Primeramente el Decreto de 28 de octubre de 1868 restableció, derogando toda la legislación especial la vigencia del régimen del Código del 29 ; luego la Ley de 11-19 de octubre de 1869 prescribió el nuevo sistema. Su inspiración ideológica está recogida en síntesis que dice todo—por eso se elige—en la Exposición de Motivos de la ley de aplicación del Decreto del 68 a los territorios de Ultramar ; sus palabras son : «El Estado no tiene en justicia facultad para imponer condiciones precisas a la asociación mercantil, ni puede sin negación y desconocimiento del Derecho arrogarse el de conceder o negar permiso para que los individuos se asocien, como si de él naciera y dependiera de su voluntad lo que es atributo de la naturaleza humana. Ni en buenos

principios es tampoco sostenible que el Estado a manera de tutor, intervenga en la vida íntima y en los actos todos de las Sociedades, pues su tutoría no se concibe cuando hay iniciativa en el protegido...». Y justamente estas ideas—Estado sin más fin que el Derecho e individuos a los que sólo se dan los instrumentos jurídicos para que se defiendan por sí mismos—llevan a las nuevas técnicas de saneamiento de la vida de las Sociedades Anónimas que sintetiza así MARTÍ DE EIXALÁ; «... dos principios, libertad y publicidad. Para la aplicación del primero se ha suprimido toda intervención administrativa—éste era, recuérdese, el matiz político constante del viejo sistema—para la realización del segundo se han adoptado dos medios, a saber: que todo conste en Escritura pública o acta notarial, que todo se publique en los periódicos oficiales y se anote en el Registro Público de comercio» (7). Y precisamente esta preocupación por la publicidad legal originará que, luego, para la redacción del Código vigente del 85 el legislador se aparte de los ordenamientos latinos y configure un Registro Mercantil de inspiración netamente germánica.

Pues bien, en el plano de la responsabilidad de los administradores no hay que decir que su posición orgánica con la tradicional amovilidad y subordinación a la Junta se refuerza. Pero, en el plano de las técnicas específicas del régimen, lo más importante es el reconocimiento de una acción individual de responsabilidad a cualquier socio contra los administradores. He aquí la duda en la práctica y la solución legal descrita en un Diccionario práctico del siglo pasado, muy usado, el de ESCRICHE, «Dudábase si en la mayoría de los casos expresados la acción era colectiva o de las mayorías o podía ser individual (el problema era importante porque se trataba de sustituir la tutela gubernativa de la Ley del 48 por la autotutela ante los Tribunales), y a esta duda ocurrió el artículo 11 de la Ley de octubre de 1869 declarando que los tenedores de acciones de las sociedades, como los interesados en las asociaciones de seguros mutuos, tienen el derecho así individual como colectivamente de reclamar ante los Tribunales ordinarios el cumplimiento de los Estatutos y Reglamentos por que se rijan y de los acuerdos de las Juntas legítimamente adoptados y de exigir responsabilidad a sus mandatarios o administradores del uso que hayan hecho, de las facultades que les han conferido y de la exactitud de los documentos públicos» (8).

El Código de comercio, ya historia en la parte de S. A., puede decirse que lo único que hace —aunque ello arrastre, a veces, consecuencias interesantes— es integrar las ideas de la Ley del 69 en el sistema de conjunto de la investidura de Código. Basta una explicación: el Código oculta femeninamente su edad ya que, aunque promulgado el 85, viene de un Proyecto del 71 hecho

(7) Op. cit., pág. 274.

(8) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, pág. 351.

por una Comisión nombrada precisamente el 69 y ajustándose a unas bases promulgadas por Decreto de 20 de septiembre del 69 que son una brillante muestra de oratoria progresista decimonónica de la orientación que antes se ha dicho. En su propia Exposición de Motivos manifiesta, después de haberla elogiado, inspirarse en iguales principios que la Ley del 69: libertad, ausencia de intervención administrativa y amplia publicidad.

Pero la materia de responsabilidad, llamado el ambiente receloso respecto de la posibilidad de fundaciones fraudulentas, que en general dejan de constituir problema vivo, quizá, por efecto, de un extremo, de la responsabilidad penal y, de otro, del efecto regulador de la moral comercial utilitaria bajo la forma del crédito, no es ya tratada con el rigor de la Ley del 69 y desaparece la acción individual que antes hemos visto. El Código dedica a la materia solamente el artículo 156. Este texto legal recibe diversas influencias pero en realidad manifiesta un deseo del legislador de sintetizar y expresar en forma generalizante las ideas corrientes entonces en la doctrina y jurisprudencia. El estilo y los conceptos vertidos en el artículo permiten ahorrar comentarios sustituyendo éstos por su lectura: «los administradores de las Compañías Anónimas son sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si por infracción de las Leyes y Estatutos de la Compañía, o por la contravención a los acuerdos legítimos de sus Juntas Generales, irrogaren perjuicios y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata».

Esta técnica legislativa, de enmarque en el Derecho común, sin casuística y manteniéndose en la gran flexibilidad que corresponde a la amplia generalización que supone, ha sido conservada hasta la Ley vigente. No ha habido una elaboración jurisprudencial que marcara contornos y desarrollos. Ha sido labor ésta de la doctrina, en forma semejante a la de otros países. Se ha procedido por el juego de ideas genéricas. En cambio, en la materia de los principios la Jurisprudencia española ha sido fiel guardadora de la tradición rechazando cualesquiera fórmulas que atentaran a la amovilidad y subordinación de los administradores a la Junta y consiguientemente a la libre revocabilidad por ésta (así, por ej., las Sentencias de 26 de febrero de 1916, de 31 de diciembre de 1930, de 28 de junio de 1934).

II. A propósito hemos dejado sin tratar aunque fuera contemporáneo de cosas dichas, el movimiento reformista que pronto, después del Código de comercio se inició.

La razón está en que la Ley española no ha sido el resultado de ese movimiento reformista sino la tarea de un grupo de juristas que ha trabajado principalmente sobre las más importantes leyes del Derecho comparado. Puesto que no nos es preciso para com-

prender a ésta y no se tiene demasiado espacio y tiempo es de estimar bastante esta simple referencia (8 bis).

La importancia de esta *Ley de 17 de julio de 1951* que comenzamos a estudiar ahora es extraordinaria, porque no ha sido una ley de retoques de puntos viciosos, sino que ha ambicionado establecer un régimen completo para la S. A., prescindiendo de toda vinculación sistemática al régimen precedente. Tiene, además, otro gran interés; es éste: no ha pretendido ser castiza y nacionalista, se ha inspirado en las fórmulas y técnicas que le ofrecían los mejores ordenamientos europeos y justamente por esto contiene indirectamente una actitud y resolución crítica ante la comparación de los mismos. Puede servirnos para explicar sus orientaciones la distinción entre legislación de políticos y legislación de juristas. Esta ha sido de juristas presididos por el renovador de los estudios mercantiles de nuestro país el Profesor GARRIGUES.

En cuanto a la orientación general de la Ley hay que decir que deliberadamente ha deseado no recibir influencias políticas, ni contiene declaraciones transpersonalistas, ni tampoco ha pretendido recoger las tendencias sociales y obreras en relación con las empresas. El fin ha sido sencillamente llenar la insuficiencia del Código de comercio, denunciada por los mercantilistas. Aunque modificada la Exposición de Motivos de la Ley respecto de la del Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos—mucho en la parte de orientaciones generales—como las modificaciones en el articulado de la Ley han sido escasas sigue sirviéndonos la Exposición del Anteproyecto para conocer el deliberado propósito del legislador. He aquí recogidos y unidos varios párrafos que así lo dicen: «Los propósitos... quedan limitados al ámbito estrictamente técnico de la S. A.... El Derecho que se pretende instaurar es sencillamente el Derecho Universal de la Sociedad por acciones adaptándolo en lo que ha sido posible a los principios que en el Código vigente y sobre todo, en la realidad de estas Sociedades presiden este sector de la vida económica española. Y las razones que al exponerse confirman el propósito limitado que se ha indicado, se dicen así por la Exposición de la Ley: «La Ley se limita a la reforma mercantil de la S. A. Ello no implica desconocer los problemas de tipo social que se agitan en el seno de la empresa... Mas el intentar abordarlos ahora... sería tanto como suponer erróneamente que todas las empresas están regidas por S. A. y aunque así fuese sería forzoso distinguir entre la empresa como organización económica caracterizada por la comunidad de trabajo y la sociedad mercantil como persona jurídica titular de la empresa... con problemas que extravasan el contenido propio de una Ley de S. A....». El Anteproyecto daba también otras razones no como éstas, formales. Más tarde las veremos.

(8 bis) Una buena información de todo este movimiento, con datos bibliográficos muy completos, se tiene en GARRIGUES: *Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la S. A.*, en «R. D. M.», 1950, págs. 157 y sigs.

A) Parece que a la vista del agnosticismo de la Ley nada podría decirnos ésta, por haberlos ignorado, de los problemas de repercusión de las directrices críticas contemporáneas generales de la orientación del régimen de la S. A. en materia de responsabilidad de administradores. En realidad, sin embargo, como descubre la Exposición del Anteproyecto y veremos, hay una aportación en ese sentido. Pero aclaremos antes qué es lo que deseamos tratar.

Hoy, quizá, como consecuencia de las transformaciones políticas económicas y sociales de la post-guerra, se hace objeto de revisión la congruencia con esos datos de los principios y de las líneas estructurales de la S. A. Además, quizá como consecuencia de ello, en una contemplación retrospectiva de su historia se trata de ver los problemas que no ya de relación sino internos, se pueden considerar actuales aunque viejos, sencillamente porque no estén resueltos. Ciertamente con una cierta arbitrariedad como la hay siempre en toda elección me parece que a la vista de las tendencias europeas manifestadas podrían caracterizarse como los más significativos de esos problemas para nuestra materia de responsabilidad los de posible ilimitación de responsabilidad de los administradores (que es una vertiente del problema general de la conservación de la impersonalidad del anonimato cubierto por la personalidad jurídica suponiendo identificada la concentración del poder empresarial) y los de ordenación del sistema de fuerzas, intereses y desinterés de accionistas administradores, y empresas, problema éste de disposición de conjunto de la posición jurídica de los administradores en la empresa y su relación con su responsabilidad (9).

(9) Para ponderar cuáles hayan de entenderse como problemas realmente importantes y peculiares de las circunstancias de tiempo y lugar, hay que utilizar también ponderadamente la literatura sobre la materia. A este efecto, entendemos que sería bibliografía adecuada la siguiente, GARRIGURS: *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, 1933; GOLDSCHMIDT: *Recenti tendenze nell Diritto della S. A.*, 1935; GAILLARD: *La Société Anonyme de demain*, s. d.; RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2.ª ed., 1951; MOSSA: *Problemi attuali delle società per azioni*, en «N. R. D. C.», 1951, págs. 1 y sigs; FISCHER: *Rechtsschem und Wirklichkeit im Aktienrecht y Die Reform des Aktiengesetzes*, en «A. C. P.», 1955, págs. 85 y sigs., y 181 y sigs; los trabajos del 39 «Deutscher Juristentag», *Untersuchungen zur reform des Unternehmensrechts*, y sobre ellos, el trabajo de LIBONATI: *Recenti tendenze del Diritto germanico in tema de società e di cartelli*, en «R. delle Società», 1957, páginas 896 y sigs. También en el plano de reforma el «Cohen's Report», sobre la reforma inglesa de 1948. AMIAUD: *L'évolution du D. des sociétés par actions*, en «Le Droit privé français au milieu du XXsiècle», «Etudes offertes a Ripert», II, 1950, págs. 293 y sigs. Muy interesante el trabajo de síntesis de ASCARELLI: *I problemi delle società per azioni*, e «R. delle Società», 1956, I, págs. 3 y sigs., que tiene la autoridad de los reiterados trabajos del autor sobre la materia. También el de FERRI: *Potere e responsabilità nella evoluzione della Società per azioni*, y el de FRÉ: *Recenti orientamenti della dottrina, della giurisprudenza e della attività legislativa in materia de società per azioni*, ambos en la misma Revista (Fasc. 1).

1. La cuestión de la ilimitación de responsabilidad de los administradores no es un tema completamente nuevo. Lo que cambia es los matices del planteamiento. Pero antes de hacer una referencia al planteamiento, para explicar y hacer juicio de la actitud de la Ley española que será nuestro plan, conviene hacer unas aclaraciones acerca del equívoco terminológico que se deriva de hablar aquí de responsabilidad.

Ese término «responsabilidad» se usa unas veces y mal, en sentido económico y otras en sentido jurídico. Si se quiere usar la palabra responsabilidad como en el plano jurídico en el sentido de la sujeción a la reacción que el ordenamiento jurídico liga al daño (10) —en cuyo caso pensamos en relaciones patrimoniales intersubjetivas— no debe pensarse que sirva con exactitud para significar la incertidumbre a que se somete el empresario en su función empresarial que le ocasiona pérdidas, en lo que no juega ni la idea de culpa ni la de relaciones intersubjetivas, pueden no extravasar su propio patrimonio, ni ocasionar daño a nadie sino a la comunidad económica tomada colectivamente (11).

Hay dos derroteros, uno continuado y económico-institucional y otro político que han venido impulsando esta cuestión. Ya antes del desarrollo de los regímenes totalitarios se había observado y, ello, había tenido eco en nuestro país, que en las Sociedades Anónimas no había un juego equilibrado de poderes diversos que se conjugaban en las decisiones sino que de una manera u otra se definían ciertos grupos de control de la entidad y muy principalmente ocurría esto con los administradores (12). Esta vieja corriente sigue hasta hoy. Muy esquemáticamente el razonamiento es éste: en el sistema económico capitalista o de economía libre o de tráfico es pieza fundamental el empresario con su libertad de iniciativa previendo la demanda del mercado, organizando la producción combinando los factores de ésta con la posibilidad de una ganancia o, técnicamente, beneficio, no medible de antemano frente a lo que sucede respecto del salario, interés y renta. Con su libertad de decisión, e ilimitación del beneficio, correspondería la ilimitación de su responsabilidad que lleva no sólo a soportar pérdidas sino a la exclusión completa del incompetente con la quiebra. Esta sería la regla, el fundamento de su excepción, con la limitación de responsabilidad estaría en la inexistencia de empresario individual por no existir personas en el tipo empresarial colectivo en quien iden-

(10) V. DE CUPIS: *El danno: Teoria Generale della responsabilità civile*, 1946 (pág. 262).

(11) Como es sabido, y prescindiendo de los precedentes, desde el estudio de KNIGHT: *Risk, Uncertainty and Profit*, de 1921, las ideas están suficientemente claras en la Teoría económica. De todas maneras, en ambos sentidos se usa en la cuestión que tratamos, y por ello, la aclaración sirve sólo como advertencia metodológica para en caso de diferenciar.

(12) V. GARRIGUES: *Nuevos hechos...*, cit., págs. 92 y sigs. Toma las observaciones de MULLER-ERZBACH, en «Umgestaltung der A.G. zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Grossaktionäre», 1929.

tificar el empresario. Pero si esto deja de ser cierto, si la Sociedad es sólo un manto que encubre uno o varios sujetos personales que ejercitan sin dividirlo el mando sobre ésta, se debería, levantando aquel manto, hacer renacer la regla de la responsabilidad ilimitada (13).

En el plano político, a veces, con mezcla mayor o menor con las anteriores consideraciones, los movimientos totalitarios creyeron de inescindible consecuencia con el principio de Jefatura (Führerprinzip) la necesidad de luchar contra el anonimato y simultáneamente, lo que también es concorde con el capitalismo, buscando en la S. A. la identificación de un Jefe. Identificado éste, de ello se seguirá una responsabilidad especial tanto en sentido técnico-jurídico—sobre lo que volveremos luego—como en sentido económico-institucional en el sentido de riesgo patrimonial ilimitado. Esta segunda dirección condujo a la facilitación de las transformaciones en Sociedades de personas y a la preconización de las comanditarias por acciones como sustitutivo de la S. A. como si no se tuviera ya la experiencia del pasado siglo (14) buscándose así una ilimitación de responsabilidad para los Consejeros-colectivos. De otra parte, y, como se ha dicho, mezclándose a veces las motivaciones a una preconización de responsabilidad ilimitada de los Consejeros en ciertos casos, por lo menos. La Ley francesa de 1940 se suele citar como ejemplo en este sentido (15).

También en nuestro país se presenta la cuestión con esta peculiar mezcla de las ideas políticas con las científicas. En una de las leyes fundamentales si bien en forma programática, huyendo de la especificación con tecnicismos adecuados se dejó indicado que el Jefe de la empresa asumiría la dirección de la misma siendo responsable de ella ante el Estado (Fuero del Trabajo, Punto VIII). Por este rumbo la doctrina española más calificada ligó esta declaración a los viejos y nuevos problemas de las Sociedades Anónimas principalmente a los de relación entre la masa de los accionistas y los administradores y a los del uso y abuso del anonima-

(13) Pueden verse los trabajos de FERRI y FISCHER, cit., en not. 9, y de este último, con más detalle en la cuestión, su monografía *Die GmbH*, dedicada a toda la historia de los trabajos de reforma de esta sociedad.

(14) Sobre estas cuestiones y sobre los riesgos de que los colectivos de las comanditarias por acciones fueran simplemente hombres de paja, pueden verse como orientadores, ya que la cuestión sólo nos interesa incidentalmente, los trabajos de VOLWEILER: *Die Entwicklung der Unternehmer-Gesellschaften unter der Einfluss der Auflösung und Umwandlungsgesetzgebung*, en «Jahrbuch der National Oekonomie und Statistik», 1938, pág. 599, y SCHWARTZKOPPEN: *Società di persona e società di capitali*, aparecido en trad. italiana en «Lo Stato», diciembre de 1940.

(15) En realidad, como luego veremos de nuevo, obedece a un proceso legislativo francés al margen de ideas políticas autoritarias. (Véase sobre esta Ley francesa de 16 de noviembre de 1940 modificada el 4 de marzo de 1943, MINERVINI: *Per un accentuazione della responsabilità de gli amministratori di S. A.*, en «Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa ed. "Jovene"», 1954, págs. 321 y sigs., y VEAUX: *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, 1947.

to en las distintas manifestaciones—simuladas, fraudulentas, indirectas, fiduciarias, egosociedades—de utilización de la figura jurídica que ponen en trance de discusión el fundamento del atributo privilegiado de la limitación de responsabilidad (16).

Pero cuando los juristas de la Comisión redactora del Anteproyecto abordaron esta cuestión expresaron su pensamiento advirtiendo el riesgo de una interpretación del texto, sólo orientativo, del Fuero del Trabajo que estuviera en contradicción con las exigencias de las ideas de pura tradición científica mercantilista (17).

Y, sin duda, los redactores del Anteproyecto y luego la Ley que no le cambia expresaron las ideas generalizadas entre los mercantilistas y juristas españoles en general. Hay buenas razones para ser prudente en esta materia. Con ocasión de varios trabajos (18) he tenido que pensar en este tema de relaciones entre responsabilidad y posición del empresario en el sistema capitalista. Por ello me voy a permitir exponer mi punto de vista brevemente.

El punto de arranque es el de relación de nuestro tema de una parte con el sistema económico, y, de otro, con los conceptos jurídicos particularmente con el de responsabilidad. En el sistema económico de economía libre se parte de una descentralización que atribuye al empresario la iniciativa económica en la esencial función de atender a la democrática demanda del mercado canalizando los factores de la producción o recursos, produciendo en su empresa los bienes y servicios para aquélla. Hasta aquí no hay problema. Lo hay, en cambio, en la sanción con que se ampara esta función empresarial. Una evolución de siglos espontánea y autonó-

(16) Puede verse sobre estos puntos, GARRIGUES: *La reforma de la S. A.*, «Rev. Esp. Políticos», 1941, I, pág. 205, y «La S. A. en el nuevo Estado», en Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, 1942 pág. 129; «Juan Hurtado»—seudónimo del Prof. POLO—: *Problemas actuales de la S. A.*, en el diario «Arriba», en diversos números de 1942, especialmente apartado X, I, II, III.

(17) De manera más o menos clara esto se deduce de la Exposición de Motivos del Anteproyecto: «... el capital que los accionistas aportan ni debe serlo todo, ni puede dejar de ser un instrumento esencial en este tipo de empresa. Sería insensato querer privar a la S. A. de su carácter capitalista... «la existencia de muchos capitalistas exigía la participación de ellos en la gestión de la Sociedad, ya que no podía serles indiferente el manejo que de su dinero se hiciese»... «La posibilidad de exigir esta responsabilidad—la del Punto VIII del Fuero del Trabajo—parecía una compensación equitativa del reforzamiento de los poderes de la dirección. Pero los redactores del Anteproyecto han creído más prudente abstenerse de formular el principio de la responsabilidad social de los administradores en vista de las dificultades que esta formulación ofrece y que han llevado a las legislaciones que la abordaron a declaraciones de una extrema vaguedad». Como puede verse, no se toma de la responsabilidad sino su aspecto social, no es alude a significación institucional de la limitación o ilimitación.

(18) Un libro sobre *Las Sociedades de Economía mixta*, 1942; otro sobre *Introducción al Derecho mercantil inglés de la economía de guerra*, 1950; un trabajo sobre *Empresas públicas*—en «Arbor», 1949—y un libro en preparación sobre Sociedades de responsabilidad limitada.

mica—y no está de más recordar que es mucho más rica la previsión del Derecho de formación espontánea que el de invención de los juristas—ha optado por una actitud extremista y muy rigurosa: a la completa libertad y autonomía de decisión y al estímulo de ganancia ilimitada se contrapesa con la quiebra. Aquí sí hay que aclarar: no se trata sólo de la puesta en práctica de la ilimitación de responsabilidad en manera concursal; junto a este aspecto patrimonial y a pesar de todas las dulcificaciones—que van del toque a muerto medieval de campanas a los tratamientos del Derecho comparado de hoy—hay un aspecto personal que se hace efectivo en la inhabilitación del quebrado que proclama su incompetencia y a veces su inmoralidad y le excluye de la función empresarial. En la ilimitación de responsabilidad se satisfacen intereses patrimoniales en relaciones intersubjetivas. Con la inhabilitación se satisfacen intereses colectivos predominantemente personales pero indirectamente patrimoniales: que la canalización de recursos no vaya a la idea empresarial correspondiente al sujeto de que se trate ni a su administración. Finalmente, téngase en cuenta que en esta ilimitación de responsabilidad juega la palabra responsabilidad sin ir necesariamente unida a la idea de culpa, se trata, en realidad, de una asunción de riesgo. La ilimitación no concursal sí es, en cambio, responsabilidad y en principio por culpa. En esta forma creemos que queda claro que los intereses colectivos no se satisfacen primordialmente por la ilimitación de responsabilidad, sino por lo que llamaríamos mejor descalificación como empresario y que es ahí donde está el punto de relación con los sistemas económicos. La limitación o ilimitación afecta, en cambio, fundamentalmente al grado de garantía y grado de riesgo de acreedores de un lado y deudores de otro pero siempre en el plano de relaciones de patrimonios de sujetos de derecho determinados. Hay, ciertamente, una polarización de intereses en la forma indicada.

Con esta salvedad puede pasarse al fundamento de la ilimitación: es una garantía de acreedores que pondera la libertad y completa imputabilidad de los actos del posible deudor. Aquí hay una proyección del liberalismo político en el Derecho. Porque el principio general es la libertad y la decisión automática, la regla es la ilimitación y lo contrario las excepciones. Cuando la decisión se comparte o se delega, no es propia exclusivamente o no es libre, es de aplicar la limitación. Y, en este plano, surgen las dificultades del Derecho de Sociedades para los economistas y para los juristas. Los economistas se preguntan quién fuera el empresario en la Sociedad Anónima (si un grupo, si los administradores, si el Presidente del Consejo). Los juristas, si descubierto quién tiene el poder debe conservarse la limitación de responsabilidad.

A mi manera de ver hay que distinguir cuestiones de principios y de regla general o excepción, de permanencia u ocasionalidad de los problemas y de dificultades prácticas. En el plano de

los principios y de establecimiento de regla o excepción no parece que pueda pensarse que la falta de libertad (19) sea tal como para excluir la regla; tampoco que ofrezca iguales garantías la limitación que la ilimitación (20) ni que la función creadora del empresario haya de entenderse en trance de desaparición siendo esto deseable (21). Parece que debemos estar en cada caso a considerar que la limitación es excepción que ha de justificarse. Pero de aquí no se sigue que la identificación de un grupo de poder donde se creía ver sólo despersonalización sea ya fundamento de la excepción. Aquí entra en juego el problema de relaciones de libertad, imputabilidad, permanencia y ocasionalidad. Es muy arriesgado —no se atrevería un economista que ve las cosas más complejamente desde los ángulos psicológicos y sociales (22)— a identificar como empresario a un grupo de accionistas que más o menos permanentemente se hacen activos en la empresa. Hay un decidir ocasional o un control y un estar asiduamente en las cosas compartiendo, en cambio, la decisión actual o potencialmente; mientras esto exista no puede identificarse, porque su personalidad estaría incompleta, un empresario ilimitadamente responsable. En todo caso, existe un riesgo de generalización precipitada e insegura, tan insegura como es para los economistas la identificación del empresario. Mientras así sean las cosas, lo indicado será operar sobre la base de los correctivos que no cortan la generalización ni el principio: simulación, fraude, observancia de las normas sociales aun por la persona individual en la egosociedad, etc. y todo ello sucesiva o conjuntamente. Asimismo, habrá que fundamentar caso por caso en la doctrina o en el Derecho positivo la casuística del levantamiento del velo o manto de la personalidad jurídica.

Ahora bien, de los distintos sentidos de responsabilidad: responsabilidad y descalificación, se sigue que lo que se ha dicho res-

(19) Sobre este aspecto de la cuestión y en general sobre las distintas tendencias en cuanto a la justificación de la limitación de responsabilidad es interesante la síntesis que se hace en el *Kommentar zum G. betreffend die G. m. b. H.*, de HACHENBURG, ed. 1953, I, pág. 101.

(20) ASCARELLI habla de esto respecto de la S. A. Entendemos que precisamente ahí, en ese tipo—que es el que considera dicho ilustre autor—, los elementos de hecho permiten el control que garantiza. Pero a ese control se le escapa la actuación de una o pocas personas individualmente o en sociedad; la facilidad para la complicidad es lo que posibilita el manejo instrumental de la personalidad jurídica como manto para cubrir a personas individuales. Por otra parte, piénsese en que la técnica de control de pocas —relativamente— grandes empresas no es lo mismo que millones de personas con un tope patrimonial de responsabilidad y más millones de acreedores concurrentes respecto de cada una con las cuestiones de conocimiento de solvencia y rango para los que vengan detrás.

(21) Sobre estas cuestiones de empresa y empresario en sentido económico entiendo que no siendo esta ocasión de hacer una información de literatura de Economía está indicado valerse de un Manual suficientemente informativo y crítico. A este efecto nos valemos del de MARCHAL-BARRE: *Economie politique*, «Presses Universitaires», I, pág. 390.

(22) V. MARCHAL-BARRE: Loc. cit.

pecto de la ilimitación de responsabilidad no tiene el campo que parece suponerse; en efecto, en el plano de las hipótesis y de lo predominante, para mayor claridad, si hay descalificación y no ilimitación de responsabilidad se atienden los intereses colectivos y no los privados intersubjetivos, si hay ilimitación y no descalificación ocurre lo inverso, y si ni una cosa ni otra ni uno ni otro aparecerá, atendido. Por esto, si no la ilimitación objetiva o por riesgo respecto de los administradores, ya que no debe generalizarse, que decidan sin control y para los daños culposos hay responsabilidad ilimitada, lo que, en cambio, es distinto, es que la asiduidad de la gestión a ellos encomendada que plantea no sólo un problema de decisiones, sino de competencia y moralidad se vea libre de la sanción de la inhabilitación del inepto. Aquí, en cambio, por intereses colectivos sí debería evitarse el vacío que se produce al disolverse la responsabilidad en la imputación a la persona jurídica; de ello ya se tiene ejemplo no por cierto por razones ideológicas y sí de continuada experiencia en el práctico Derecho inglés (23).

2. Examinado el problema de la responsabilidad ilimitada quedan por ver las consecuencias del tratamiento del órgano administrativo en su relación con el conjunto de la estructura de la S. A. en el problema de la responsabilidad de los administradores.

Hay que cuidarse de dar formulación suficientemente precisa a las cuestiones cuyo tratamiento buscaremos en el Derecho español. Se trata no de cualesquiera cuestiones, sino de aquellas que afectan al conjunto de la concepción estructural de la S. A. Afortunadamente si se prescinde de detalles es posible, por lo menos, identificar con seguridad cuáles son esas grandes cuestiones porque la doctrina al margen de prejuicios políticos o de intereses las ha venido denunciando aunque haya acumulado matices nuevos desde hace bastantes años (24). Para focalizar la atención podríamos decir que en síntesis se trata siempre de un problema de atribución de poder, de ello se sigue un problema de configuración de responsabilidad. Y ello se da en un proceso evolutivo de las ideas y de los hechos cuyo esquema podría trazarse sintéticamente en la

(23) El esquema de ideas del Derecho inglés era el siguiente: La Sect. 217 de la Companies Act. 1929 permitía suspender por cinco años de cualquier actividad directiva o gestora a los administradores que cometieran fraude. La nueva Ley del 48 refuerza notablemente este régimen: no sólo cabe la sanción de inhabilitación por cinco años en caso de fraude sino también en cualquier supuesto de quebrantamiento de sus deberes—cuya gravedad ha de apreciarse por el Tribunal—en relación con la Sociedad. Y la acción se atribuye a socios y acreedores de la Sociedad. Vid. sobre ello MORRIS FINER: *The Companies Act.*, 1948, págs. 85 y sigs. Y además el Tribunal puede hacerle ilimitadamente responsable si en efecto la actividad social cae bajo el concepto de «fraudulent trading». (Vid. PALMER'S: *Company Law*, 19 ed., págs. 409 y sigs.). Este régimen inglés refrenda la tendencia de la Ley francesa del 40 con una mayor tradición.

(24) Podemos valernos de los mismos trabajos citados en nota 9.

forma que sigue. El siglo XIX, congruentemente con las ideas y la situación institucional de la época, configuró democráticamente la S. A., atribuyó a los titulares del capital que lo someten al riesgo de su pérdida el poder de decisión, pues esto es el régimen de mayoría de accionistas, y sometió a los mismos a los administradores cuya responsabilidad fué concebida análogamente a la de los mandatarios. Esta situación de las ideas y de los hechos o ha cambiado en sectores de la realidad suficientemente amplios para constituir problema o ha sido objeto en el plano ideológico de revisión. Ambas cosas se dan, a veces, interfiriéndose, pero de todas formas son, sin duda, las polarizadoras. En efecto en el primer sentido se ha observado que la mayoría ha sido destronada o ha abdicado —no es seguro si por desinterés o por necesidad—, que las sociedades son mandadas con frecuencia por grupos minoritarios, o por los administradores, que en esta forma se desligan de la subordinación en materia de responsabilidad y que todo ello se obtiene por consecuencia de ciertas situaciones económico-sociales y mediante ciertas técnicas más o menos tipificadas. En el segundo sentido hay una observación y una teorización; se pretende advertir que algunas sociedades tienden a autosocializarse (25). De ahí se sigue una ampliación de intereses, la introducción de intereses colectivos no implicados en la concepción puramente privatístico-capitalista y como secuela una distinta jerarquización de poderes y responsabilidades. Relacionándose con esta corriente o a su margen se ha desarrollado una teoría de la independización de la empresa como organización de elementos materiales, inmateriales y personales que se situaría en el vértice de la pirámide de poder destronando a la mayoría. A su sombra y junto a las realidades o exactitudes se sitúan los intereses de los administradores que serían los definidores de los intereses de la entidad. Pero también presta esta corriente el punto de apoyo para la teorización política fundamentando el principio de caudillaje con la consiguiente independización también de la mayoría capitalista.

Examinemos en estos rumbos aproximándonos más al detalle la *a p o r t a c i ó n e s p a ñ o l a*. Al hacerse este examen con alguna crítica habrá ocasión de hacer juicio no sólo de la Ley española sino de las corrientes en sí mismas.

Lo que primeramente tenía que resolver la Ley española era una opción por una concepción u otra. De una manera clara por sus propósitos declarados y por las normas concretas de sus artículos se ha pronunciado contra la transpersonalización de la Sociedad Anónima (26). Las razones han sido de una parte de oportunidad

(25) Expresión que tomo de FISCHER, quien a su vez expresa así el movimiento originado por KEYNES en 1926 cuando en Berlín publicó ésta su observación. Vid. *Rechtschein und Wirklichkeit...*, cit., págs. 91 y sigs., con el detalle de las repercusiones en la doctrina germánica.

(26) Podría temerse que el legislador se ha apoyado en razones formales, porque la Ley ha sustituido textos de la Exp. del Anteproyecto, pero

y de otra de fondo. La Exposición de Motivos de la Ley se apoya en una razón de oportunidad a la que adiciona un fundamento conceptual, aquélla es que no hay por qué llevar sólo a la S. A. las concepciones político-sociales sobre la empresa sino, de aceptarse, a todas las empresas se invistan o no de aquella tipología social porque, se dice, no es lo mismo Sociedad que empresa. Ciertamente que la Ley no innova con esto, pues esta diferenciación es tema que ya preocupaba a la doctrina italiana (27), pero ésta la utilizaba para otros fines y por ello hay anticipación a la doctrina alemana actual contradictoria de estas tendencias que, ya especificando, diferencia los intereses monísticos —de socios, del Derecho de Sociedades— de los pluralísticos —capital y trabajo— que afectan a la estructura de las empresas (28). Pero es que, además, hay la idea que entendemos muy interesante de que las pretendidas modificaciones inspiradas en la transpersonalización de la S. A. pueden desnaturalizarla de tal manera que de lo que surgiera no pudiera esperarse que llenase la función que en el sistema económico que vivimos ha llenado y está destinada a llenar la S. A. (29). Me parece, reiterando lo que decía el año 49 en un trabajo sobre empresas públicas, que PIGOU nos daba una buena guía a los juristas: la congruencia con el sistema económico actual desde un punto de vista científico pide que no dejen de ser empresas privadas y con orientación privada sino las que se encuentren en condiciones en que su funcionamiento hubiera de ser contrario al sistema —ejemplo, monopolio— o cuando expresamente se desee una orientación derechamente distinta de la peculiar del sistema económico libre.

Viniendo ahora ya específicamente al tema de responsabilidad, la distinta concepción que se adopte entre los dos grandes rumbos indicados repercute fundamentalmente en dos puntos muy importan-

no sería esto bastante porque los artículos quedan, a veces reforzados, como veremos.

(27) Puede verse el trabajo de CASANOVA: *Società ed impresa*, en «N. R. D. C.», 1949, págs. 1 y sigs., y recogiendo diversas tendencias, ROMANO-PAVONI: *Teoria delle Società*, 1953, págs. 182 y sigs.

(28) Vid. LIBONATI: cit., pág. 943.

(29) Por eso dice la Exp. de Motivos del Anteproyecto: «Mas la incorporación a la Ley de S. A. de los otros dos postulados (destronamiento del capital y responsabilidad de los administradores) ofrecía grandes dificultades a causa de la delicadeza del tema y de la conveniencia de no injertar en el organismo, extremadamente sensible de la S. A., principios que pudieran ser *contradictorios a su esencia*. Por otra parte, los redactores del Anteproyecto tenían ante sí la experiencia de otros países en los cuales la revolución política no ha conseguido penetrar en el cuerpo vivo de la S. A. En ellos el dogma antidemocrático que quiso ser transportado sencillamente desde el campo de la política al campo de la técnica jurídica, tuvo que sufrir las cortapisas impuestas por la propia naturaleza de la Sociedad por acciones, porque si es cierto que el sistema democrático puro ha fracasado en su aplicación a la S. A. también es verdad—y es una verdad acreditada por la experiencia—que ese principio no puede ser enteramente sustituido por el principio opuesto que pone en manos de una sola persona la dirección de la empresa.»

tes: en el de la posición jerárquica del órgano administrativo respecto de la Junta General y en la formulación de la cláusula general que mida la orientación de la actividad gestora y representativa.

a) Veamos la primera cuestión: relación desde el punto de vista jerárquico entre Órgano administrativo y Junta General.

En los años en que la Ley se elaboraba las corrientes que hemos descrito antes habían tenido en alguna manera acogida en la Ley alemana de 1937 como una de las posibles formas de manifestarse el «Führerprinzip». Hay que decirlo con estas salvedades porque, en realidad, había aquí una manera de tratar los viejos problemas de vicios de la Junta General y de concesión a la teoría de la empresa en sí junto a una recepción de exigencias políticas en la Ley. Y la cantidad que de unas u otras ideas hay en la independización del «Vorstand» respecto de la «Hauptversammlung» no es posible determinarla. Es el hecho, en todo caso, que a ésta se la desposee de su posición dominante y que los administradores reciben una esfera de libre determinación de la orientación de la empresa al margen de las instrucciones de aquélla, de donde que no estén respecto de ella en la posición de mandatarios que ante ella hubieran de ser responsables si bien, por el mismo carácter híbrido de la orientación, luego, al establecerse el régimen concreto de responsabilidad, aparezcan reconocidos los derechos de los accionistas. Hagamos notar también que este carácter equívoco explica que unos autores estimen que la Ley se ajusta a las exigencias políticas y otros entiendan que aunque aparezca con esa apariencia externa en realidad no contiene sino una determinada técnica de tratamiento de los vicios de la relación entre Junta y Administración (30).

La Ley española deliberadamente ha querido evitar todo posible equívoco en esta materia. Y es importante hacer notar que la Ley ha ido más allá que el propio Anteproyecto. Este se manifestó expresamente. Decía en su Exposición de Motivos que «en el terreno de la Junta General de accionistas, inspirado el Anteproyecto en las ideas vigentes desde hace más de un siglo, mantiene como principio ordenador la soberanía de la Junta»... pero «procurando que el principio de soberanía de la misma no merme la necesaria libertad de acción del Consejo de administración de cuyo reforzamiento también se preocupa el Anteproyecto»... «En la concepción tradicional el Consejo queda totalmente subordinado a la Junta y sus facultades condicionadas por las de ésta», «la experiencia demuestra no ser posible el funcionamiento de una S. A. en la que el capital representado en la Junta de accionistas pretenda llevar la

(30) Para tener una idea ponderada de todo lo dicho puede tomarse como primera información la de FISCHER, trab. cit., págs. 105 y sigs., y LEHMANN: *Gesellschaftsrecht*, 1949, págs. 197 y 203; éste, en la descripción de la relación entre órganos y síntesis sistemática del régimen de responsabilidad.

gestión e inmiscuirse constantemente en ella. A la idea de capital se sobrepone la de corporación... la solución prudente, por tanto, consiste en contrapesar los poderes de la Dirección y el poder de la Junta General». De aquí se dedujo la determinación de una zona autárquica de los administradores en el artículo 51, párrafo 2.º del Anteproyecto, el cual quiso expresar las ideas antes motivadas que concretamente conducían a esta conclusión también de la Exposición de Motivos: «El Anteproyecto... declara explícitamente que la Junta no podrá tomar acuerdo válido sobre cualquier asunto que por la Ley o los Estatutos sociales esté reservado a la decisión de los administradores». Pues bien, incluso esta concesión al reforzamiento autoritario de la dirección por razones técnicas —opinables desde luego— ha desaparecido de la Ley, ya que ésta, aunque al ir haciendo desaparecer de la Exposición los textos definidores de esta actitud haya dejado la referencia a esa reserva de zona autónoma de la administración, en el articulado, que es lo que importa, ha suprimido ese párrafo segundo del artículo 51 de manera que queda el principio de soberanía de la Junta sin recortes o limitaciones.

b) En punto referente a lo que podríamos llamar *transpersonalización de intereses y de responsabilidad* el legislador español también hubo de tomar partido respecto de la sollicitación que representaba la indudable autoridad que merecidamente se da a las aportaciones jurídicas alemanas. Y es el hecho que hubo de plantearse el problema de si seguir o no la declaración del artículo 70 de la Ley alemana que daba acogida a una mezcla de ideas técnicas y políticas, pero, aquí, claramente con predominio de éstas. Es sabido que ese texto legal dispone que el «Vorstand» ha de dirigir la Sociedad bajo su propia responsabilidad promoviendo el bien de la empresa, de su personal y la utilidad del Pueblo y del Reich. Los comentaristas alemanes de después de la guerra, cuando tratan de demarcar qué puede entenderse subsistente de él, ya expresan que junto a las declaraciones transpersonalistas hay en él la atención al saneamiento de los intereses comunes en la Sociedad (31). Pero cuando la Ley española se redactaba suponía este texto una fuerte tentación. No obstante, el legislador español no se dejó llevar por el camino sugerido y la Exposición del Anteproyecto expresó su abstención y mantuvo la Ley en su orientación general en los términos que se corresponden con su concepción clásica de la S. A. (32). La cláusula

(31) Vid., por ejemplo, los *Comentarios* de BAUMBACH o GODIN y LEHMANN, cit., pág. 198.

(32) La Exp. dice: «El tema de la responsabilidad de los administradores era otro de los postulados políticos de la reforma. Claro está que al hablar de la responsabilidad no nos referimos aquí a la responsabilidad de tipo jurídico-privado, basada en las reglas de mandato, sino a la responsabilidad de tipo social (como se ve, las considera cosas distintas, compatibles) a la que alude sin duda la Declaración VIII del Fuero del Trabajo, cuando dice que el jefe de la empresa asumirá por sí la dirección de la misma, siendo responsable de ella ante el Estado. La posibilidad de

general del artículo 79 de nuestra Ley establece unas referencias clásicas para el contenido y la medida de la culpa (malicia, abuso de facultades, negligencia grave; diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal) sin ninguna declaración transpersonalista.

Lo que sí contiene la Ley es una cosa distinta e interesante. Establecida la regla general admite una excepción teóricamente bien deslindada: que una Sociedad que hubiera de extinguirse por efecto del juego libre del sistema económico pueda excluirla de la configuración tradicional de la S. A. y habiendo trazado la línea la disolución en el poder público si en esa empresa concurren intereses económicos nacionales o sociales (en el sentido de laborales) que la hagan acreedora a ello haciendo este juicio el Gobierno. Este es el contenido sustancial del artículo 151 (33).

B) Habiendo visto que la doctrina al margen de los cambios en las concepciones políticas había denunciado importantes vicios de la práctica o del desenvolvimiento en el plano de los hechos de la configuración tradicional de la S. A. Y habiendo trazado la línea de relaciones de nuestra Ley con las ideas no tradicionales es de interés tratar ahora de la manera de atender a esos problemas. De suyo ésta es otra ideología y podría ir al apartado anterior pero es preferible traer esa materia al encabezamiento de la exposición del sistema de preceptos de la Ley para que así éstos aparezcan con todo su sentido.

Presidiendo y orientando toda esta materia puede, por lo ya visto, decirse que está la atribución del poder resolutorio en correspondencia con el riesgo: a los accionistas que arriesgan su capital corresponde mandar. Y el núcleo de los problemas que a nosotros nos interesa está en que por unas u otras razones a la subordinación y responsabilidad del órgano administrativo ha venido a sustituir una independización de dicho órgano respecto de la Junta que debiera ser la expresión del poder cuando no un mando efectivo. Este problema de distinta manera se ha considerado como típico de nuestro tiempo, unas veces se dice que se trata de una

exigir esta responsabilidad parecía una compensación equitativa del reforzamiento de los poderes de la dirección. Pero los redactores del Anteproyecto han creído más prudente abstenerse de formular el principio de la responsabilidad social (en sentido laboral) de los administradores en vista de las dificultades que esta formulación ofrece, y que han llevado a las legislaciones que la abordaron a declaraciones de una extrema vaguedad. Este tema, como asimismo el tema de la posible intervención del Gobierno en la administración de las grandes empresas anónimas, sea en el nombramiento de sus consejeros, sea en el funcionamiento mismo de los Consejos de Administración ejerciendo un posible derecho de veto, quedan, pues, enteramente reservados a la superior apreciación del Gobierno y de los Cortes...».

(33) Como es un texto excepcional remitimos el comentario al que hace DUQUE, Profesor adjunto de la Cátedra que desempeño en Valladolid, en su libro *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos* (art. 67 L. S. A.), págs. 85 y sigs.

restauración de la democracia en la S. A., otras simplemente la manifestación de una zona de imperfección en el régimen (34). En todo caso interesa ver las líneas fundamentales de sus causas y tratamiento y alrededor de estas líneas fundamentales examinar la actitud de la Ley española.

El dato esencial en el que se está conforme consiste en la falta de ejercicio de sus derechos por los accionistas. Esto a su vez —y recogiendo los diversos diagnósticos sin prejuzgarlos— se atribuye unas veces a desinterés de aquéllos, otras, a inviabilidad de los derechos que se les atribuyen. Junto a ello hay una tipificación de prácticas de la administración contra la concepción esquemática de poderes antes dicha. De aquí se pueden deducir las líneas maestras de las tendencias correctivas: dar a los accionistas derechos que permitan su autodefensa, pero como de ser cierto su desinterés no usarían de ellos hay otras corrientes que no ponen en sus manos el control de la administración sino de entidades públicas o privadas especializadas y finalmente hay un tratamiento de las prácticas tipificadas orientadas en interés de la administración. Entre este conjunto de tendencias el tratamiento de la responsabilidad es sólo una de ellas que habremos de ver así enmarcada. Luego de este enfoque la examinaremos especialmente.

1. Ocupémonos, primeramente, de esas orientaciones generales de la Ley. El problema que pudiéramos llamar del vacío del poder de los accionistas se explica o acentuando que aquéllos en realidad tienen desinterés por la empresa cuya marcha no les interesa—accionistas con psicología de obligacionistas—o que su desinterés se debe a la atomización y desorganización que hace su interés muy pequeño frente a las cargas que costaría su defensa. La primera tendencia confía menos que la segunda en la autodefensa del accionista. Ambas coinciden en que se facilita esa defensa permitiendo la formación de grupos que hagan frente a la atomización y puedan enfrentarse a los grupos de poder organizados que sostienen la administración. De aquí la significación de los derechos de minoría y muy particularmente aquellos que de manera más inmediata actúan sobre el órgano administrativo, a saber las formas de representación proporcional. Hemos de examinar como aborda estas cuestiones la Ley española. Pero advertamos antes que la doctrina contemporánea no siempre para mucho la atención en los objetivos o intereses a satisfacer: una cosa es dar satisfacción al accionista en que ningún derecho le sea violado y que sean eficaces sus derechos de socio y cosa distinta es admitir que todos estén en la gestión como en una Sociedad personalista, que la gestión diaria sea posible sobre la base de un empresario monstruoso de mil cabezas.

La Ley española puede calificarse a mi manera de ver de ge-

(34) Vid. FISCHER cit., págs. 204 y sigs.; ASCARELLI, cit., págs. 20 y sigs.; FERRI, cit., págs. 48 y sigs.

nerosa en la atribución de derechos de minoría y por ello convenirá observar su efecto en la práctica. Aparentemente contiene una serie de derechos de minoría semejante a la que pueda contenerse en cualquier otra Ley moderna. Componen esta lista el derecho de convocatoria (minoría de un décimo del capital, artículo 56), de prórroga de Junta (25 por 100, artículo 63), de información sin que pueda ser denegada (25 por 100 del capital, artículo 65), de nombramiento de censores de cuentas (décimo del capital, artículo 108), suspensión de ejecución de acuerdo de Junta impugnado (un quinto del capital, artículo 70, IV), designación de Interventor en liquidación (un quinto de capital, art. 157), investigación extraordinaria (una tercera parte de capital, art. 109), ejercitar acción de responsabilidad contra los administradores (un décimo del capital, artículo 80, III), e impedir su renuncia o transacción si hubiera sido ejercitada por la sociedad (un décimo del capital, art. 80), y representación proporcional en el Consejo a los grupos que resulten de dividir el capital social entre el número de miembros del Consejo de Administración. Para proceder con todo rigor a fundamentar la estimación crítica expuesta habría que ver cada derecho de los indicados, cosa que no cabe en este lugar. Por ello hay que apoyarse en razones genéricas y, por tanto, con la salvedad consiguiente. Son estas: los derechos de minoría presentan el riesgo del abuso irresponsable y de la obstrucción. Para atender a esos riesgos se provee, limitando los que se conceden, cuidando de individualizar los supuestos de manera que se concedan ciertos derechos no a minoría cualquiera y ocasional, sino a grupo caracterizado en alguna forma por intereses específicos, estableciendo para los derechos más «agresivos» un examen *prima facie* de su fundamento, disponiendo alguna responsabilidad especial o exigiendo alguna caución (35). Pues bien, la Ley española salvo para el caso de suspensión de acuerdos impugnados, trata los derechos de minoría sin otra precaución ni garantía que la de la importancia cuantitativa del grupo. Esta, por otra parte, no cambia según la magnitud del capital. No debe tampoco olvidarse que el desinterés de la masa de accionistas deja unos poderes susceptibles de fácil usurpación por terceras personas. E igualmente debe llamarse la atención sobre la inexistencia en nuestro país de un órgano de vigilancia intermedio entre Junta y administradores. Los derechos concedidos se pueden esgrimir con gran libertad y enfrentado directamente a accionistas y administradores. Todo esto aconseja, sin duda, una cuidadosa observación de esta experiencia.

Hay que hacer notar que hay una cierta inconsecuencia entre ese tratamiento que acabamos de ver de los derechos de minoría y el que se ha dado a alguna de las prácticas típicas en interés de la administración. Destaca lo referente al derecho de voto en el que

(35) Puede verse sobre estos puntos mi libro *Derecho de Sociedades Anónimas*, en págs. 188 y sigs.

la Ley ha hecho una grave corrección al Anteproyecto atendiendo de manera episódica a intereses que en otras ocasiones como hemos visto había rechazado. El Anteproyecto había sido categórico en su Exposición de Motivos «ni accionistas desprovistos del derecho del voto ni accionistas con derecho de voto restringido, ni accionistas con derecho de voto plural». Este es en esencia el propósito del Anteproyecto. El Anteproyecto explicaba que así se atacaba a una versión española de práctica defensiva consistente en exigir un número mínimo de acciones para poder votar eliminando así la influencia de muy pequeños accionistas pero que algo semejante se podía obtener elevando el valor de la acción. La Ley en su artículo 29 y después de acoger la regla de proporcionalidad expresamente admite esa práctica y la contraria de limitación del número de votos ejercitables por un sólo accionista originando difíciles problemas de interpretación (36). En otros puntos las observaciones serían más de técnica que de juego de sistema por lo que basta dar una referencia a ellos. Se atiende a evitar la usurpación de derechos de socio (art. 61), exigiendo para la representación que sea para cada Junta, por escrito, y excluyendo la validez de la representación por persona jurídica, se garantiza la publicidad de la retribución de administradores y que sus *tantièmes* no mermarán por lo menos un dividendo mínimo (art. 74) y el régimen de Balance es grandemente detallado con lo que si bien no puede decirse que se impidan las reservas ocultas con sus secuelas de autofinanciación y margen de manejo de administradores, porque se sigue predominantemente en valoración la regla del menor valor, se da base para un conocimiento de la situación patrimonial de la Sociedad (arts. 103 y sigts.).

Vistos los derechos de minoría en su conjunto y la manera de restringir las prácticas en interés de los administradores, interesa hacer una referencia en especial al derecho de representación proporcional que se ha reconocido en la Ley. También aquí la Ley al modificar al Anteproyecto que no reconocía este derecho ha descuidado la concordancia sistemática. En esquema la disposición de la Ley es sencillamente ésta: si hay accionistas que ejerciten su derecho agrupándose y reclamándolo en la elección de administradores se procederá dividiendo el capital por el número de puestos y cada minoría del importe resultante tiene derecho a designar un consejero (art. 71). Esta norma presentaba muchísimas dificultades técnicas de aplicación que trataron de ser resueltas por el Decreto de 29 de febrero de 1952 de las que no nos vamos a ocupar. Sólo caben aquí las orientaciones generales. Podría pensarse que la Ley por este procedimiento ha dado acogida a las tendencias más recientes sobre inmixción de grupos diversos de los que ejercen el poder (37). Podría entenderse que esta fórmula de la Ley española

(36) Vid. en mi libro sobre S. A., págs. 207 a 209.

(37) Vid. ASCARELLI, cit., pág. 32; FERRI, cit., pág. 50, una nota con apretada síntesis informativa en BIGIAMI: *I commercialisti e la fantasia*,

estaría fuera de esas tendencias que más bien acentúan que la representación proporcional no debe llevarse al Consejo de administración sino al órgano de vigilancia para que la unidad de gestión no se rompa con lo que al mismo tiempo se ataca al problema de independización del órgano de vigilancia respecto de los administradores a los que en la práctica aparecen unidos por representarse en él el mismo grupo de poder. Pero esta observación sería incompleta porque en la práctica española no solía haber órgano de vigilancia y era en el propio Consejo por diferenciación de simples Consejeros y Consejeros delegados o comisiones ejecutivas por donde se deslindaban las dos funciones. Lo que sucede es que el Anteproyecto había creado —y lo conserva la Ley— un órgano, el de Censores de cuentas, que venía a satisfacer una función intermedia entre la censura mediante órganos independientes extra-sociales, burocráticos o no, y la función de vigilancia. Era ahí —no en el Consejo— donde el Anteproyecto concedía una representación minoritaria mediante un Censor. Por disposición de la Ley habrá de ser, en ese caso de minoría disidente, un Censor Jurado de cuentas —cuerpo de Contables especializados de nuestro país— frente a la hipótesis de unanimidad en que serían accionistas. Como consecuencia resulta una duplicidad o multiplicación de representaciones minoritarias: en la censura de cuentas —Anteproyecto— y en el Consejo —Ley—. El Anteproyecto no se atrevía a confiar en un organismo externo sin suficiente tradición como el Instituto de Censores Jurados. Es este el problema de la suplencia del desinterés de los accionistas: hay que tener un cuerpo que ofrezca ya garantía. De otra manera, es trasladar el problema y no resolverlo. La ley ha confiado más. Pero no parece haber advertido lo otro: que el Anteproyecto quería poner un límite; desde luego que no pudiera defraudarse a los accionistas y amparar sus derechos pero en cambio expresó su temor a ofrecer la tentación de multiplicidad de mandos empresariales con sus correspondientes riesgos. Por eso llevó el derecho minoritario al órgano de censura. Aquí, como en los derechos minoritarios, deberá observarse con cuidado la experiencia práctica.

2. Finalmente llegamos al estudio del tratamiento específico de la responsabilidad en la Ley. Podemos ahora intentar una exposición de síntesis puesto que ya conocemos las ideas y propósitos generales del legislador expresadas al trazar la posición jurídica del órgano administrativo y organizar la prevención en evitación de posibles responsabilidades. Evitaremos los problemas puramente interpretativos tratando de hacer posible una visión del sistema y de sus orientaciones que facilite la estimación crítica.

La visión de conjunto se asegura mediante un adecuado sis-

«RDCiv», 1956, pág. 1024, y un esquema de tendencias en mi libro de *Sociedades Anónimas*, págs. 187 y 340 y sigs.

tema, y éste, a su vez, se induce de las cuestiones dogmáticas implicadas en el de la Ley en los artículos 79 a 81, que son los que dedica a la materia. Estas y las político-jurídicas son los dos extremos ordenadores de la exposición que seguidamente se hace. Esto no quiere decir que esos dos aspectos sean dos mundos incomunicados, por ello, habrá que hacer referencia a las comunicaciones entre uno y otro, pero son los ángulos de visión más adecuados.

a) Una buena parte de los problemas dogmáticos que ha venido ocupando a la doctrina latina más provenían de las dificultades derivadas de la insuficiencia de los preceptos específicos para la S. A. y de la necesidad de recurrir al Derecho común buscando en este recurso, además, dar satisfacción aunque fuera incierta a los problemas de política-jurídica originados por las exigencias de la S. A. que a dificultad intrínseca de los conceptos (38). Dictada la Ley, los problemas se limitan a individualizar las acciones y caracterizarlas en relación con los conceptos de Derecho común hallando lo especial. Y para situarlas conviene hacer además, una referencia a las ideas anteriores.

Las acciones posibles, individualizadas por los, a su vez, posibles dañados serían, de la sociedad, de los socios, de los acreedores, de terceros que no tuvieran ninguna de las condiciones anteriores (39). Como es sabido, se ha discutido si la acción del socio es propia o la misma de la sociedad y, en relación con ello, se ha utilizado el criterio diferenciador de la forma en la incidencia del daño; de donde la distinción entre daño indirecto, sufrido por la sociedad y también por el socio, pero a través de aquella por serlo, y el daño directo, sufrido por éste sin aquella interposición. En esta discusión hay encubierta la cuestión de política jurídica de titularidad o legitimación para el ejercicio de la acción y en consecuencia los riesgos o beneficios de la atribución a los socios de ese derecho. En tanto exista y se reconozca la personalidad jurídica a la sociedad, adoptada una posición en el problema político jurídico, se sostiene este concepto dogmático: la acción si ocasiona daño indirecto es la social y si directo la de tercero. Habrá luego el problema de si en ese concepto de tercero ha de situarse el supuesto de daño directo en derecho de socio ejercitable individualmente. Pero el concepto puede darse por válido. Pues bien la Ley española conserva las acciones derivadas de daño directo en su artículo 81 para cualquiera

(38) La jurisprudencia y la doctrina son las que han propuesto a las de los demás países latinos estas tendencias ante la insuficiencia de los textos legales. La ordenación del proceso de estas aportaciones y sus resultados se puede ver en HAMEL-LAGARDE: *Traité de D. Commercial*, I, 1954, págs. 790 y sigs., y ESCARRA: *Cours de D. Commercial*, 1952, págs. 500 y sigs. A los efectos informativos de la jurisprudencia puede verse MOREAU: *La Société Anonyme*, págs. 225 y sigs.

(39) Esta manera de individualizar las acciones se toma de GOLDSCHMIDT: *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsmitglieder der Aktiengesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, en «Z. H. R.», 1949, págs. 33 y sigs.

que los sufra y además establece un ejercicio minoritario de la acción social; en consecuencia no debe hablarse de una acción de responsabilidad específica del Derecho de Sociedades (no lo es esa de derecho común del art. 81) atribuida individualmente al socio. Y en cuanto a los acreedores, y con razones semejantes, lo que hace la Ley es atribuirles una acción—de la que por ahora y en reserva de ulterior aclaración podemos decir que se define por vía de especificaciones de la social—y además por supuesto la acción de Derecho común (art. 80-IV). Resulta, por tanto, lo siguiente:

Hay dos grandes regímenes de responsabilidad: uno especial para la Sociedad Anónima y otro el de Derecho común contractual o extracontractual que no queda excluido por aquél y que entra en juego a favor del que sufra daño directo.

El especial de la S. A. permite un ejercicio por la Sociedad, es decir decidiendo la mayoría, permite, además, un ejercicio por la minoría sin alteración alguna en el fondo del régimen establecido y finalmente se permite un ejercicio por los acreedores sociales—sea a título propio o subrogatorio—pero con cambio en los supuestos de fondo del régimen: se precisa que la acción trate de reconstituir el patrimonio social porque haya amenaza grave para la garantía de sus créditos (art. 80-IV).

En la descripción de conjunto anterior se ha procedido con salvedades en la denominación de la acción concedida a los acreedores sociales. La razón de ello está en que respecto del Derecho italiano, cuyo «Código Civil» ha podido servir de modelo al español, se ha producido una importante discusión acerca de si la acción de los acreedores sociales es una acción propia o es meramente la social cuyo ejercicio se les permite a los mismos en ciertas condiciones (40).

Ahora bien, junto a ese modelo estaba también el alemán (artículo 84-V de la Ley del 37) que no ofrece duda acerca del carácter social con ejercicio subrogatorio de la acción de los acreedores. Pues bien, la Ley española a la vista de su texto y régimen de la acción y aunque haya seguido una vía original en los requisitos particulares que exige, debe entenderse que concede a los acreedores la misma acción social. En efecto, se permite subsidiariamente, de donde que se entienda que se satisfacía a los acreedores por la acción social si ésta se hubiera ejercitado; se añaden como requisitos que tienda a reconstituir el patrimonio social no conduciendo, por tanto, a la percepción de sus créditos por los acreedores direc-

(40) Sobre esta discusión, originada principalmente por MINERVINI en un trabajo sobre *Note in tema de responsabilità degli amministratori di società per azioni*, «R. D. C.», 1954, págs. 210 y sigs., aunque ya contra la tesis dominante, según la cual se trata de una acción propia, se había pronunciado FERRI, puede verse el trabajo de OSTI: *Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni*, en «R. T. D. P. C.», 1955, págs. 802 y sigs., y luego, recogiendo la literatura sobre el particular, el libro de MINERVINI: *Gli amministratori di società per azioni*, 1956, págs. 329 y sigs.

tamente de los administradores y se ha de tratar de un acuerdo de los administradores —expresión inadecuada ya que sin acuerdo puede haber supuesto de responsabilidad— que dañe gravemente la garantía de los créditos con lo que se particulariza una exigencia más a las generales de la acción social. Es dudoso que esta técnica de cláusula general—«gravemente»—con el consiguiente margen de arbitrio sea afortunada para una acción en último término excepcional (41).

El tema de si la responsabilidad es contractual o extracontractual en su aspecto más importante, es decir, en lo que significa de referencia para hallar las normas subsidiarias en el mandato ha perdido importancia ya que analógicamente, y aunque la posición de los administradores sea orgánica, la subordinación en nuestro Derecho a la Junta pide este recurso analógico. Pero muy cuidadosamente porque, en cambio, la medida de la diligencia ha sido tratada con muy especial atención en la Sociedad Anónima. En efecto, la tradicional norma de medida de la culpa en forma profesional y por referencia al padre de familia se ha sustituido por la de un «ordenado comerciante» eligiendo así la Ley este camino de entre los dos indicados que la ofrecía el Derecho comparado (42). Pero al mismo tiempo, la relación subordinada respecto de la Junta General y de la sociedad misma ha querido asegurarse estableciendo complementariamente la diligencia correspondiente a un «representante leal» (art. 79). Y el grado o intensidad también viene especialmente regulado: se incurre en responsabilidad por «malicia», «abuso de facultades» (con lo que se tiende a sancionar adecuadamente la diferencia entre gestión y representación construyendo a la observancia interna del margen de poder en que hayan de moverse los administradores) y «negligencia grave». Parece que la Ley ha huído de ser muy exigente en la diligencia pedida para evitar la proliferación de acciones de responsabilidad por razones minúsculas, pero hay que tener en cuenta que, al exigirse la diligencia de un representante leal, se atre la norma del mandato mercantil que obliga a cuidar de los asuntos como de los propios (art. 255) a falta de instrucciones concretas sobre la materia. No

(41) Probablemente una casuística en que se recogiera la experiencia sería lo más adecuado y remitir el libre ejercicio de la acción al caso de quiebra, dando así unidad a la vida de la sociedad como hace el Derecho suizo en su artículo 758. La solución germánica de aumentar la medida de la culpa parece mezclar una razón de oportunidad, como es el limitar las acciones infundadas, con un fundamento de justicia haciendo a éste infundadamente cambiante.

(42) En el Derecho italiano se recurre a la doctrina legal sobre el mandato—art. 2.393 y vid. BRUNETTI: *Tratado D. delle Società*, II, página 388—, en el alemán se crea una figura especial, «Geschäftsleiter», —art. 84-I, y BAUMBACH: *Aktiengesetz*, pág. 190—, que viene a significar algo semejante a la nuestra de hombres de negocios que esté al frente de ellos, suponiéndose, por tanto, unos conocimientos profesionales; en el inglés ocurre algo semejante a través de la doctrina elaborada en los «cases», CHARLESWORTH: *Company Law*, pág. 127.

hay duda alguna de que se trata de una responsabilidad por culpa. Las normas ya comentadas sobre diligencia exigida lo dejan claro. No se trata solamente de que se haya rechazado la atribución de una responsabilidad ilimitada por razones más o menos políticas, sino que, desde luego, se ha rechazado también el agravamiento que supondría exigir una responsabilidad objetiva o de los resultados. Finalmente, dentro de las cuestiones que vienen tratándose dentro e implicadas en la de carácter contractual o no está la de carga de la prueba que el legislador español no ha tocado.

Este cuadro de cuestiones de diligencia, carácter de la responsabilidad y prueba merece para mayor claridad una breve consideración crítica. Si bien se observa, se advierte que las tres cuestiones trascienden en el sentido de una mayor o menor gravedad en la responsabilidad de los administradores. Ciertamente que una responsabilidad objetiva o de resultados alejaría a los hombres preparados para la dirección de negocios de asumir los de Sociedades Anónimas (43) a la vista de lo que arriesgarían en ello. Y, además, no hay buenas razones para establecerla aquí. En este sentido la Ley es elogiada. En cambio, es discutible en el establecer la franquicia (44) consistente en no llegar a exigir la diligencia de culpa leve, porque no parece esta materia adecuada para tolear impunidad si la conducta es culposa. Igual sucede en el no haberse ocupado de esclarecer las dudas acerca de la carga de la prueba porque, en esto, hay no solamente una zona de inseguridad jurídica, sino que trasciende hasta el punto de imputar las consecuencias de un acto no culposo pero no probada la falta de culpa y porque en esta materia no debe estarse simplemente a una solución basada en la distinción tan poco firme entre responsabilidad contractual y extracontractual de Derecho común, que en nada prevé las circunstancias específicas concurrentes en la Sociedad Anónima (45).

(43) Así LEHMANN: *Gesellschaftsrecht*, pág. 203.

(44) Según expresión muy autorizada por proceder de GARRIGUES: *Comentario*, pág. 131 del t. II.

(45) En el Derecho español una sentencia de 4 de octubre de 1935 había acogido la doctrina extendida de que en las relaciones contractuales el acreedor no ha de probar la culpa y sí, en cambio, en la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, hay también la tendencia—Sentencia de 10 de julio de 1943—a hacer menos onerosa la carga de la prueba en la hipótesis de responsabilidad extracontractual. (Vid. sobre estas cuestiones, CASTÁN: *Derecho civil*, t. IV, 7.ª ed., págs. 787 y sigs.). Hay que tener en cuenta, en todo caso, que basada en la no necesidad de probar en la existencia de una obligación determinada esto presentará su dificultad y consiguientemente la necesidad de probar en todos los casos en que esa obligación no tenga su contenido claramente concretado, como dice RIPERT (Vid. su *Traité*, pág. 456, ed. 1948.) En cuanto a las distintas tendencias del Derecho comparado pueden verse en FAIREN: *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas*, ponencia general al Congreso Internacional de Derecho Comparado de París de 1954, publicado en «Rev. de Derecho Privado», 1955, pág. 870. Finalmente, para una síntesis ponderada de las tendencias de reforma en materia de responsabilidad, la edición de 1955 del *Lehrbuch*, de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, I, págs. 913 y sigs.

Una cuestión importante de carácter mixto no tratada en la Ley es la de la solidaridad de la responsabilidad de los Consejeros cuando son varios. De entre las direcciones del Derecho comparado se ha optado por el silencio. Ahora bien, esta falta de consideración especial para la función de garantía que la solidaridad cumple no quiere decir que no se haya atendido a los problemas específicos que el carácter colegial del órgano administrativo presenta. Por ello se declara incurso en responsabilidad al que no se haya preocupado expresamente de salvar su voto en la cuestión origen de la responsabilidad (art. 79). También en este problema de solidaridad es opinable que haya sido suficiente el tratamiento de la Ley. Puede objetársele que no haya esclarecido las dudas que con sólo el Derecho común pueden surgir. De haber resuelto sobre la existencia de responsabilidad para el Consejero que no adopta la conducta positiva de salvar su voto no se deduce con claridad ni el cómo —si del todo del daño o de la parte que le corresponda dividida la obligación con los demás corresponsables— ni del cuánto, es decir, si guarde su responsabilidad proporción con la importancia de su culpa (46). Por otra parte, dado que parece haberse inspirado el legislador en el Derecho italiano al pedir una conducta positiva para salvar la responsabilidad, parece que, igualmente, dado que en la práctica italiana como en la española se produce un desdoblamiento en los Consejos entre los consejeros con funciones inmediatamente gestoras en los que delega el Consejo y el resto de éste que más bien controla a aquéllos (47), hubiera sido de interés hacer excepción para este caso de la regla sobre responsabilidad presunta de la misma manera que en el Derecho italiano en este caso se excluye la responsabilidad.

También parece que hubiera sido interesante, a la vista de la importancia de las cláusulas que tratan de proteger a los administradores de las acciones de responsabilidad, y ante las que reaccionó la legislación francesa (48), que se hubiera dispuesto algo sobre el alcance o márgenes de validez de las mismas. Es probable que no base la doctrina con su límite de validez en el dolo o culpa lata. Más bien si se admitieran como de orden público las normas de protección de acreedores (49) habría hoy que entender que también lo son las de los accionistas en general y excluir por completo la validez de las cláusulas que obstruyan o violen el régimen legal sustancialmente.

(46) Sobre estas cuestiones puede verse GARRIGUES-URÍA: *Comentario*, II, págs. 135 y sigs.; en esas páginas se ve la incertidumbre a que nos hemos referido.

(47) Sobre las repercusiones de esta peculiaridad en el plano legislativo son interesantes las observaciones de PULCH en págs. 125 y sigs. de su trabajo *Gli organi della Società per azioni secondo il diritto italiano e tedesco*, en «N. R. D. C.», 1954.

(48) Pueden verse los libros de HAMEL, RIPERT y ESCARRA en los lugares citados.

(49) En este sentido parece inclinarse MINERVINI: *Ob. cit.*, pág. 353.

b) Los problemas de política jurídica versan fundamentalmente sobre la atribución del ejercicio de la acción de responsabilidad a los socios individualmente o a una minoría determinada. Sobre esto se ha enjuiciado inexactamente a la Ley española y es posible pensar que, simplemente, por la curiosa circunstancia de no saber apreciar la significación de la cortesía y las formas en nuestros hábitos. Tomando de la Exposición de Motivos de la Ley el texto que dice que la «púreza administrativa es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas» se ha pretendido que la Ley no fuera rigurosa en la exigencia de responsabilidad (50). En realidad esa frase no significa más allá de lo que el refrán español «lo cortés no quita a lo valiente» o el dicho de Don Quijote: «al que has de castigar con obras no trates mal con palabras». Se cumple con las formas corteses dando una excusa antes del ataque que supone el establecimiento del derecho minoritario a ejercitar la acción social de responsabilidad que no ejercite o no quiera ejercitar la mayoría, a lo que equivale sencillamente poner en las manos de una minoría del 10 por 100 el ejercicio de la acción de responsabilidad. Esto es precisamente lo que hoy se pide por un autorizado sector de doctrina (51) como protección de minorías. Pero es interesante pensar en si debe darse a la minoría poderes que puedan ejercitarse sin ninguna responsabilidad. La Ley española no establece, siguiendo la línea conocida, más cautela que la del importe de la minoría. Es dudoso que esto sea suficiente. Las soluciones suelen ser depósito en garantía, sanción de costas procesales (52) exclusión de los que votaran el acuerdo de descargo y plazo de caducidad breve (53).

Una importante disposición cuya motivación en razones político-jurídicas y de oportunidad no necesita advertirse es la que se contiene en un artículo alejado de los que la Ley destina a responsabilidad, en el artículo 110, en que se dice que la aprobación de los documentos contables correspondientes a la Junta ordinaria no implica el descargo de los administradores. Es decir, se sale al paso de la práctica, denunciada por la doctrina, de aprobación de la

(50) MINERVINEN: *Per una accentuazione della responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., pág. 321.

(51) ASCARELLI y FERRI en trabajos citados.

(52) Vid. el trabajo de PULCH cit., pág. 128, en que se refiere a las establecidas en el Derecho alemán.

(53) Así en Derecho suizo. (Vid. STEIGER: *Das Recht der AG, in der Schweiz*, pág. 262.) Tiene interés hacer notar que según la interpretación de GARRIGUES-URÍA del artículo 80-III de la Ley, la acción de la minoría estaría sometida a una caducidad de tres meses (*Comentarios*, II, pág. 155). La sintaxis del texto legal no deja duda, sin embargo, de que realmente se trata de un plazo a partir del cual se ha de entender que la sociedad desiste de ejercitar su acción, a pesar de haberlo acordado. A. DE SOLÁ CAÑIZARES, en su *Tratado de Sociedades Anónimas en el Derecho español y en el Derecho comparado*, 1953, págs. 282, y a mí—*Derecho de sociedades anónimas*—no nos ha producido ninguna duda la lectura y dicción gramatical de la Ley.

gestión anual sin conocimiento y sin advertencia, por tanto, de los hechos y por vía de aclamación, a la cual no puede dársele sencillamente, basándose en la ocasión, el valor de asentimiento a todos los actos de los administradores correspondientes al ejercicio. La técnica de precaución de la Ley consiste, sencillamente, en la necesidad de que sobre ese particular exista un acuerdo expreso. En este caso este acuerdo cobra toda su significación jurídica. Esta solución aparece muy razonable. La incertidumbre que impone negar valor al descargo suponiendo, con generalización infundada, que éste sea siempre inadmisibles o establecer, con incertidumbre menor, un largo plazo en que las acciones sean irrenunciables no es preciso si a la minoría se da ocasión expresamente considerada de pronunciarse; si no hace uso de la autodefensa que se le da no debe permanecer una protección tutelar ulterior (54).

Bastantes cuestiones quedan sin tocar. Pero esperamos que las importantes para la finalidad perseguida de dar una visión del espíritu, del sistema y de la técnica, se hayan expuesto.

(54) V. sobre estas cuestiones, STEIGER: Ob. cit., pág. 254 y sigs.; DAVID: *Natura e portata del quibus nel diritto francese della società per azioni*, en «RDC», 1940, págs. 244 y sigs. También COPPENS: *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 1945, págs. 205 y sigs. Conviene advertir que el problema de descargo se presentaba como problema de presión del grupo mayoritario que apoya a los administradores al mismo tiempo que como problema de falta de reflexión y desinterés. Aquello reconocido, el derecho de minoría desaparece y queda sólo lo segundo que es lo que trata la Ley española.