

II. NOTAS CRÍTICAS

“Sociedades Anónimas” (1)

I. Cuando parecía haber cesado la actividad exegética y constructiva de los mercantilistas españoles alrededor de la Ley sobre régimen jurídico de la sociedad anónima, un nuevo libro sobre este tipo social ve la luz. Su aparición coincide, además, con el momento en que se insinúan —y ahora toman cuerpo— los anuncios de una reforma de la ley de 1951, reforma parcial —en cuanto a la extensión que, según las noticias publicadas, alcanzará—, pero que ha de afectar profundamente algunos aspectos de la disciplina actualmente vigente. Así, pues, el nuevo “Curso” ha colmado, por de pronto y hasta que se apruebe la ley que reforme el Derecho de sociedades anónimas, una laguna que, por el corte en la publicación de obras generales, se había ido haciendo muy ostensible en este sector de la literatura española, y, una vez publicada la reforma, permitirá comprobar el camino recorrido desde que se promulgó la Ley de 1951 hasta el momento de su publicación. Por otro lado, el libro, en sí mismo considerado y al margen de cualquier consideración de oportunidad, contiene valores que, a través de las ediciones sucesivas, le incorporan al elenco —no muy numeroso— de los libros de consulta necesarios para resolver los problemas propuestos por la LSA.

Por eso, antes de indicar brevemente la estructura del libro y sus principales desarrollos, es necesario aludir al significado que el mismo posee para la literatura española de sociedades, a la vista de los materiales utilizados y de la estructuración de la materia tratada.

El “Curso” no se destina, según la propia declaración del autor, a los “profesionales ya formados”, sino a los alumnos de las Facultades de Derecho. Mas, pese a este designio, no es aventurado predecir que, por los valores del libro, por la importancia de la materia tratada para el desarrollo de la vida económica, por la personalidad del autor y por la inexistencia de libros que recojan al día estos problemas, obtendrá una difusión superior a la correspondiente al destino previsto por su autor, no limitándose su empleo en la actividad académica y extendiéndose a la práctica de la vida cotidiana.

En el plano didáctico, ha de subrayarse el esfuerzo que realiza el profesor Rubio para sistematizar y clasificar las distintas instituciones que integran el fenómeno de la sociedad anónima, esfuerzo patentizado en varios lugares, a lo largo de la obra: aumento de capital; derechos del accionista; contenido de los documentos contables: v. partidas del balance... En este mismo plano, el libro, nacido de las explicaciones de clase a los alumnos de la Licenciatura, conserva un estilo ágil, nervioso, próximo a la expresión oral. Y conserva igualmente la neta contraposición de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que, durante los diez años largos en que la LSA ha estado vigente, han ido desarrollándose alrededor de los puntos discutibles de la Ley de 1951. Esta con-

(1) RUBIO, Jesús: *Curso de Derecho de sociedades Anónimas*. Madrid, Editorial de Derecho financiero, 1964; X + 470 págs.

traposición —que, sin duda, el autor estimó necesaria para alcanzar la claridad expositiva exigida por el destino del libro— proporciona al “Curso” una apariencia polémica que atrae y mantiene el interés del lector al presentar los problemas y sus soluciones a través del claroscuro de las opiniones vertidas sobre los mismos y de la propia opinión del autor, casi siempre bien definida, después de haber valorado la literatura y jurisprudencia españolas, así como la literatura del Derecho comparado.

Con relación a estos últimos extremos —Derecho comparado; jurisprudencia—, alguna afirmación del Prólogo suscita cierta perplejidad, que, sin embargo, se disipa al examinar la información bibliográfica que encabeza cada capítulo —en la que se separa la literatura española y la de otros países— y al leer algunos pasajes del libro: los referentes, p. e., al remanente a cuenta nueva (donde se acepta la doctrina predominante a falta de precepto legal expreso en el Derecho español); los referentes también a las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones, para cuya construcción se aceptan las conclusiones a que ha llegado, sobre la base de los preceptos vigentes en las principales legislaciones que ofrece el Derecho comparado, la doctrina más autorizada. Y es que la consideración del Derecho comparado no desemboca —o ha desembocado— fatalmente, como el autor señala (o teme al menos) en el Prólogo, en la formación de una “especie de intangible Derecho filosófico”, con independencia de la historia, de la estructura económica y social y de los intereses o ideales de cada comunidad nacional. Afirmada la “patente uniformidad de supuestos” del tráfico español con los supuestos ofrecidos en otros países, sólo un defectuoso análisis de los ordenamientos extranjeros puede desembocar en un resultado repudiable en la formación del Derecho o en la interpretación del Derecho constituido: pues no se trata de trasplantar soluciones, sino de acoger, en el marco del ordenamiento español, soluciones dadas para supuestos que, después de cuidadosos análisis, se revelan semejantes o idénticos a los existentes en España. La literatura española, forzada por la tardía incorporación del ordenamiento español a las modernas corrientes legislativas para la sociedad anónima, ha tenido que recurrir con frecuencia a este camino, a fin de suplir los vacíos de una legislación y de una tradición doctrinal prácticamente inexistentes. Y lo ha hecho, igual que el autor del libro comentado, con acierto en casi todas las ocasiones. El Derecho extranjero no es —y, según lo dicho, no lo ha sido, para los autores españoles— un modelo a seguir por su prestigio, sino un modelo en el que pueden examinarse, anticipadamente, las conexiones entre supuestos planteados y soluciones, descubriendo la “ratio” de cada precepto y, sobre todo, la aptitud de las posibles soluciones para alcanzar el objetivo perseguido por las mismas.

Por otro lado, el autor, lejos de estimar que la jurisprudencia del T. S. sea irrelevante para la interpretación de la LSA, incorpora, valorándolas, las principales decisiones dictadas al aplicar la LSA, entendiéndolas rectamente que, con independencia del número más o menos elevado de las mismas y de su acierto o desacierto, constituyen un elemento indispensable para el conocimiento más depurado de los problemas reales de este sector de la vida económica.

II. A continuación, sin pretender, dado el carácter general del libro, exponer exhaustivamente todos los problemas abordados por el “Curso”, voy a

indicar algunos de los más relevantes que el lector encuentra en los nueve capítulos —divididos en secciones y éstas en párrafos— de que se compone el libro.

El primer capítulo, de introducción, dibuja la evolución histórica seguida por la sociedad anónima desde los primeros antecedentes señalados a esta institución hasta el momento actual, en que se anuncian nuevas direcciones en los movimientos de reforma emprendidos últimamente en casi todos los países —incluso en España— para poner de acuerdo la reglamentación de la sociedad anónima con las modificaciones de la estructura económica. En esta primera parte estudia el autor las relaciones entre sociedad anónima y Estado, fijándose en dos aspectos fundamentales: en las facultades del Estado cuando se funda una sociedad anónima; y en la organización de los poderes que corresponden a cada uno de los órganos sociales, materia en que se refleja la evolución experimentada por las formas políticas de organización. A este respecto señala, con acierto, que “el movimiento ideológico supraindividualista ni puede considerarse superado ni es exclusivo de aquellas posiciones que la prudencia política ha aconsejado abandonar”. Y aún habría de añadirse, a juicio del recensor, que —como el profesor Rubio hace en más de una ocasión— el mantenimiento de una ideología individualista o supraindividualista no determina inequívocamente la solución a todos los problemas interpretativos que cualquier ley de sociedades anónimas propone al intérprete. Por otro lado, es igualmente necesario señalar que la innegable tendencia recogida por el autor a considerar la sociedad totalmente separada de los socios y a la atribución de fines privados en conexión estrecha con los de la comunidad política en que se desenvuelve su acción, está casi totalmente desconocida en el ordenamiento español, ya que la LSA, forzada acaso por la inclusión en su ámbito normativo de la sociedad anónima familiar, ha encarnado, por el contrario, uno de los sistemas más individualistas en materia de sociedad anónima.

En el capítulo segundo, estrechamente vinculado al concepto de sociedad anónima expuesto en el primero, se ocupa el autor de los conceptos fundamentales de la estructura de la sociedad anónima: capital, acción, responsabilidad limitada.

En primer lugar estudia el concepto de capital, separándolo del de patrimonio, y los llamados “principios” que presiden su regulación. Además, en esta ocasión, se estudia el régimen establecido para la modificación de la cifra capital —donde sería conveniente dedicar mayor atención al capital autorizado—. Entre las reservas —que, por su semejanza de estructura con el capital, se estudian ahora— se considera incluido el remanente a cuenta nueva, con la consecuencia de que será necesario un nuevo acuerdo de la Junta para que pueda repartirse como dividendo entre los socios. Rechaza el profesor Rubio la posibilidad de reservas ocultas ficticias, esto es, las originadas no por el juego técnico de valoraciones máximas para proteger a los acreedores, sino por la excesiva infravaloración o por la inclusión de partidas ficticias en el pasivo o la omisión de partidas en el activo.

La acción se estudia —siguiendo en esto la postura ya tradicional— desde su triple consideración de parte de capital, de derecho y de título. Sin tomar partido en la polémica que divide a la jurisprudencia y a la doctrina españolas

acerca de la relevancia jurídica que posee la exigencia de fedatario público para la transmisión de las acciones al portador, señala que, con estas normas nacidas de circunstancias excepcionales, se manifiesta en el ordenamiento español la tendencia a la total nominatividad de las acciones, llegando a la conclusión de que “en el fondo, puede decirse que ya no hay acciones al portador” en el Derecho español (afirmación un tanto absoluta, si se piensa en que la legitimación para el ejercicio de los derechos incorporados a estos títulos continúa siendo la propia de los títulos al portador y no la de los títulos nominativos). Con un criterio realista estudia el profesor Rubio el ámbito a que pueden extenderse las limitaciones en la circulación de las acciones, sosteniendo, acertadamente (pese a la letra del art. 104 del RRegMer de 1956), que tales restricciones carecen de sentido referidas a las acciones al portador, ya que, lógicamente, no se comprende la emisión de unas acciones que prescindan de la persona del titular para, a continuación, imponer limitaciones en cuanto al círculo de los posibles titulares sucesivos, dotando, así, de relevancia la persona del titular. Igualmente son interesantes las consideraciones que hace sobre la posibilidad de prestar sobre las propias acciones o de ofrecerlas en garantía.

Por último, estudia, enter los conceptos fundamentales de la sociedad anónima, la limitación de responsabilidad, que se pone en conexión con la personalidad jurídica de la sociedad anónima, la cual, al instrumentalizarse abusivamente en determinados casos, hace desaparecer aquélla. La temática de la superación de la personalidad jurídica retorna en otros lugares de la obra, enfocando los problemas a resolver con criterio realista (v., p. ej., la posible calificación de los dividendos como frutos) que permita resolver el conflicto de intereses planteado, y acentuando en toda ocasión la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso concreto (v., p. ej., las observaciones a la jurisprudencia sobre el mantenimiento de la identidad de la sociedad transformada).

El capítulo tercero se ocupa de la constitución de la sociedad anónima. Antes de exponer los procedimientos de fundación sucesiva y de fundación simultánea regulados por la LSA, unos apartados generales tratan de “la tutela de la fundación de la sociedad anónima”, rúbrica bajo la cual se refiere a la tutela de los intereses públicos y privados implicados en el proceso fundacional. Este es el momento de estudiar la distinción (no siempre aceptada) entre escritura y estatutos, el contenido de los estatutos y la modificación de los estatutos —algunos de cuyos supuestos ya se han tratado previamente al estudiar la modificación del capital—. Es interesante hacer notar que el art. 11, 5.º, LSA —que permite incluir otros pactos lícitos en la escritura— se interpreta restrictivamente, ya que, aplicando la distinción entre escritura y estatutos, se estima que dichos pactos tendrán siempre carácter contractual y no corporativo, afirmación que posee una gran trascendencia al determinar el régimen a que se somete su modificación.

La inscripción constitutiva de las sociedades anónimas plantea el problema de la sociedad anónima irregular. Conforme al criterio del autor (discutible, pero que encuentra un indudable apoyo en el texto de la ley) si no hay inscripción no hay —por supuesto— sociedad anónima, pero tampoco sociedad (ni como contrato ni como organización). Los acreedores que creían haber contratado con una sociedad no podrán dirigirse, según esta opinión, más que contra los ges-

tores, y, utilizando los recursos del derecho común, acaso contra el capital resultante de las aportaciones (si existió escritura pública). La última afirmación no significa, sin embargo, que pueda construirse un patrimonio de ejecución preferente, que perjudicaría los intereses de los acreedores particulares de los socios, quienes, al intentar hacer efectivos sus créditos, tropezarían, en caso de que se admitiera, con un patrimonio separado, constituido en beneficio de los acreedores que han contratado con la aparente sociedad anónima, sin que se hayan cumplido las normas legales preceptuadas para ello —y entre las que destacan las referentes a la publicidad.

El capítulo cuarto, dedicado a los órganos de la sociedad anónima, trata sucesivamente de las generalidades atinentes a esta materia, de la junta general, de los administradores y de los censores de cuentas. La complejidad de este capítulo —que juntamente con el siguiente, dedicado a la posición jurídica del socio, ponen de relieve los puntos más sensibles del ordenamiento de la sociedad anónima, sometidos a constante reelaboración en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinal— hace imposible dar cuenta de todas las cuestiones abordadas, ni siquiera de las más relevantes. Las relaciones entre junta general y órgano administrativo en la estructura orgánica de la sociedad, el régimen de deliberación y el de acuerdos de la junta han sido tratados con la extensión requerida.

Creo necesario, sin embargo, resaltar que, al tratar de la impugnación de acuerdos sociales, el prof. Rubio adopta como criterio interpretativo la existencia legal de un interés cualificado de la sociedad frente al interés común de los socios, aun cuando —con la doctrina dominante en España de la que el recensor disiente— no admite la existencia de un deber de abstención a cargo del socio que se encuentra en situación de conflicto con el interés de la sociedad. Esta doble tesis muestra la correcta disociación —ya señalada en esta misma recensión— entre ideología y consecuencias a que se llega en la interpretación de las normas positivas, ya que habitualmente se considera la existencia del deber de abstención ligado al mantenimiento de una concepción transpersonalista de la sociedad anónima. Por otro lado, sin entrar a fondo en la cuestión, el recensor —por haber mantenido posturas contrarias que el prof. Rubio, naturalmente, y ha valorado críticamente— se cree en el deber de indicar que la primera tesis —aun cuando se mantenga dentro de límites prudentes y no se configure un interés absolutamente extraño al de los socios— no ha considerado —aun cuando no desconozca algunas de ellas— todo el peso que ciertas normas de la ley ofrecen para el mantenimiento de la tesis contraria en el ordenamiento español: impugnación de los acuerdos sociales lesivos sólo por el votante en contra; inimpugnabilidad de los acuerdos contrarios al interés social (no nulos, por lo tanto) adoptados por unanimidad; organización de la censura de cuentas —cuya estructura analiza acertadamente el autor en el lugar correspondiente.

En cuanto al órgano administrativo se analizan su naturaleza —órgano por su establecimiento legal; arrendador de servicios por su nombramiento—, su estructura —con el significado que posee la constitución voluntaria de comisiones ejecutivas y consejeros delegados para caracterizar el sistema español—, las facultades de representación del consejo, su nombramiento, remuneración

y responsabilidad. En cuanto a los censores de cuentas, pone de relieve el autor que es dudoso que la LSA haya alcanzado con su sistema de control y vigilancia las finalidades que declara perseguir con el mismo en su Exposición de Motivos. El sistema de censura "se resiente en una doble dirección", según indica con acierto el profesor Rubio: es inadecuado para la gran sociedad y no tiene posibilidades de actuación en la sociedad familiar; y, por otro lado, para su estructuración y funcionamiento no tiene presentes más que los intereses internos de la sociedad, en contradicción con el significado que la sociedad anónima posee como medio de canalizar ingentes masas de ahorro nacional.

Como acaba de señalarse, uno de los aspectos más importantes de la regulación de la s. a. es el referente al "contenido y ejercicio de los derechos de socio", al que se dedica el interesante capítulo quinto. Habiendo rechazado el concepto de "status", el autor califica el derecho de socio en la categoría de los derechos derivados de relaciones asociativas, que, "en virtud de una relación de cooperación entre varios sujetos, ordenados hacia un propósito común, se manifiesta en una situación estable de socio —en nuestro caso, de socio de sociedad anónima— comprensivo de un sistema específico de facultades: los derechos de accionista". Y partiendo de la enumeración que hace el artículo 39 LSA, distingue el prof. Rubio entre derechos materiales (derecho a las ganancias sociales; derecho de participar en el patrimonio de liquidación) y derechos instrumentales (derecho de voto, de información, de suscripción preferente). El tratamiento por separado de estos derechos está precedido por una definición de los deberes del accionista, con lo cual se completa el análisis de la situación jurídica del socio. Después de haber aludido al deber de aportación —tratado con motivo de la fundación— rechaza el deber de fidelidad —que no es "sino una ampliación del principio general de buena fe", manifestación del "deber jurídico general de cooperar lealmente al fin perseguido por el ordenamiento y las relaciones convenidas a su amparo"— y señala, como posibles implicaciones del deber de fidelidad, los deberes —llamados colectivos— cuyo contenido consiste en "deliberar y votar con arreglo al principio de buena fe y sin lesionar el interés social", y el deber, también colectivo pero de carácter indirecto, de "deliberar y acordar sobre el balance y el reparto de beneficios". A continuación emprende el estudio individualizado de cada uno de los derechos del socio. Es de señalar el esfuerzo dedicado a precisar el contenido y alcance del derecho a los beneficios sociales —donde vuelve a utilizar el criterio del interés de la empresa como tal para resolver algunas cuestiones sobre la cuantía en que han de repartirse los beneficios sociales. Y son igualmente muy interesantes las consideraciones que desarrolla alrededor del derecho de información y del derecho de suscripción preferente —cuya eliminación, apoyada en la invocación del interés social, rechaza en los casos dudosos, por considerar preponderante el interés del socio a conservar inalterada la proporción de su participación en la sociedad.

Al tratar en el capítulo sexto de "los libros y la contabilidad", afirma que la junta no emite una declaración de voluntad cuando aprueba el balance, sino una declaración de conocimiento que no produce consecuencias dispositivas ni en el aspecto externo —como se sostiene ciertamente por la doctrina— ni en el interno de las relaciones sociales. Por el contrario, el acuerdo de distribu-

ción de beneficios —íntimamente unido al anterior, pero diferente— posee eficacia dispositiva. La junta puede modificar los documentos contables que no haya aprobado, aunque, de hecho, el balance no aprobado se devuelva a los administradores para su rectificación, no por razón de incompetencia de la junta, sino por razón de la complejidad de esta operación, poco apta para realizarse por un órgano compuesto de muchos miembros no especializados en la técnica contable.

Para concluir, basta indicar que el capítulo séptimo se dedica al estudio de las obligaciones, y los dos últimos a la transformación y fusión (cap. octavo) y a la disolución (cap. noveno). Entre las afirmaciones más destacables de este capítulo se hallan las siguientes:

Ante la divergencia que separa a los autores españoles al configurar las relaciones entre el convenio de fusión y los acuerdos corporativos, se inclina a considerar la fusión como un negocio jurídico complejo, en el que intervienen decisivamente ambos elementos, aun cuando la disciplina legal se resienta de una influencia excesiva de la visión corporativista. Es igualmente certera la distinción que el autor hace de la distinta función que cumple el derecho de separación del accionista en los supuestos de transformación y de fusión, en orden a la valoración de su trascendencia.

En el capítulo de liquidación, el problema de la revocabilidad de la disolución es sometido a un análisis cuidadoso de los supuestos que pueden presentarse en el tráfico, atendiendo a las circunstancias y a la naturaleza de la causa de disolución. Separándose de la opinión más generalmente admitida en la literatura española, el autor, al amparo de consideraciones realistas, niega que puedan encauzarse las cuestiones de la sociedad unipersonal por el régimen de la disolución. Al desaparecer el presupuesto —esencial, para Rubio— de la pluralidad personal, “no sabe hablar de sociedades ni, sobre todo, aplicar el Derecho para éstas previsto cuando se trata de las llamadas sociedades unipersonales”. El régimen de la sociedad anónima exige que se conserven los tres socios exigidos para la fundación (¿y en caso de fundación sucesiva?).

III. Como puede observarse a través de la veloz revista pasada a los nueve capítulos del libro, no es factible leer la obra recensionada con una actitud pasiva o receptiva. Sus páginas, con las cualidades ya indicadas, son estimulantes en sumo grado de la reflexión del lector, y éste, conducido inexorablemente por ellas, ha de comprometerse adoptando su propia postura. Fruto de ella, y no de un espíritu polémico, las anteriores consideraciones apuntadas al hilo de la exposición del profesor Rubio. Por esto, por haber lanzado una obra que inquiete las tranquilas aguas en que se había remansado la literatura sobre sociedades anónimas, hay que felicitar al autor, y tiene que felicitarse la ciencia jurídica española, que, a partir de este momento, cuenta con una obra que, en muchos puntos, va a contribuir a un replanteamiento —y a la consiguiente discusión— de los problemas de este tipo social en un momento especialmente significativo para la historia de la sociedad anónima en España.

J. F. DUQUE

*Catedrático de Derecho mercantil.
Universidad de Salamanca.*