

343.07
R588a e
3004
c 3

FWR-DEK
BDEC-RES

GEORGE RIPERT

MIEMBRO DEL «INSTITUT DE FRANCE»
PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE PARÍS

ASPECTOS JURÍDICOS DEL CAPITALISMO MODERNO

TRADUCCIÓN DEL PROFESOR

JOSÉ QUERO MORALES

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
BIBLIOTECA DE DERECHO



GRANADA

EDITORIAL COMARES, S.L.

2001

26 MAY 2003

334523

En efecto, se trata de saber si los hombres podrían todavía reglamentar sus relaciones económicas en un plan de igualdad y si podrán aún firmar contratos que tengan una autoridad igual a la de la ley o si, por el contrario, deberán dirigirse a un servicio público encargado de asegurar la repartición de las primeras materias y la distribución de los productos. Todo el mundo parece admitir, de momento, que debe mantenerse un sector privado. Pero tenemos poca luz acerca de la extensión y organización del sector público.

Por estas razones, me parece conveniente examinar los aspectos jurídicos del capitalismo. Es fácil decir que hay que destruirlo o transformarlo. Esto no puede hacerse más que modificando profundamente el derecho francés. Los juristas no tienen un sentido conservador refractario a toda reforma. Pero saben que hay que abordar estas reformas con un espíritu de prudencia. Cuando llegó a su fin la «novela de la Revolución»¹²², les correspondió la misión de establecer el derecho del mundo moderno. Es un papel ingrato llamar la atención de las gentes para que no olviden la realidad. Hay hoy muchas esperanzas y un poco de ideología. Apelamos a la fría razón de los juristas para ver lo que puede realizarse.

¹²² La expresión es de Bonaparte durante la discusión del Código Civil.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ERA DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

SUMARIO: 20. Un gran descubrimiento: la sociedad por acciones.—21. Problemas jurídicos que plantea este descubrimiento.

§ 1. LA CONQUISTA DE LA LIBERTAD.—22. Las compañías y las sociedades en el antiguo derecho francés.—23. Sociedades anónimas y comanditarias en el Código de comercio.—24. La lucha por la libertad.—25. La ley de 24 de julio de 1867 y la libertad de constitución.—26. Intervenciones favorables del legislador.—27. Desarrollo de las sociedades anónimas.—28. Concesiones y favores otorgados por el Estado.—29. Conquista de la industria y del comercio.

§ 2. LA VIDA SINGULAR DE LAS SOCIEDADES.—30. Naturaleza de su personalidad.—31. Comparación con las personas físicas: nombre, domicilio y capacidad.—32. Nacimiento y muerte de las personas morales.—33. Su riqueza y su naturaleza comercial.—34. Una actividad dictada exclusivamente por el interés.—35. Las personas morales no tienen familia.—36. ¿Tienen nacionalidad?—37. Naturaleza sobrehumana de las personas morales.

§ 3. LA GRAN ILUSIÓN DE LOS ACCIONISTAS.—38. La unión contractual de los accionistas.—39. Crítica de la concepción contractual.—40. La teoría institucional de la sociedad mercantil.—41. La organización democrática de la sociedad por acciones.—42. El abandono voluntario de los accionistas.—43. El legislador se esfuerza inútilmente por mantener los poderes de la mayoría.—44. La supuesta propiedad de los accionistas.—45. La ilusión de los accionistas y la reforma de las sociedades mercantiles.

§ 4. EL MARAVILLOSO INSTRUMENTO DEL CAPITALISMO.—46. La sociedad por acciones, máquina jurídica.—47. Es una creación del Estado.—48. Las distintas clases de sociedades.—49. Reglas relativas a su constitución.—50. Atracción del ahorro.—51. Administración de la sociedad.—52. Vigilancia de su funcionamiento.—53. La sociedad anónima en el régimen capitalista.

20. *Un gran descubrimiento: la sociedad por acciones*

Desde hace un siglo, los hombres han dejado de detentar las grandes posiciones del comercio y de la industria. Han sido eliminados por

las sociedades por acciones. Ningún hecho presenta mayor importancia que éste para la comprensión del régimen capitalista.

Sobre este punto, los economistas contemporáneos están de acuerdo, en todos los países. Voy a citar algunos a la ventura. Dicen «El capitalismo moderno no hubiera podido desarrollarse si la sociedad por acciones no hubiese existido»¹. O también: «En ninguna otra parte el capitalismo hubiese encontrado un medio mejor para aumentar su poder; ningún otro instrumento podía asegurar mejor su supremacía»². Fue «el mayor descubrimiento de los tiempos modernos, más valioso que el del vapor y el de la electricidad»³. La gran producción «no se concebiría sin las grandes invenciones de las ciencias físicas ni sin este hallazgo jurídico»⁴.

¿Es, pues, la sociedad mercantil una novedad? Para el jurista se trata de un contrato muy antiguo. Pero, durante mucho tiempo, las sociedades están formadas por dos o más comerciantes que se unen porque se conocen, marcan su acuerdo con el *jus fraternitatis*, obran en nombre colectivo y se presentan ante los terceros ligados por el lazo de la solidaridad y ofreciendo en garantía todos sus bienes. Cuando tienen comanditarios no dejan por eso de ser los dueños de la empresa y la ley prohíbe a los que prestan fondos el inmiscuirse en la gestión. Una sociedad tal tiene personalidad moral, pero su reconocimiento no es más que un procedimiento técnico destinado a asegurar la separación de los patrimonios. Los asociados obran personalmente y tienen la condición de comerciantes.

Durante centenares de años, no se ha conocido otro sistema. Hay que llegar a la era moderna para encontrar unas sociedades que se dedican al comercio sin que ninguna persona física responda con sus propios bienes de las obligaciones sociales. ¡Un comercio sin comerciante! La razón no sabría concebirlo. Es necesario que los bienes de la sociedad pertenezcan a alguien, que las relaciones jurídicas se establezcan

¹ WALTER LIPPMANN, *ob. Cit.*, pág. 329.

² J. LHOMME, *ob. Cit.*, pág. 15.

³ NICHOLAS MURRAY BUTLER citado por W. LIPPMANN, *ob. Cit.*, pág. 32.

⁴ NOGARO, *Eléments d'économie politique*, 4.^a ed., 1936, t. I, pág. 25.

en provecho de alguien y contra alguien. Entonces se imagina que la sociedad misma es un ser vivo; una *persona ficticia*, se decía en otras épocas; una *persona moral*, se dice hoy, pues se ha juzgado difícil considerar como ficticia una personalidad que se manifiesta con tal fuerza.

Ya los antiguos autores de derecho mercantil habían tenido la idea de que en el contrato de sociedad se desprende un *corpus mysticum* de la voluntad común de los asociados. Pero esta idea era muy vaga. Veían flotar este cuerpo místico por encima del contrato como una especie de ectoplasma salido de la personalidad de los asociados. El espíritu ha tomado cuerpo. La persona moral tiene vida y actúa. Ha sido creada por los asociados, pero la criatura es más fuerte que el creador.

Los hombres han poblado el mundo de nuevos seres que no se incluyen en los censos de población y que, sin embargo, tienen tanta vida como las personas físicas. Conocemos a estos seres por su nombre y admiramos su poder. En una ciudad industrial, en un distrito de una gran ciudad, la sociedad, o siguiendo una expresión más corriente, la compañía dirige la actividad de todos los hombres que viven de ella o para ella. Semejante a un señor feudal de antaño, la sociedad mercantil domina y protege.

Las grandes sociedades aparecerían como tiranos insoportables si pretendiesen dictar nuestros pensamientos u ordenar nuestros actos. Pero como han sido creadas para prestarnos servicio, desempeñan el papel de gigantes bienhechores. No evitan, es cierto, que se declame contra su poder excesivo. Pero incluso aquel que presta oídos en complacencia a la crítica no podría prescindir de los productos de la sociedad mercantil, que declara querer suprimir. Los hombres no están dispuestos a sublevarse contra unos seres que no pretenden en nada mezclarse en su vida familiar o política y que ofrecen únicamente producir, transportar y vender. Incluso no les consideran como competidores, ya que no pueden tener la pretensión de ejecutar por sus solas fuerzas lo que hacen las sociedades mercantiles. A veces estos gigantes luchan entre sí; los particulares no intervienen en estos combates.

Además, sería singular que los hombres renegaran de su obra. Las sociedades por acciones nacen de su voluntad. No hay creación arbitraria por parte de un legislador ingenioso. El instrumento jurídico ha sido construido lentamente y perfeccionado con habilidad. No se ha empleado, desde el nacimiento de la gran industria por casualidad: algunas ex-

plotaciones necesitan una acumulación tal de capitales que era indispensable crear la forma jurídica que permitiese reunirlos. Si se hubiera querido prescindir de la sociedad anónima se hubiese tenido que prescindir también de los altos hornos, de la máquina de vapor y de la fuerza hidroeléctrica. El jurista es un servidor de la economía. Cuando se le ha pedido el medio de reunir los capitales necesarios para la creación y la vida de las grandes empresas ha ofrecido la sociedad por acciones.

Sin duda, no hay en la vida un determinado tal que haga de la sociedad anónima la consecuencia necesaria del maquinismo y de la gran industria⁵. Se puede imaginar un capitalismo de Estado y la Rusia moderna nos ofrece el ejemplo de un desarrollo industrial notable que no ha engendrado un régimen capitalista. Pero en Francia y en la mayoría de los países ha ocurrido que la gran industria se ha creado en una época en que se afirmaba un ideal político de libertad. La gran industria ha encontrado en la sociedad mercantil el medio de reunir los capitales a través de la libertad de los contratos.

21. *Problemas jurídicos que plantea este descubrimiento*

Los economistas que estudian las diferentes formas de la empresa reconocen como una de ellas a la sociedad por acciones⁶. Pero quizá no examinan la cuestión suficientemente a fondo. Deberían establecer un censo de las sociedades y calcular la importancia de los capitales que poseen. Deberían sobre todo hacer hincapié en el valor de este instrumento admirable que el régimen capitalista ha imaginado. Consideran como sus rasgos esenciales la libertad de constitución, la responsabilidad limitada de los accionistas y la separación de la propiedad y de la dirección. Hay algo más original: la creación de un ser nuevo que vive de una vida diferente de la de los hombres y que, sin embargo, comercia con ellos y para ellos. Para disimular el poder de este ser se finge considerar a los accionistas como los propietarios de la empresa y a los

⁵ W. LIPPMANN, *ob. Cit.*, pág. 34.

⁶ V. especialmente E. JAMES, *Les formes d'entreprises*, 1935 (T. III del *Traité d'économie politique*, dirigido por H. TRUCHY).

administradores como los mandatarios de los accionistas. Nada de esto es absolutamente exacto, ya lo veremos, al menos en relación a las grandes compañías.

¿Cómo puede decirse que el capitalismo está en su apogeo o en su ocaso si no examinamos el grado de conservación o de desgaste del instrumento que ha servido para crearlo? Si se quiere defender al capitalismo, hay que velar sobre la delicada máquina que asegura su funcionamiento, repararla y perfeccionarla, si es necesario. Si se quiere destruirlo, hay que parar o suprimir esta máquina.

Numerosos han sido los estudios consagrados, en estos últimos años, a la reforma de las sociedades por acciones. Tantos congresos, comisiones y debates no han sido infructuosos. La cosecha fue incluso demasiado abundante. Hay una profusión de textos. No se ha intentado codificarlos. La incoherencia de las reformas se hubiese hecho demasiado visible⁷.

Esta situación es la consecuencia, sin duda, de los defectos de nuestro método legislativo. Los debates, de las Cámaras han sido en la mayoría de los casos mediocres, aunque el más reciente haya conseguido el honor de su publicación oficial⁸. Después de la desaparición del Parlamento, las oficinas ministeriales han recogido los restos de las proposiciones diferidas y han logrado por su inexperiencia que las gentes se lamentan de la desaparición de la antigua vigilancia ejercida por las comisiones parlamentarias. El legislador tiene una excusa. No cesan de repetirle que hay que reformar el derecho de las sociedades por acciones. Pero nadie le dice por qué, ni en qué sentido.

Ante esta situación y a falta de un proyecto de más envergadura se ha llegado a un acuerdo sobre la necesidad de proteger el ahorro. Esto no tiene sentido puesto que se trata precisamente de recurrir al ahorro. Se trata de proteger a los accionistas o a los obligacionistas contra aquellos que quieren apoderarse de sus ahorros. Plantearlo así es redu-

⁷ Sería conveniente efectuar, al menos, una codificación análoga a la establecida para las leyes fiscales. En la actualidad la consulta de los textos legislativos sobre las sociedades mercantiles se ha convertido en una tarea extraordinariamente ardua.

⁸ La discusión en el Senado de la proposición DELAHAYE-LESACHÉ, en 1934 ha sido objeto de una publicación oficial con el título: *Pour protéger l'épargne*, París, Imprimerie Nationale, 1934.

cir el problema de las sociedades por acciones a la defensa de la moralidad comercial. De hecho, en las leyes más recientes sólo se trata de delitos y penas. El problema de la sociedad por acciones ha de plantearse de otra manera. Es un problema jurídico, pero no se logrará resolverlo si no se empieza por investigar sus bases económicas.

El derecho ha creado un instrumento maravilloso para reunir los capitales necesarios para la producción. Este instrumento, una vez construido, se ha mostrado tan poderoso que ha asustado a sus constructores. Sin embargo, vacilan en destruirlo, porque no saben con exactitud si podrían prescindir de él⁹. Antes de tomar una decisión será prudente examinar por qué ha sido creado y cómo funciona.

§ 1. LA CONQUISTA DE LA LIBERTAD

22. *Las compañías y las sociedades en el antiguo derecho francés*

Siete personas se reúnen. Tienen derecho, si observan determinadas reglas jurídicas, a crear una sociedad anónima. Estamos tan habituados al ejercicio de esta libertad que ni tan siquiera paramos mientras en admirarnos del nacimiento de este nuevo ser, admitido de pleno derecho entre los hombres. Sin embargo, representa en la historia de las instituciones una gran novedad.

En la Francia antigua no se concebía que los hombres pudieran ejercer el comercio bajo la apariencia de una sociedad, sin ser ellos mismos comerciantes o al menos, sin que uno de ellos lo fuese. Existían, es cierto, compañías, pero eran una cosa completamente distinta de las sociedades mercantiles privadas.

La monarquía francesa presintió, en el siglo XVIII, los servicios que podrían prestarle las grandes compañías. Permitió su fundación, pero la creación de un ser es un acto divino o por lo menos real. Una compañía no puede tener personalidad a falta de una *incorporation* según la expresión inglesa. En Francia era una Carta real lo que le daba la vida¹⁰.

⁹ L. ROMIER, *ob. Cit.*, 1933 y GIRARDEAU, *Essai de contribution à la paix sociale*, 1944.

¹⁰ F. OLIVIER-MARTÍN, *ob. Cit.*, págs. 261 y 265. V. sobre la Compañía de las Indias, la tesis de DANIELÈ BÈGUE, París, 1936.

El rey no las otorgaba más que en razón de un gran interés público: la explotación de las colonias, el comercio marítimo y, más tarde, la banca y los seguros. Pero si el objeto era de importancia le daba su protección, se interesaba personalmente y concedía la nobleza a los que colaboraban en ella y la naturalización a los extranjeros e incluso se desprendía en su favor de algunas parcelas de su poder soberano: los derechos de guerra, de justicia y de acuñar moneda.

Los antiguos juristas franceses apenas se ocupan de estas grandes compañías. SAVARY se limita a señalar su existencia; JOUSSE y POTHIER no hablan de ellas. Algunos de nuestros contemporáneos les han reprochado sin indulgencia su pobreza de espíritu¹¹. Juicio demasiado severo si se tiene en cuenta que las compañías estaban fuera del derecho privado. Los comentaristas de la Ordenanza sobre el comercio no tenían por qué ocuparse de estos *cuerpos* que, por la gracia real, realizaban operaciones de comercio, pero no figuraban en el orden civil.

La sociedad mercantil sigue siendo para los juristas un contrato entre comerciantes. A lo sumo admiten a los prestamistas, comanditarios que no quedarán obligados más allá de su aportación. La idea es antigua y ha nacido del deseo de hacer participar en los beneficios del comercio a aquellos que no podían o no querían tener la condición de comerciantes¹². Había sociedades que reunían capitales importantes. Se tuvo la idea de dividir el capital social en partes (*sols*) cuya cesión estaba permitida y a veces por medio de títulos negociables. En el siglo XVIII las sociedades se dedican a la explotación de minas, fundiciones, manufacturas y canales. La gran industria nace y exige una forma de sociedad que el derecho aún no conoce. Se esfuerza en crearla. Es difícil decir que ya existían verdaderas sociedades de capitales; los accionistas quedaban obligados, en principio, con sus bienes personales e intentaban protegerse mediante cláusulas limitativas de su responsabilidad; las acciones no eran siempre negociables. Estas sociedades no podían ser

¹¹ LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e. Et XVIII^e. Siècles*, 1938, pág. 43.

¹² SALEILLES, *Histoire des sociétés en commandite (Annales de droit commercial*, 1895, págs. 10 y 49; 1897, pág. 29).

asimiladas a las compañías con carta. Podían ser libremente creadas pero no constituían cuerpos independientes con personalidad propia.

Cuando la Revolución proclamó la libertad de comercio y de la industria, las grandes compañías no pudieron beneficiarse de ella, pues eran sospechosas, en razón de su origen de regalía. Todavía lo fueron más cuando se denunció el acaparamiento y la especulación. En estas circunstancias no se les podía conceder la libertad. En 1793, la autorización legislativa reemplazó la Carta real, esto fue todo¹³. Un año después fueron radicalmente condenadas. «Es preciso, decía CABBACÈRES, matar a estas asociaciones destructoras del crédito público». La mayoría de las compañías existentes fueron suprimidas y se prohibió la constitución de otras nuevas¹⁴.

Este rigor jacobino sólo duró dos años. El Directorio por la ley de 30 brumario del año IV, autorizó la constitución de sociedades por acciones. Negligencia o habilidad, la ley no dictaba ninguna regla relativa a su creación o a su funcionamiento. Esto dio lugar a una abundancia de negocios dudosos en una época de costumbres ligeras. De vez en cuando un tribunal indignado declaraba responsables personalmente de las deudas de la sociedad, haciendo caso omiso del contrato social, a todos los accionistas. De esta manera, los inconvenientes de la libertad se sumaban a los del desorden.

Sin embargo, en medio de unos extraordinarios negocios de especulación algunos nombres retienen la atención que llegarán a ser célebres: Aniche, Anzin, Roche-la-Molière, Chastellux, las manufacturas de Tulle y de Sedan, el Mont Cenis que será el Creusot y el teatro Faydeau. Por otra parte algunas de estas empresas remontan el antiguo régimen y bajo el nuevo han renovado sus estatutos de antaño.

¹³ Decreto de 24 de agosto de 1793.

¹⁴ Decreto de 26-29 germinal Año II. «Las asociaciones conocidas con el nombre de consejos de descuento, compañías de seguros de vida y en general aquellas cuyo fondo social consiste en acciones al portador y en inscripciones en un libro transmisibles a voluntad quedan suprimidas». En relación a las otras había libertad.

23. Sociedades anónimas y comanditarias en el Código de comercio

El Código de comercio viene en 1808 a ofrecerles el apoyo de una legislación mejor ordenada¹⁵. En adelante, hay dos formas de sociedades por acciones: la comandita por acciones y la sociedad anónima que necesita ser autorizada. Esta expresión «sociedad anónima» ha sido tomada de la antigua lengua jurídica, pero cambiándole el sentido. En el antiguo derecho designaba la participación oculta. Ahora va a designar la sociedad en la cual no hay asociado responsable ni, por lo tanto, razón social. El proyecto del Gobierno no permitía constituir libremente tales sociedades. El Consulado seguía la tradición de la monarquía. En vano el capitalismo que nacía reclamaba la libertad. CABBACÈRES defendió en el Consejo de Estado la solución autoritaria. El Código de comercio no permite crear una sociedad anónima más que con autorización del Gobierno.

La autorización exigida por el Código no era de pura forma. Se debía remitir al prefecto una petición firmada por algunos asociados, que habían de representar, al menos, la cuarta parte del capital social. El Consejo de Estado era consultado. Era, dice un autor antiguo, «un tribunal inabordable». Bajo la Restauración, una instrucción de 22 de octubre de 1817 había precisado las condiciones en las cuales el rey estaba dispuesto a conceder la autorización. El Consejo de Estado había fijado unos estatutos modelo y había impuesto su adopción¹⁶. Exigía especialmente que la administración de la sociedad fuese confiada a título irrevocable a los mandatarios designados en los estatutos, lo que era una manera de encarnar la sociedad en la persona de sus dirigentes¹⁷. Los interesados, por otra parte, se encontraban con dificultades para presentar su petición, pues se les exigía para ello haber reunido el capital social y difícilmente podían tenerlo mientras no estaban autoriza-

¹⁵ Puede leerse una buena historia del movimiento legislativo en la obra de LESCOEUR, *Essai historique et pratique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*, 1874 (Memoria premiada por la Facultad de Derecho de París).

¹⁶ En nuestros días ha consagrado esta práctica para la declaración de utilidad pública de las asociaciones.

¹⁷ PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 1825, t. IV, pág. 142.

dos. La decisión denegatoria no era motivada, ni susceptible de recurso alguno. La autorización concedida podía ser retirada en caso de violación de los estatutos. Se decía en esta época que las sociedades anónimas están puestas bajo la tutela del Estado; la confianza que se les otorga nace de la confianza que se tiene en el Estado ¹⁸.

No se crearon sociedades anónimas o fueron muy pocas. De 1826 a 1837 no hubo más que 157 autorizaciones por un capital de 393 millones de francos. PARDESSUS que publica en 1825 un tratado de derecho mercantil en cuatro volúmenes no reserva más que diez páginas al estudio de las sociedades anónimas. ¿Por qué emplear esta forma difícil, cuando el Código de comercio ofrece a los comerciantes e industriales otra, la comandita por acciones, que es libre? En el mismo período de 1826 a 1837 se formaron 1039 comanditas por acciones con 1.200 millones de capital. Bajo la monarquía de julio, el primer gran impulso del capitalismo vino a aumentar su número. Para los accionistas las dos formas ofrecen las mismas ventajas: responsabilidad limitada y negociabilidad del título. El legislador las trata de manera diferente con el pretexto de que en la comandita hay un comerciante responsable con todos sus bienes. Ahora bien, el socio colectivo es las más de las veces o un insolvente o un cándido ¹⁹. Las acciones de las sociedades en comandita son objeto de especulación en Bolsa. Se había vacilado en admitir que fuesen extendidas al portador, pues el carácter personal del contrato de sociedad parecía alterarse. Fue un debate célebre entre jurisconsultos ²⁰. LOCRÉ y PARDESSUS condenaron el título al portador, pero el Tribunal de apelación de París admitió su validez ²¹. El espíritu de especulación se reforzó. La sesuda *Revue des Deux Mondes* elogió la sociedad por acciones ²². Es la época de «la fiebre de las comanditas».

¹⁸ Exposición de motivos de la ley de 23 de mayo de 1863.

¹⁹ CAMBACÈRES lo había previsto en la discusión del Código de comercio.

²⁰ Hubo una serie de consultas a los abogados más eminentes de la época. V. LESCOEUR, *ob. Cit.*, ns. 49 y 50.

²¹ París, 7 de febrero de 1832, Sirey. 32, 2, 258.

²² COQUELIN, *Rev. Des Deux Mondes*, 1.º de agosto de 1843, critica la necesidad de autorización.

La fiebre sube tanto que en 1838 el Gobierno real se pregunta si no es necesario cortarla y siguiendo los consejos de jurisconsultos eminentes, deposita un proyecto de ley que suprime las comanditas por acciones. Es demasiado tarde. El capitalismo tiene necesidad de una forma jurídica que le permita actuar y es bastante fuerte para resistir al poder real. La Cámara de los diputados se niega a seguir al Gobierno. En un deseo de conciliación la comisión parlamentaria propone la prohibición de las acciones al portador y la obligación por parte del gerente de poseer la décima parte del capital social. El proyecto así enmendado no pasó nunca a discusión. Los que han forjado este maravilloso instrumento de dominación económica no renunciarán en adelante a él.

Cuando se produce el segundo gran impulso del capitalismo, bajo el Segundo Imperio, reaparece la misma floración de comanditas. Se crean de cuatrocientas a quinientas cada año por una docena solamente de sociedades anónimas. La libertad que se les concede permite a los fundadores arrebañar el ahorro. Se ven circular acciones de cincuenta y de veinte francos, ¡incluso se vieron de cinco francos! Se hizo necesario reglamentar la comandita por acciones por la ley fundamental de 17 de julio de 1856 y diez años después, de nuevo, por la ley de 24 de julio de 1867.

24. *La lucha por la libertad*

Sin embargo, no cesaba de reclamarse, con obstinación, la libertad para las sociedades anónimas. Ahora existía una nueva razón. Inglaterra dictaba a Francia la política económica a seguir. Pues bien, las compañías inglesas, sometidas en otro tiempo a la aprobación del Parlamento o de la Corona, acababan de conseguir en 1856 su *incorporation* por una simple inscripción. Aún más, estas compañías podían extender su explotación a Francia, ya que la ley de 30 de mayo de 1857, votaba para las sociedades belgas, permitía conceder, por decreto imperial, el mismo beneficio a otros países. El tratado de 30 de abril de 1862 lo había otorgado a Inglaterra. Las compañías inglesas libremente formadas ¿serían libres en Francia mientras que las sociedades anónimas francesas seguirían sometidas a la autorización? Era indispensable encontrar una fórmula de conciliación.

Se la encontró gracias a la creación de un nuevo tipo de sociedad,

imitada de la *Private Company Limited* inglesa y que fue llamada a causa de esta imitación *sociedad de responsabilidad limitada*. La ley de 23 de mayo de 1863 creó esta forma nueva, que sólo tuvo cuatro años de vida. La exposición de motivos del proyecto de ley merece recordarse: «El emperador, con su alta sabiduría y fecunda iniciativa, ha proclamado noblemente el principio de la libertad económica y comercial y ha impulsado a los ciudadanos a que de una manera espontánea se liberen progresivamente de la tutela del Estado».

Con un nombre nuevo, las sociedades de responsabilidad limitada eran sociedades anónimas en miniatura: la «anónima libre» junto a la «anónima privilegiada», decía Emile Ollivier durante la discusión de la Ley. La idea en sí misma no era mala. Pero el capitalismo triunfante no podía darse por satisfecho con esta débil victoria. El capital de estas sociedades no podía exceder de veinte millones; los administradores debían poseer la vigésima parte del capital social y eran solidarios en cuanto a esta parte en el caso de que su responsabilidad quedase comprometida. A pesar de ello se estimaba que era poco: ¡en los trabajos parlamentarios se dijo que la falta de responsabilidad personal de los administradores sería para estas sociedades una causa de inferioridad! Los capitalistas se debieron reír a gusto al leer estas manifestaciones de algún parlamentario cándido, puesto que lo que perseguían era justamente la limitación de su responsabilidad. Estas pequeñas sociedades, impregnadas aún de responsabilidad personal, no les convenían. En cuatro años sólo se constituyeron 52 por 80 millones de francos de capital. La ley de 1863 debe ser recordada únicamente porque, por la primera vez, se admite en ella la libertad de constitución a favor de sociedades en cuyo seno no hay ningún asociado personalmente responsable.

25. La ley de 24 de julio de 1867 y la libertad de constitución

Cuatro años más tarde el Imperio liberal otorgaba la libertad sin reservas. En 1867, el Gobierno depositó un proyecto de ley que suprimía la necesidad de la autorización. «La autoridad no debe en manera alguna mezclarse en las transacciones privadas», dice la Exposición de Motivos, obra de DUVERGER. Sesenta años habían sido necesarios para conquistar esta libertad.

Prudentemente, el proyecto obligaba a los administradores a tomar

una parte importante del capital social y fijaba el valor nominal de las acciones en 500 francos, para evitar los pequeños especuladores. La Cámara de los diputados encontró que era excesivo y aplicó a las sociedades anónimas las reglas de las comanditas por acciones, las cuales, por otra parte, había sido perfeccionadas por esta misma ley.

La ley de 24 de julio de 1867 (art. 21) declara: «En adelante las sociedades anónimas podrán formarse sin autorización del Gobierno». Este texto tiene el valor de un principio jurídico. Parece arrancado de una Declaración de derechos. Es la carta de la libertad. Retengamos esta gran fecha en la historia del capitalismo.

Antes de esta ley existían, evidentemente, numerosas grandes sociedades creadas con autorización o en forma de comanditas. Pero en lo sucesivo, unas tras otras, adoptarán la forma de anónimas. El legislador no se limita a dar libertad sino que señala su preferencia. Permite a las comanditas por acciones que se transformen en anónimas y recomienda a las antiguas sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada que abracen la nueva forma.

Estos estímulos no eran necesarios. De 1867 a 1875 se vaciló aún; se crean un centenar cada año. De 1880 a 1895 hay más de quinientas. En 1907 la cifra anual excede de mil, en 1911 de dos mil y en 1920 de tres mil. ¡A los sesenta años de promulgada la ley, Francia contaba con cuarenta mil sociedades anónimas!

No es sorprendente que se fundaran sociedades para especular fraudulentamente y que otras estuviesen mal organizadas. En el curso del siglo, algunas quiebras y procedimientos penales han señalado la lamentable aventura de algunas de ella. Sin embargo, nadie ha pensado en reclamar la vuelta al sistema de la autorización previa. Nadie ignora que el poder público no es lo suficientemente fuerte para oponerse a determinadas iniciativas. Los mayores escándalos son los que han comprometido a algunos diputados o senadores y que dan una idea de cuál hubiese sido el precio de su concurso para obtener la autorización deseada. Además, y dando por supuestas la honestidad y la independencia de los miembros del Parlamento, no se percibe quién podría apreciar de una manera competente la utilidad de su constitución.

La ley de 24 de julio de 1867 ha sobrevivido a las revoluciones políticas. Sigue en vigor respetada como un anciano venerable. Hecha ilegible, tantos han sido los párrafos suprimidos y completados, su va-

lor sigue intacto en cuanto señala el triunfo del capitalismo liberal. Los economistas pueden ofrecerle un puesto de honor en la historia del régimen ²³.

26. *Intervenciones favorables del legislador*

Si bien lo dicen, interrumpen aquí esta historia cuando interesa proseguirla. La ley de 1867 ha sido modificada y completada por una serie de leyes y de decretos-leyes. Se simula creer que éstos representan otras tantas limitaciones del principio de libertad y que el régimen democrático ha afirmado su fuerza al reglamentar con detalle las sociedades anónimas. En realidad, el capitalismo se ha acomodado fácilmente a las continuas reformas de la ley de 1867. Las protestas y lamentaciones son, a menudo, simples medios de persuadir al adversario de la gravedad del daño. Ninguna de las medidas impuestas ha creado serios obstáculos al admirable instrumento que el capitalismo había imaginado y muchas de las reformas lo han perfeccionado.

La libertad completa dejada a los fundadores de redactar los estatutos ha permitido las combinaciones más ingeniosas. El legislador, en la mayoría de los casos, ha intervenido para legitimarlas y no para prohibirlas. No podemos citar todos los casos. Contentémonos con algunos ejemplos.

Antiguamente, los estatutos preveían las modificaciones que la asamblea general extraordinaria podía aportar al acto constitutivo y la jurisprudencia se mostraba indecisa respecto del límite de los poderes de la asamblea; el legislador ha permitido expresamente modificar los estatutos en todas sus disposiciones y sin que sea necesario prever con anterioridad estas modificaciones ²⁴. La regla de la igualdad de los accionistas era considerada como un principio fundamental; en cambio, las sociedades tenían interés en emitir en el transcurso de su vida acciones

de preferencia, especialmente para atraer nuevos capitales; el legislador ha permitido la creación de estas acciones ²⁵. Los fundadores estipulan en provecho propio participaciones en los beneficios sociales, la ley aprueba y reglamenta esta práctica ²⁶. Los obligacionistas se agrupan en sociedades civiles; la ley crea la masa de los obligacionistas y la asocia a la vida de la sociedad ²⁷.

La jurisprudencia llamada a estatuir sobre la validez de las cláusulas contenidas en los estatutos o sobre las decisiones de las asambleas generales es en la mayoría de los casos liberal: autoriza la emisión de acciones con prima y las comisiones de los bancos sobre el total de los pagos, la amortización del capital mediante la entrega de acciones de goce y de acciones gratuitas en representación de las reservas, la conversión en acciones de obligaciones y parte de fundador, la estipulación de intereses fijos en provecho de los accionistas, la creación de obligaciones de renta variable y las restricciones a la negociación de las acciones.

Rara vez interviene la ley para prohibir una de las combinaciones imaginadas por los fundadores de sociedades. En general, sólo reglamenta la emisión de acciones y obligaciones para proteger el ahorro. Sin embargo, debemos señalar, en estos últimos años, algunas pequeñas reformas relativas a la organización de la vida social. En su mayoría no son muy incómodas y cuando lo son, la práctica sabe eludirlas o esquivarlas. Se imaginan combinaciones que el legislador no puede fácilmente reglamentar, pues son de una tal flexibilidad que escapan a la acción de las leyes imperativas. Por esta razón, todos los proyectos de reglamentación de las filiales han sido abandonados ante la dificultad de reconocer las sociedades matriz y filiales. De igual manera, las declaraciones contra los *trusts* no conducen a nada preciso, pues las sociedades de sociedades son lícitas y su validez ha permitido la constitución de *boldings*, aparte de que aún ha de encontrarse la definición de *trust*.

Por otra parte, se ha visto al Estado ceder al atractivo de la sociedad anónima pues ha querido incorporar a ella el personal de la em-

²³ La libertad de constitución de las sociedades anónimas fue igualmente admitida en España en 1869, en Alemania en 1870, en Bélgica en 1873, en Hungría en 1875 y en Italia en 1882.

²⁴ Leyes de 22 de noviembre de 1913 y de 1.º de mayo de 1930. Solamente hay dos reservas en la ley.

²⁵ Leyes de 9 de julio de 1902 y 16 de noviembre de 1903.

²⁶ Ley de 23 de enero de 1925.

²⁷ Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 sobre la protección de los obligacionistas.

presa²⁸. El mismo ha ingresado en sociedades de economía mixta (n.º 135) y ha pensado en crear sociedades profesionales de un carácter indeciso²⁹. Además, ha solicitado de cada sociedad la entrega de acciones para el pago del impuesto de solidaridad nacional³⁰.

En fin, cuando se aceptó la idea de que podía existir una explotación comercial sin comerciante y un gerente sin responsabilidad personal, el legislador creó, por ley de 17 de marzo de 1925, las *sociétés de responsabilité limitée*. Es el anónimo puesto a la disposición de los pequeños comerciantes. Volveremos a ocuparnos del asunto (n.º 85).

27. Desarrollo de las sociedades anónimas

Veamos ahora los resultados de la libertad conquistada.

Existían en Francia, en 1936, 180.337 sociedades mercantiles inscritas en el registro mercantil. En quince años, el aumento ha sido de 50.000 sociedades. En la cifra total las sociedades por acciones representan menos de un tercio: 39.909 sociedades anónimas y 12.853 comanditas. Pero sería una idea singular comparar estas cifras, ya que no existe nada de común, salvo el nombre, entre las sociedades de personas y las sociedades de capitales. Por otra parte, en estos quince últimos años el número de sociedades colectivas no ha aumentado más que en dos o tres mil, el de las comanditas por acciones no ha variado y el de las sociedades anónimas ha crecido en 12.000 unidades³¹.

A los economistas corresponde comentar estas cifras. Ellos clasifican las empresas según el personal empleado, para comprobar la con-

²⁸ Ley de 26 de abril de 1917 sobre las sociedades anónimas con participación obrera (V. n.º 132..

²⁹ Ley de 17 de noviembre de 1943. V. RIPERT, *Chronique*, D. C. 1944, pág. 5; HAMEL, *Journal des Sociétés*, 1944, pág. 161; JEANNE VANDAMME, *Jurisclassseurs*, 1943, I, 342; LADRET DE LACHARRIÈRE, *La vie industrielle*, 6 y 7 de enero de 1944.

³⁰ Ordenanzas de 15 de agosto y de 25 de octubre de 1945.

³¹ Sociedades colectivas: 62.751 en 1920, 65.225 en 1936; comanditas por acciones: 12.755 en 1920, 12.853 en 1936; anónimas: 27.962 en 1920, 39.909 en 1936. El *Bulletin d'information économique*, 1934, n.º 13, da unas cifras diferentes: 6.000 sociedades por acciones en 1900, 22.600 en 1920 y 48.000 en 1933.

centración industrial³². Pero también deberían ocuparse de establecer el censo de las sociedades y de los capitales que poseen. Si la cifra de estos capitales aumenta continuamente es que nos encontramos ante un fenómeno de concentración que no puede dejarles indiferentes.

La tarea es difícil, pues en esas cuarenta mil sociedades están representadas todas las actividades, desde la modesta sociedad militar cuyos títulos no circulan y permanecen en las manos de los fundadores, hasta el *trust* gigantesco cuyas acciones alimentan los mercados mundiales. El legislador somete a todas las sociedades anónimas a las mismas normas, regla de igualdad democrática que produce como resultado la protección de los poderosos por la masa de los pequeños capitalistas.

El criterio más seguro para tener una idea general de la importancia de las sociedades por acciones es prestar atención únicamente a aquellas cuyos títulos se cotizan en Bolsa. En estos últimos años se ha intentado establecer una vigilancia muy atenta en relación a aquellas sociedades «que recurren al público»³³, pero el sentido de esta expresión es impreciso; la cotización oficial, en cambio, es un elemento cierto.

En 1939 no alcanzaban a tres mil las sociedades cuyos títulos eran admitidos a una u otra cotización³⁴. Pero, estas tres mil sociedades representan una concentración de capitales que, en 1867, nadie hubiese osado calcular su posibilidad. El senador Lesaché, en la discusión que tuvo lugar en el Senado en 1932, presentó el resultado de sus indagaciones personales, que se extendían a 2.861 sociedades. Después de sumar sus capitales y reservas llegó a un total de 64 mil millones de capital en acciones y de 535 mil millones de activo. Las bancas solas totalizan 28 mil millones de capital y 282 mil millones de reservas. Hoy habría que aumentar considerablemente estas cifras. Se ha visto, en 1944, por la primera vez, dos sociedades el *Crédit Lyonnais* y la *Société Pétrolière* elevar su capital a mil millones de francos.

³² PIROU, *Traité*, t. II, *Les cadres de la vie économique*, I, pág. 136; JAMES, *ob. Cit.*

³³ Estas sociedades deben elegir obligatoriamente uno de sus comisarios en una lista de comisarios jurados: decretos-leyes de 8 de agosto de 1935 y 30 de julio de 1937, que modifica el art. 33 de la ley de 24 de julio de 1867.

³⁴ La cotización de los agentes de cambio y la cotización del mercado libre convertidas hoy en la cotización de los corredores de valores mobiliarios.

28. *Concesiones y favores otorgados por el Estado*

Los economistas liberales admiran estos maravillosos resultados de la iniciativa individual. Se olvidan de mencionar los dones del Estado. No obstante, éstos han sido muy numerosos ³⁵.

Ya en el siglo XVIII, algunas concesiones de minas habían sido otorgadas a determinadas sociedades. Anteriormente hemos citado Aniche, Anzin, Roche-la-Molière. La ley de 21 de abril de 1810 permitía otorgar concesiones perpetuas y gratuitas. He aquí el origen de algunas grandes fortunas ³⁶. De hecho, estas concesiones no podían ser explotadas más que por sociedades. Estas eran civiles a causa del carácter inmobiliario de la explotación. Fue la ley de 9 de septiembre de 1919 la que les dio carácter comercial. Esta ley tuvo como efecto, por otra parte, la reanudación de las concesiones; la Administración no se atrevía a concederlas, mientras tuvo conciencia de favorecer al concesionario sin contrapartida.

La creación de los *ferrocarriles* dio motivo a nuevas concesiones. La cosa armó ruido bajo el Gobierno de julio. La fundación por los Rothschild de la Compañía del Norte levantó tempestades ³⁷. Lamartine, en 1838, exclamaba en la tribuna de la Cámara: «La libertad es incompatible con la existencia de grandes compañías en el Estado... ¿Las dejaréis vosotros, partidarios de la libertad y de la emancipación de las masas, vosotros que habéis derribado el feudalismo y sus privilegios; dejaréis vosotros dominar al pueblo y arruinar el territorio por la feudalidad del dinero? No, jamás un gobierno, jamás una nación habrá constituido fuera de ella un poder económico de explotación e incluso político más invasor que el que vosotros vais a constituir al entregar vuestro suelo, vuestra administración y cinco o seis mil millones a vuestras compañías» ³⁸. La ley de 11 de junio de 1842 no dejó por eso de admi-

³⁵ W. LIPPMANN lo reconoce, *ob. Cit.*, págs. 35 y 263.

³⁶ V. TOUSSENEL, *ob. Cit.*, t. I, pág. 284 y BEAU DE LOMÉNIÉ, *ob. Cit.*

³⁷ V. especialmente TOUSSENEL, *ob. Cit.*, t. I pág. 22 y t. II pág. 30.

³⁸ Citado por BEAU DE LOMÉNIÉ, *ob. Cit.*, pág. 117.

tir el sistema de concesiones. Se crearon un número excesivo de compañías que fueron más tarde sustituidas por seis grandes compañías encargadas de explotar la red ferroviaria por 99 años. Aún viven, a pesar del rescate de ciertas redes y la constitución de la *Société national des chemins de fer* en 1933.

Este régimen de concesiones ha sido aplicado, al llegar la era de la electricidad, a la producción de la energía hidroeléctrica, por la ley de 16 de octubre de 1919, al menos, todas las veces que la fuerza a aprovechar es importante y también al transporte de la energía eléctrica, cuando ésta excede de una determinada potencia.

A lo dicho hay que añadir las *concesiones administrativas* para la explotación de tranvías, autobuses, distribución de agua, gas de alumbrado, aire comprimido y calefacción urbana.

En los *transportes marítimos*, el Estado sujeta a las grandes compañías mediante convenios postales que les aseguran unas subvenciones ³⁹. En los *transportes aéreos* ha concedido las líneas antes de nacionalizar la industria ⁴⁰.

Cuando se trata de los *seguros*, el legislador impone unas condiciones de explotación que sólo las sociedades pueden ejercer tal género de empresa; de manera que los autores más recientes no admiten ya la existencia del contrato de seguro pactado entre simples particulares ⁴¹. Por último, en relación a las bancas, hay que recordar que existe el privilegio de emisión concedido a algunas bancas coloniales, sin hablar del que fue otorgado a la Banca de Francia.

No hay que olvidar estos ejemplos cuando se habla de la conquista de las grandes empresas por las sociedades. No les ha sido suficiente la libertad. Han recibido dones del Estado. Es cierto que éste no podía prescindir de ellas. Ni viceversa.

³⁹ G. RIPERT, *Droit maritime*, 3.ª ed., t. I, n.º 213 y la bibliografía citada.

⁴⁰ LAMPUÉ, *Les rapports entre l'Etat français et les compagnies de transports publics*, tesis, París, 1927.

⁴¹ PICARD ET BESSON, *Traité des assurances*, t. I. N.º 3 y VIVANTE, *Traité de droit commercial*, 3.ª ed., trad. ESCARRA, t. IV, pág. 353.

29. Conquista de la industria y del comercio

Por otra parte, podríamos hacer caso omiso de los privilegios, pues la conquista de las tierras libres fue bastante fructuosa por sí misma. Para tener una idea del poder de algunas centenas de sociedades leamos la cotización de la Bolsa. Las sociedades se encuentran siempre agrupadas según la naturaleza de la explotación. Leyendo sus nombres, vemos la Francia que trabaja.

A la cabeza del mercado oficial se encuentran los *valores de las compañías de seguros*, como para dar confianza al público. Los más importantes están divididos en sociedades distintas: vida, incendio, accidentes y capitalización. Nadie puede prescindir de su concurso. El Estado las vigila atentamente. Estas sociedades invierten una parte de su capital en inmuebles. En los edificios de las grandes ciudades inscriben su nombre para marcar con un signo visible su riqueza.

Las *bancas* vienen a continuación. En otro tiempo auxiliares del comercio, los banqueros han llegado a ser sus jefes. Pero ya han desaparecido o apenas si existen las bancas privadas: han tenido que ceder el sitio a las sociedades bancarias⁴². Es la forma que inspira ahora confianza. Las pequeñas sociedades locales desaparecen, incapaces de sostener la competencia de los grandes establecimientos de crédito, que han abierto agencias en todas las ciudades y en todos los distritos de las grandes ciudades. Al lado de estos establecimientos están inscritas las grandes bancas de negocios, las coloniales y las especializadas en el crédito a determinadas explotaciones o en ciertas formas de crédito⁴³.

La Bolsa equipara a las bancas las sociedades inmobiliarias que, en las grandes ciudades, poseen inmuebles y han hecho del arrendamiento de habitaciones una empresa comercial.

Dejemos a un lado las sociedades para la explotación de los ferrocarriles, tranvías, *docks*, aguas, electricidad y gas, las cuales, en su mayor parte, se benefician de concesiones y a este título, son privilegiadas. Tenemos aún las hilanderías y las fábricas de tejidos, la metalurgia, los astilleros, la construcción de locomotoras, de motores, de automóvil, de bicicletas, las forjas y los altos hornos, las trefilerías y las fundiciones.

También son sociedades las que explotan las minas de hulla, de metales, las canteras, los fosfatos, los petróleos, los cementos y las pizarras, las que fabrican los productos químicos, los cuerpos grasos, las pinturas, los abonos y los perfumes y las que poseen las fábricas de cristales han eliminado.

Las compañías de navegación marítima han eliminado a los armadores. Las más antiguas, *Compagnie des Messageries*, *Maritimes*, *Compagnie Transatlantique*, tienen casi un siglo de existencia⁴⁴. La fabricación de armas en Francia está en manos de una veintena de grandes sociedades.

Unas se encargan de la alimentación y del tránsito, otras se esfuerzan en suplantar a los marinos en los transportes fluviales o en organizar los transportes por carretera.

Las plantaciones coloniales, la importancia de productos extranjeros, los almacenes generales y los *docks*, la venta al por mayor, todo el gran comercio ha sido conquistado por las sociedades. Es suficiente mencionar a los grandes almacenes que han ganado tal celebridad entre el público al ofrecerles todo cuanto es necesario a la vida diaria. Y también esas sociedades que fabrican y venden muebles, ropas, ropa blanca, abrigos de pieles, jabón, azúcar, harina, arroz, leche, chocolate, licores, conservas alimenticias y cigarrillos.

Otras poseen las agencias de viaje, los hoteles, los restaurantes, los cafés; otras abren teatros, casinos, conciertos, editan libros y discos, fabrican instrumentos de música; otras imprimen y venden periódicos y libros y otras impresionan películas.

⁴⁴ En 1851, E. Rotsand fundó la *Compagnie des Messageries nationales* convertida más tarde en *Messageries impériales* y luego en *Messageries maritimes*. La *Compagnie générale Transatlantique* ha sido fundada en 1861, la *Compagnie des Transports maritimes à vapeur* en 1865 y la *Compagnie des Chargeurs Réunis* en 1872.

⁴² SAUREL, *Sociétés de crédit contre banques locales*, tesis, París, 1901 y DOMERGUE, *Établissements de crédit contre banques locales*, 1909.

⁴³ La ley de 13 de junio de 1941 relativa a la reglamentación y a la organización de la profesión bancaria sólo habla de «empresas o establecimientos» y determina las formas sociales admitidas en el comercio de banca. Exige para los bancos de depósito un capital mínimo, que fijará una orden ministerial. Este capital ha sido fijado en 5 millones para las sociedades por acciones (Orden de 30 de julio de 1941).

La agricultura las atrae menos. Sin embargo, hay viñedos explotados por sociedades. En todo caso, la constitución y el arrendamiento de inmuebles les interesan así como también la ejecución de obras públicas.

Podría uno entretenerse en extender indefinidamente esta lista de las actividades que llevan a cabo las sociedades. Pero sería bien inútil, pues todo el mundo está convencido de que no podemos prescindir de ellas. En las grandes ciudades no podríamos alojarnos, vestirnos, calentarnos, alumbrarnos, desplazarlos y divertirnos sin ellas. ¡No podríamos vivir ni morir incluso sin ellas, pues se encargan también de las pompas fúnebres!

Estos son los resultados de la conquista. Todas las empresas importantes han pasado a manos de sociedades. La libertad ha permitido concentrar los capitales necesarios para la gran industria y el gran comercio. Los que detentan los capitales se han convertido en los señores de nuestro tiempo.

§ 2.- LA VIDA SINGULAR DE LAS SOCIEDADES

30. *Naturaleza de su personalidad*

Ahora debemos examinar cómo viven estos seres nuevos que han sido introducidos en el mundo. No nos interesa el resultado económico de su actividad, pero sí su comportamiento jurídico y su vida interna.

El hombre ha creado las sociedades a su imagen y les ha dado personalidad jurídica, una personalidad semejante a la reconocida a los individuos. Durante largo tiempo, se ha declarado que esta personalidad era puramente *ficticia* y se la consideraba como un simple procedimiento técnico destinado a asegurar la separación del patrimonio social de los bienes de los asociados. En la jurisprudencia francesa más reciente todavía se encuentra, a veces, esta concepción que permite hablar de la personalidad de todas las sociedades, incluso de las civiles que no están sometidas a ninguna publicidad ⁴⁵. Pero era irrisorio declarar ficticia la personalidad de ciertos grupos que son indispensables o que poseen un poder excepcional. Las sociedades anónimas se cuentan entre estos gru-

⁴⁵ G. RIPERT ET BOULANGER, *ob. Cit.*, t. II. N.º 3058.

pos. Hacia fines del siglo pasado, se hizo un gran esfuerzo doctrinal para explicar la personalidad del ser moral por la existencia de una voluntad colectiva o al menos, de un interés colectivo ⁴⁶. De esta discusión sólo retendremos que la personalidad de las sociedades por acciones recibió una mayor solidez ⁴⁷.

La gran habilidad fue otra. Consistió en considerar la personalidad de los seres morales como exactamente análoga a la de los seres humanos. De esta manera, se la protegía apelando al derecho natural, de suerte que cualquier reglamentación aparecía como contraria a los derechos del hombre. Así lo repiten en el siglo XIX Batbie, Renouard, Joseph Garnier, Baudrillart, Jules Simon, Emile Ollivier y Ch. Beudant ⁴⁸. El capitalismo liberal no concibe que se quiera ahogar la personalidad de las sociedades.

Esta asimilación tiene además la ventaja de calmar todos los temores. Las grandes sociedades tendrán iguales derechos que las más humildes de las criaturas humanas. La igualdad ante la ley no significa, sin duda, la igualdad de poder económico sino simplemente una condición común. Así se echaba un velo sobre las antiguas compañías coloniales dotadas de derechos de regalía. También se descartaba toda asimilación con los establecimientos públicos. Sólo se pedía para las sociedades mercantiles el derecho de poseer y la libertad de contratar. Obrarán como simples particulares, mezclándose en las transacciones en un pie de igualdad. ¿No era el mejor medio de disimular su poder, incorporarlas a la masa de los individuos?

31. *Comparación con las personas físicas: nombre, domicilio y capacidad*

Comparemos las sociedades por acciones a las personas físicas.

1.ª Toda sociedad anónima tiene un *nombre*, pero lo elige libremente. Tanto en relación a ella como para el individuo el nombre es a la

⁴⁶ V. el excelente estudio hecho sobre la naturaleza de la personalidad moral por MICHOD, *La personnalité morale*, 3.ª ed., por TROTABAS, 1932, t. I, ns. 1 a 74. Compárese GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 2.ª ed., pág. 129.

⁴⁷ V. CHAUVEAU, *Des abus de la notion de personnalité morale de la société* (*Revue Droit Commercial*, 1938, pág. 397).

⁴⁸ LESCOEUR, *Histoire des sociétés commerciales*, 1874.

vez objeto de propiedad y elemento de identificación. La sociedad es conocida por su nombre que debe ir acompañado de la indicación de sociedades anónima y del capital social. Por otra parte, ha sido verdaderamente poco hábil llamar sociedad anónima a aquella que está designada por su nombre. El legislador ha querido indicar con ello la ausencia de razón social⁴⁹. El nombre consta en los estatutos como en una acta de nacimiento. Los estatutos se depositan y se publican. La sociedad para cambiar de nombre se verá obligada a modificarlos. Tiene derecho a prohibir su uso a cualquier otra sociedad mediante una acción de competencia desleal.

Los nombres son infinitamente variados. En general, son elegidos según la naturaleza de la explotación y como existirían muchos semejantes, un calificativo los precisa o bien la indicación de una ciudad, provincia o colonia. Algunas sociedades conservan el nombre de su fundador y del comerciante que ha hecho aportación de su negocio. Este nombre no es entonces una razón social sino una denominación comercial. Las compañías de seguros se dan los nombres de virtudes o de cualidades que inspiran confianza. Las sociedades que se fusionan crean vocablos raros por la amalgama de los nombres antiguos. A menudo, en la vida corriente se abrevia la denominación, de suerte que aparecen para las sociedades, como para los individuos, sobrenombres. O bien siguiendo una práctica moderna sólo se retienen las letras iniciales de una denominación demasiado larga y se forja una voz bárbara, que, a veces, se hace célebre⁵⁰. Todos estos nombres se encuentran alineados en columnas los unos debajo de los otros en la cotización de la Bolsa. Su simple lista constituye una evocación de estos nuevos seres semejantes a los hombres.

2.º La sociedad tiene un *domicilio*, su *sede social*, que incluso es más sólido y más fijo que el domicilio de los individuos. Algunos de éstos

⁴⁹ En ciertas ramas de la actividad comercial las sociedades han conservado la denominación de compañías que existía en la antigua Francia y que es la expresión inglesa. Así ocurre en los seguros, transportes terrestres, marítimos, fluviales y aéreos, empresas de agua, gas y electricidad. Esta expresión carece de sentido jurídico propio. En la práctica despierta la idea de una sociedad poderosa, pero no le está prohibido a la más humilde el tomar este título.

⁵⁰ Así S.N.C.F. significa *Société nationale des chemins de fer* y C.P.D.E., *Compagnie parisienne de distribution d'électricité*.

carecen de él y por esta razón son sospechosos; una sociedad está obligada a tener un domicilio social. Hay individuos cuyo domicilio se conoce mal y da lugar a discusión; una sociedad debe fijar su sede social en los estatutos y lo da a conocer por la publicidad de éstos. Los terceros no pueden equivocarse. Ahora bien, la sociedad tiene sobre la persona física la superioridad de poderlo elegir libremente. No está obligada a fijarlo en el lugar de su principal establecimiento. Es un «domicilio de elección», pero esta elección es válida para todos y no solamente para aquellos que han mantenido relaciones jurídicas con ella.

De la misma manera que la persona individual está obligada, cuando se trata de actos de particular importancia, a llevarlos a cabo en su domicilio, la sociedad tiene la obligación de ejecutar en su sede social los actos de su vida interna, especialmente la reunión de la asamblea general de accionistas y habitualmente la del consejo de administración⁵¹; de no hacerlo así se reputaría ficticio el domicilio social. Por otra parte es él el que determina la competencia de los tribunales cuando se cita judicialmente a la sociedad, y la jurisprudencia ha tenido que suavizar esta regla lógica para tomar en cuenta una actividad que se ejerce, a menudo, muy lejos del domicilio de la sociedad⁵².

3.º En fin, la sociedad tiene una *capacidad* calcada sobre la reconocida a los sujetos de derecho normales. Puede poseer bienes de todas clases, adquirir, enajenar y comparecer en juicio. A diferencia de las asociaciones, no ha lugar, respecto a ella, a establecer distinciones entre la propiedad mueble y la inmueble, entre los actos a título oneroso y gratuito⁵³ y entre

⁵¹ Ha sido necesaria una ley para autorizar durante la guerra la reunión de las asambleas fuera del lugar del domicilio social (D. L. 21 de noviembre de 1939. Leyes 31 de octubre de 1940 y 30 de diciembre de 1943).

⁵² Es la teoría llamada «de las estaciones principales de ferrocarril» porque esta jurisprudencia se sentó primeramente para las compañías de ferrocarriles. Era necesaria para corregir la elección arbitraria del domicilio social.

⁵³ Se ha planteado la cuestión de saber si una sociedad puede recibir donaciones o legados. Ha sido preciso admitirlo desde el momento en que ningún texto lo prohíbe. V. sin embargo, LABBÉ, nota en el *Journal du Palais*, 1881, pág. 1233. Compárese LOT, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, 1895; THALLER ET PERCEROU, *Traité de droit commercial*, 8.ª ed., n.º 332 y MICHOU ET TROTABAS, *ob. Cit.*, t. II, n.º 234.

la personalidad completa y parcial⁵⁴. No está sometida a ninguna autorización, ni a ninguna inspección oficial en relación a los actos jurídicos en que interviene. Se presenta en la vida jurídica como dueña de sus derechos. Por otra parte, los que tratan con ella no han de inquietarse, acerca de su capacidad jurídica, situación familiar e hipotecas legales que gravan los bienes, como ocurre en relación a las personas individuales. Todo es sencillo. La persona moral goza de la plenitud de derechos de una persona física plenamente capaz.

32. *Nacimiento y muerte de las personas morales*

Es ésta una falsa igualdad, pues se trata de un ser sobrehumano. Las sociedades quieren hacerlo olvidar, para prevalerse del derecho común cuando les es favorable. En realidad, están fuera de este derecho.

En primer lugar por la duración de su vida, que una sociedad regula libremente. Los que la crean fijan un término a su existencia. Pero una vez creada, es señora de su vida y de su muerte, pues puede prolongar indefinidamente su duración o pronunciar su disolución anticipada e incluso aquellos que la crearon no pueden paralizar su actividad.

Es difícil señalar de una manera exacta el día de su nacimiento. A menudo, hay fundación sucesiva y no simultánea. En Francia se data el nacimiento del día en que la asamblea constitutiva ha adoptado los estatutos; quizá fuera mejor fijarlo en el momento del depósito del acta de sociedad. En todo caso, durante el período de formación la sociedad ya existe. Adquiere derechos y asume obligaciones. Para explicarlo, se la ha comparado con el concebido que se tiene por nacido cuando se trata de su interés⁵⁵.

⁵⁴ La ley de 1.º de julio de 1901 no concede la misma personalidad a las asociaciones simplemente declaradas que a las reconocidas de utilidad pública.

⁵⁵ Se trata de explicar de qué manera los actos jurídicos otorgados por los fundadores antes de la constitución de la sociedad pueden originar derechos en provecho de la sociedad u obligaciones en contra de ella. V. THALLER ET PERCEROU, *ob. Cit.*, ns. 499 y sigtes.; LESCOT, *Essai sur la période constitutive des personnes morales en droit privé*, tesis, Dijon, 1913; SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, tesis, París, 1938.

Aunque el nacimiento se comprueba, nadie se pregunta si el nuevo ser es *viable*. No puede serlo más que si cumple las condiciones legales, pero los funcionarios que inscriben el nacimiento no tienen autoridad para decidirlo. En Francia no se conoce el examen previo de la legalidad de la constitución, con intervención del juez, en caso de duda. El concebido «cuando nace» sólo tiene personalidad si es viable. Una sociedad puede nacer con todas las taras, sin que nadie se preocupe de ello; cuando se den cuenta, en la mayoría de los casos, habrá llevado a término una obra nociva. Sin duda, una sociedad constituida irregularmente puede ser anulada. En este caso, es preciso que un interesado pida la nulidad, pues el ministerio público no interviene, por no estar considerada la cuestión como de orden público. Por otro lado, el legislador es poco favorable a las acciones de nulidad, porque amenazan a las sociedades cuya irregularidad no es siempre grave y la experiencia demuestra que los solicitantes son con frecuencia enemigos interesados. Una rápida prescripción extingue la acción. Además, está permitido reparar el vicio que constituye una causa de nulidad⁵⁶.

El nacimiento de las sociedades apenas si se fiscaliza, de tal manera, que se ha llegado a verdaderas «suposiciones de parto», es decir, a inscribir la creación de sociedades puramente *ficticias*. La jurisprudencia ha tenido que tomar en cuenta la simulación del acto jurídico para hacer desaparecer estas supuestas sociedades⁵⁷. El legislador ha puesto al descubierto a aquel que ejerce el comercio «bajo la apariencia de una sociedad que oculta sus maquinaciones» para darle la condición de comerciante y someterlo a la quiebra⁵⁸.

Mediante la creación de estos nuevos seres el hombre satisface su secreto deseo de inmortalidad. Porque sabe que la muerte le arrancará su

⁵⁶ Para permitir esta reparación el legislador no ha dudado en dar jaque a las reglas de procedimiento: la citación judicial no fija el derecho e incluso durante la instancia se está a tiempo de hacer lo necesario para legalizar la situación y parar la acción (n.º 46).

⁵⁷ PIC, *De la simulation dans les actes de sociétés*, D. H. 1935, *Chronique*, pág. 33; GÉGOUT, *Journal des Sociétés*, 1933, pág. 385 y ABAILLE, *De la simulation*, tesis, Aix, 1938.

⁵⁸ D. L de 8 de agosto de 1935 modificando el art. 477 del Código de comercio. Anteriormente, la jurisprudencia había tomado decisiones en este sentido. V. especialmente París, 15 de noviembre de 1938, D. H. 1939, pág. 57.

obra, concibe seres que la continuarán sin que aquélla les alcance. No obstante, como subsistía la idea jurídica de que un contrato no puede ser perpetuo y que la indeterminación de la duración hubiese autorizado la demanda de disolución, se ha tomado la costumbre, en las grandes sociedades, de adoptar el término más lejano que puede fijarse para una relación jurídica: la sociedad se forma por 99 años. No hay ningún inconveniente a esta larga vida puesto que el suicidio es siempre posible mediante una decisión de disolución anticipada; por otra parte, si el término es inferior, no es fatal: una decisión de prórroga tendrá lugar en tiempo oportuno y no existe límite alguno a las prórrogas sucesivas.

Las operaciones sociales no tienen límite. La «terminación del negocio» que el Código ha previsto como causa de disolución de la sociedad (art. 1865, n.º 2), supone un objeto social limitado. Si éste es el ejercicio de una profesión o la explotación de una empresa, jamás estará cumplida la negociación. Actualmente, llegamos al período de los centenarios: muchas sociedades podrán celebrar el suyo.

La vejez no alcanza a estos seres sobrehumanos. Así como la edad disminuye la actividad de los hombres y la suspende, a menudo, antes de la muerte, la edad da a las sociedades la fuerza de una antigua reputación y de una experiencia adquirida. «Casa fundada en...» se lee en los prospectos y uno se maravilla de esta continuidad en la acción. Cuando todos los fundadores han muerto desde hace mucho tiempo, la sociedad que ellos crearon les sobrevive, más fuerte, en razón de los años transcurridos, de lo que era el día de su nacimiento.

Sin embargo, hay sociedades que mueren. Pero esta muerte no tiene con frecuencia el carácter trágico de la muerte del hombre. Sin duda, a veces, una quiebra provoca desastres. Lo más frecuente es que la sociedad renazca de sus cenizas, se transforme o sea absorbida por otra sociedad y la empresa no desaparece.

33. *Su riqueza y su naturaleza comercial*

Una sociedad nace adulta, en plena fuerza. Al día siguiente de su constitución se encuentra dispuesta para el trabajo. No tiene necesidad de preparación o de aprendizaje; es inteligente y activa desde el primer día.

Nace rica. El capital que para los hombres y salvo el caso de transmisión hereditaria o de donación, proviene del ahorro, se lo aportan al

nacer. No es un don gratuito, sino una combinación comercial que la ley trata con un favor singular. Hay, jurídicamente, transferencia de los bienes del patrimonio de los asociados al patrimonio social y hay que cumplir las formalidades necesarias para esta transferencia. Sin embargo, el fisco no trata la aportación a una sociedad como una mutación; le impone un derecho de poca importancia en relación al que exige en las ventas o donaciones y por ello fomenta la formación de sociedades.

La realidad y la sinceridad de las aportaciones inquietan al legislador. Ya la ley de 1867 preveía la verificación de las aportaciones en especies. Una ley reciente ha creado algunas incapacidades y ha exigido una determinada competencia técnica por parte de los comisarios verificadores⁵⁹. Otra ley ha prescrito el pago real y efectivo y el depósito de las sumas entregadas por los asociados⁶⁰. A menudo se presentan estas medidas como destinadas a proteger a los accionistas y puede decirse con seguridad que han sido adoptadas para ello. Al mismo tiempo constituyen una maravillosa protección de la sociedad. La ley se asegura de que los fondos que le han sido prometidos le son efectivamente pagados y que los bienes que se le aportan en especie tienen un valor real. El capital social inscrito en el pasivo tendrá una contrapartida efectiva en el activo.

La ley obliga, por otra parte, a la sociedad a enriquecerse. Le impone la constitución de un reserva legal sin obligarla a ninguna inversión obligatoria. Le prohíbe toda distribución de dividendos a falta de beneficios señalados en el balance. Vigila, desde un punto de vista fiscal, la manera como amortiza sus inmuebles y su material. La mayoría de las sociedades constituyen reservas considerables. Algunas publican las cifras y se vanaglorian de ellas; otras las disimulan no valorando de nuevo los elementos del activo cuyo valor ha aumentado y crean así «reservas ocultas».

⁵⁹ DD. LL. De 31 de agosto de 1935 y 31 de agosto de 1937 modificando el art. 4 de la ley de 24 de julio de 1867. Sólo se exige la competencia técnica para las sociedades que recurren al ahorro público. Uno de los comisarios debe ser elegido de una lista de expertos acreditados cerca de los tribunales.

⁶⁰ D. L. De 31 de agosto de 1937 modificando el art. 1 de la ley de 24 de julio de 1967. V. JEAN DEMOGUE, *Revue de droit commercial*, 1938, pág. 772; BOSVIEUX, *Journal des Sociétés*, 1938, pág. 1 y DECUGIS, *Ibid.*, 1938, pág. 65.

Las sociedades por acciones se han beneficiado en 1893 de un favor particular que ha sido concebido también en 1925 a las sociedades de responsabilidad limitada. Han sido declaradas sociedades mercantiles en razón de su forma, cualquiera se su objeto. Así tienen de pleno derecho el estatuto de comerciante. Esto permite incorporar al comercio las sociedades dedicadas a la construcción y alquiler de inmuebles, las de obras públicas inmobiliarias, las salinas, pesquerías y explotaciones agrícolas. Se ven sociedades mercantiles que no llevan a cabo ningún acto que sea, por su naturaleza, un acto de comercio⁶¹ y no obstante, son tratadas como comerciantes⁶².

Yo bien sé que se les ha dado este carácter de comerciantes por el deseo de someterlas a la quiebra. La medida legal tomada después del escándalo de Panamá ha sido presentada como una medida de rigor. ¿Pero qué es la quiebra o la liquidación judicial para una sociedad? No es otra cosa que una liquidación amigable. El carácter de comerciante no incomoda a las sociedades y les rinde servicios.

34. *Una actividad dictada exclusivamente por el interés*

Las sociedades mercantiles tienen una actividad exclusiva que les da también un carácter singular.

Aquellas que se dedican al comercio se sienten impulsadas por el deseo de conquistar riquezas y este espíritu de lucro fue objeto de menosprecio en otras épocas. Pero si el comerciante es profesionalmente tal, ningún hombre es exclusivamente comerciante. Tienen su vida personal, sus afecciones y sus amigos, sus placeres y sus vanidades, sus virtudes y sus vicios. Una sociedad, por el contrario, no tiene más que un solo fin en la vida: hacer el comercio. Estas personas, llamadas morales, no tienen vida moral.

⁶¹ V. por ejemplo respecto de un establecimiento escolar: Sala de recursos del Tribunal de Casación, 7 de marzo de 1944, D. A., 1944, 75.

⁶² El alcance exacto de esta comercialización es discutido. Se pregunta si los actos ejecutados por estas sociedades tienen el carácter de actos de comercio. V. París, 1.º de febrero de 1936, D. P. 1936, 2, 78, nota de MAURICE PICARD, *Revue critique*, 1937, pág. 5, nota DEMONTÈS.

Una sociedad se crea para realizar beneficios. Este fin es el que caracteriza al grupo. Si fuese desinteresado sería una asociación y no una sociedad⁶³. Por otra parte, el desinterés la haría sospechosa. Lo que tranquiliza al Estado es este apetito de riquezas que constituye el alma misma de la sociedad. El objeto lucrativo es el criterio que permite distinguir los grupos. Sin duda, una sociedad puede ser mal administrada y realizar pérdidas, cosa que ocurre con frecuencia. Pero, en este caso, necesita ante todo repararlas. Las pérdidas quedan inscritas en el activo de su balance como un remordimiento. En tanto que no haya desaparecido esta partida, no podrá distribuir dividendos.

Una sociedad puede hacer liberalidades puesto que ningún texto legal la castiga con la incapacidad de dar. Algunas han creado fundaciones admirables. De todas maneras, no es ésta su misión, a menos que la fundación no sea útil a la empresa. Los dirigentes de una sociedad pueden tener personalmente el alma caritativa, la sociedad en sí misma no conoce la generosidad.

Esto constituye su fuerza. Nada la desvía de su misión. Mientras las pobres criaturas humanas abordan los negocios con todas sus pasiones, la sociedad no tiene ningún sentimiento afectivo. Su actividad puede atraerle odios que se desvanecerán ante su impasibilidad.

Moralmente, no puede obrar ni bien ni mal. No puede ser responsable penalmente, al menos cuando el delito exige una culpabilidad. Por otra parte, no podría sufrir más que una pena pecuniaria. La jurisprudencia no admite la responsabilidad penal de las personas morales⁶⁴.

⁶³ El carácter jurídico que distingue a las sociedades de las asociaciones es discutido. La jurisprudencia admite que la sociedad se caracteriza por el afán de lucro (Tribunal de Casación, Salas reunidas, 11 de marzo de 1914, D. 1914, I, 257). V. KAYSER, *Société et associations*, tesis, Nancy, 1928, prólogo de GÉNY; MICHOU ET TROTABAS, *ob. Cit.*, t. I, ns. 99 y sigtes.

⁶⁴ MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899; *Faute administrative et faute pénale*, D. H. 1935, *Chronique*, pág. 57; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel*, 2.ª ed., 1943, ns. 262 y sigtes.; VAN HOUTTE, *La responsabilité pénale des sociétés (Annales de droit commercial*, 1933, pág. 277); MICHOU ET TROTABAS, *ob. Cit.*, t. II, n.º 279; RICHER, tesis, Lyon, 1944. Algunos textos recientes permiten pronunciar multas contra las personas morales (Ley de 12 de noviembre de 1938, art. 8, por no declaración de ingresos; Ley 21 de octubre de 1940, art. 67, por alza ilícita de precios) pero, en rea-

Se podría decir de las sociedades lo que se decía en otros tiempos del rey: no puede obrar mal.

Normalmente, no se le pueden imponer interdicciones, pérdidas de derechos e incapacidades, que son susceptibles de alcanzar a las personas físicas. Las pérdidas de derechos inherentes a la quiebra y a la liquidación judicial no le alcanzan⁶⁵. Ha sido preciso en leyes recientes castigar a los administradores en vista de no poder alcanzar a la sociedad⁶⁶.

35. *Las personas morales no tienen familia*

La persona moral no tiene familia. Este aislamiento es una fuerza para quien se propone dedicarse exclusivamente al comercio y posee los capitales necesarios. Ni estatuto familiar, ni obligación legal, ni deber moral de socorro. Pero si se va más al fondo de las cosas se percibirán uniones singulares y filiaciones más o menos secretas.

Las sociedades se alían entre sí por el juego de la posesión del capital. La jurisprudencia admite la validez de las sociedades de sociedades⁶⁷.

lidad, sólo se trata de una responsabilidad civil por la multa infligida a los administradores. Sin embargo, algunas penas recaen directamente sobre la persona moral, por ejemplo, la publicidad de una condena, el cierre del establecimiento y la confiscación especial. Pero éstas son más medidas de seguridad que penas. Una Ordenanza reciente de 5 de mayo de 1945 ha declarado personalmente responsables a las sociedades y asociaciones que aseguran los servicios de las empresas de prensa, edición, información y publicidad, pronunciando contra ella, en determinados casos, la pena de disolución y la de confiscación del patrimonio. Es el equivalente de la pena de muerte, pero la ley ha tenido que admitir el recurso de las personas lesionadas por la confiscación contra aquellos cuya conducta ha tenido como consecuencia la condena.

⁶⁵ Una sentencia reciente del Tribunal Civil de París de 22 de enero de 1944 (D. A. 1944, 33) ha pronunciado la rehabilitación de una sociedad en quiebra, haciendo observar que de esta manera quedaba relevada de la incapacidad de ser administradora de otra sociedad. Pero ha sido necesario tomar en cuenta la buena conducta del gerente para conceder la rehabilitación, ¡la sentencia no se ha atrevido a hablar de la buena conducta de la sociedad!

⁶⁶ V. los decretos-Leyes de 8 de agosto de 1935, 30 de octubre de 1935, 11 de enero de 1936 y la Ley de 16 de noviembre de 1940. V. SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par actions*, 1938.

⁶⁷ DEMONTÈS, *Les sociétés de sociétés*, *Revue critique*, 1938. Sin embargo, a partir de la Ley de 4 de marzo de 1943 se necesita obligatoriamente de una persona física para el desempeño del cargo de presidente director general.

Entre ellas, las hay que no tienen otra actividad que la de administrar a otras sociedades. Las hay que poseen recíprocamente acciones unas de otras y esta imbricación producía en el caso de aumento del capital social unas consecuencias tan singulares que la ley de 4 de marzo de 1943 (art. 8) ha tenido que reaccionar contra esta práctica⁶⁸.

Las uniones de sociedades permiten organizar grupos industriales. Estas uniones llegan a ser a veces tan íntimas que ambas sociedades se fusionan, operación que el fisco ve con favor en cuanto realiza una concentración industrial. Es un matrimonio más perfecto que el de los seres humanos, pues las dos sociedades no son solamente dos personas en una misma carne sino que forman, en adelante, un solo ser.

En cuanto a los lazos de filiación, los términos mismos de la lengua jurídica nos lo revelan: la *sociedad madre* tiene filiales. Por otra parte, es difícil, a veces, comprobar el lazo de filiación en razón del carácter anónimo de las sociedades. Se manifiesta por la posesión de una parte del capital y también por la existencia de administradores comunes. ¿Qué proporción del capital? ¿Cuántos administradores? Son éstos problemas que la ley no resuelve⁶⁹.

Lo que necesitamos poner de relieve es la naturaleza de las relaciones entre las sociedades y sus filiales. Las dicta únicamente el interés. Hay sociedades que explotan a sus filiales; hay filiales que viven a costa de la sociedad que las ha creado. Algunas legislaciones extranjeras exigen que el balance de la sociedad ponga de manifiesto este juego de intereses. La ley francesa no contiene ninguna disposición sobre este punto. Los interesados reclaman imperiosamente el secreto. No quieren revelar una filiación que podría ser un obstáculo, en ciertos, casos, a su actividad comercial⁷⁰.

⁶⁸ LÉON MAZEAUD, *Les effets de l'interdiction des participations réciproques sur les acquisitions et souscriptions d'actions*, *Journal des Sociétés*, 1944, pág. 81.

⁶⁹ VIVANTE, *Les sociétés filiales* (*Annales de droit commercial*, 1932, pág. 272) y también los trabajos del Comité francés de derecho internacional privado, t. I, pág. 34, la publicación A. N. S. A. 1943, n.º 73 y las tesis de GEGOUT, París, PAULETTE SAINTON, París, 1938, ROLLAND, Lyon, 1937 y BARATTE, París, 1943.

⁷⁰ El problema de las filiales extranjeras es muy delicado cuando se trata de otorgar a las sociedades concesiones administrativas. La revelación de la filiación podría tener como efecto el privar a la filial de los derechos reservados a las sociedades nacionales.

No existe un registro civil que anote estas alianzas y filiaciones. El público adivina su existencia y murmura contra el poder de los *trusts*. Del individuo más insignificante es posible conocer su genealogía y su parentela. Cuando se trata de sociedades, el acta de nacimiento o indica la filiación y es imposible o inútil la investigación de la maternidad.

36. ¿Tienen nacionalidad?

Las sociedades no se preocupan por conseguir los derechos de los ciudadanos. ¿De qué les servirían? La igualdad rigurosa del sufragio humillaría su poder. Tampoco tienen interés en formar parte de los tribunales o de las cámaras de comercio. Por otra parte, han hecho dar a sus dirigentes el derecho a votar y la elegibilidad, aunque no sean comerciantes.

Sin embargo, la condición de ciudadano es susceptible de conferir derechos. Así se plantea la cuestión de la *nacionalidad de las sociedades*⁷¹.

Si se tratara simplemente de determinar la ley aplicable a su constitución, se podría prescindir de la cuestión. La jurisprudencia francesa califica como sociedad francesa aquella que ha sido constituida conforme a las formalidades de la ley francesa y tiene su domicilio social en Francia. Para nada tiene en cuenta el origen de los capitales, ni la nacionalidad de los administradores. La ley deja, por consiguiente, a los fundadores en libertad de determinar la nacionalidad de la sociedad futura eligiendo el lugar de su domicilio social y respetando la ley de este lugar.

Una sociedad se felicita de ser francesa tan fácilmente. Así puede llamarse sociedad nacional con el fin de recoger capitales⁷² o atraer a la clientela. Esto le permite también señalar el domicilio social de explotaciones situadas en el extranjero en un país de su elección y en determinados casos, reclamar incluso la protección del Estado de origen.

⁷¹ NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. II, 1938, ns. 750 y sigtes.; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3.ª ed., 1937, ns. 162 y sigtes.; RIGAUD, *Répertoire de droit international*, voz *Personnes morales*; MICHOU ET TROTABAS, *ob. Cit.*, t. II, ns. 315 y sigtes.; tesis de PÉPY, París, 1920; GARU, París, 1924; LEVEN, París, 1926; ED. CUQ, 1921 y MONDON, Grenoble, 1937.

⁷² LAGARDE, *Emission des titres par des sociétés étrangères*, tesis, Poitiers, 1926.

Algunos juristas sienten repugnancia hacia estos ciudadanos sin ligamen real con el país. La nacionalidad supone, al menos, en principio, un lazo afectivo, unos deberes que cumplir y una relación de dependencia con un grupo humano. Las sociedades, dicen, no tienen una verdadera nacionalidad⁷³.

No obstante, se les impone con rigor el mantenimiento del ligamen con el país al cual su creación las une. Toda modificación de los estatutos que tendría como consecuencia un cambio de nacionalidad se considera nula⁷⁴. Incluso se pone en duda que una sociedad francesa pueda trasladar su domicilio social a una colonia⁷⁵. De esta manera el ser moral tiene con la patria un lazo más fuerte que el ser físico. No hay para él naturalización posible.

En tiempo de guerra se da uno cuenta de que es verdaderamente demasiado fácil para una sociedad el llamarse francesa. La jurisprudencia, en otras épocas, se contentaba con comprobar la realidad del domicilio social y del funcionamiento en él de los órganos de la sociedad. Pero si el capital ha sido proporcionado por extranjeros, si los administradores son extranjeros, es justo indagar si semejante vestido a la francesa no cubre intereses extranjeros. Éste ha sido el criterio de la jurisprudencia en el transcurso de las dos últimas guerras⁷⁶ y para su justifi-

⁷³ NOBIYET, *Existe-t-il une nationalité des sociétés?* (*Revue de droit international privé*, 1927, pág. 402); CH. DE VISSCHER, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, pág. 624; P. CHAUVEAU, *ob. Y loc. Cits.* NIBOYET propone hablar de *dependencia política* de las personas morales para eliminar la palabra nacionalidad.

⁷⁴ Ley de 1.ª de mayo de 1930 modificando el art. 31 de la ley de 24 de julio de 1867.

⁷⁵ Algunas sociedades han intentado hacerlo por razones fiscales. El cambio de domicilio ha sido anulado, al menos cuando hubiese tenido como consecuencia el colocar a la sociedad bajo el imperio de una ley distinta de la de la metrópoli. Tribunal Sena, 6 de julio de 1935, S. 1936, 2, 65, nota SOLUS; IGIER, *Des sociétés de commerce qui ont leur siège à la colonie*, tesis, París, 1936 y COSTE-FLORET, *le transfert du siège social* (*Revue de droit commercial*, 1938, pág. 577).

⁷⁶ V. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. II, n.º 761 y las decisiones citadas en relación con la guerra de 1914. Añádase para la guerra de 1939: Tribunal Sena, 16 de noviembre de 1939, D. H., 1940, 11; Sala de admisión de recursos, 9 de enero de 1940, S. 1943, 1, 72.

cación ha resucitado la vieja idea de que la personalidad moral es ficticia. Hay personas morales extranjeras disimuladas como francesas. Se las puede dejar actuar cuando los intereses en litigio son intereses privados, cuya reglamentación no depende de la nacionalidad; pero, desde el momento en que se trate de una cuestión que afecta al derecho público hay que restablecer la verdadera nacionalidad. Sólo las sociedades verdaderamente francesas pueden aspirar a los derechos propios de la colectividad francesa.

Con mayor razón es necesario mostrarse más severo cuando la ley reserva a los nacionales el ejercicio de algunas industrias o de determinados comercios. Entonces hay que exigir que la dirección de la empresa sea confiada a franceses. Las leyes que tienen por objeto la explotación de los barcos y de las aeronaves, de los transportes por carretera, de las agencias de viajes y de las concesiones de servicios se multiplican en una época de nacionalismo económico⁷⁷. Las condiciones legales no son, por otra parte, siempre las mismas y se observa alguna incoherencia en estas reformas.

En razón de exigir condiciones particulares para la concesión de la nacionalidad, estas leyes confirman la idea de que existen sociedades francesas. De esta manera, las personas morales se integran en la comunidad. Pero es únicamente para ejercer derechos. Hay, es cierto, la carga del impuesto y el Estado se la hace sentir más duramente que a los particulares. Sin embargo, no puede ir demasiado lejos por este camino, porque pondría en fuga a las sociedades. Algunos Estados se han mostrado particularmente acogedores ofreciendo un país de refugio a las sociedades que deseen vivir sin ser devoradas por el fisco⁷⁸.

⁷⁷ Para los buques la ley atiende a la propiedad del barco (dictamen del Consejo de Estado de 15 de abril de 1887, Ley de 7 de abril de 1902, art. 1 y Decreto de Aduanas de 28 de diciembre de 1926) e igualmente para las aeronaves (Ley de 31 de marzo de 1924, art. 5). Para los transportes por carretera, D. L. 12 de diciembre de 1938; para las agencias de viajes, Ley 19 de marzo de 1929, art. 26; para las concesiones de servicios públicos, D. L. 12 de noviembre de 1938. V. también un D. L. De 12 de noviembre de 1938 sobre la inscripción en el registro mercantil y la expedición de la carta de identidad de comerciante extranjero.

⁷⁸ Antes de la guerra se mencionaban los favores concedidos por el Gran Ducado de Luxemburgo a las sociedades *bolding*. ¡Según una orden ministerial sólo se tomaba en cuenta una sociedad!

37. *Naturaleza sobrehumana de las personas morales*

Tal es la vida singular de estas personas morales que hacen el comercio junto a las personas físicas y con ellas. Estamos lejos de la igualdad que se reputa que existe entre los sujetos de derecho. Son verdaderamente monstruos. Empleo esta palabra sin ningún sentido peyorativo y sólo para poner de relieve la enormidad de su masa y la audacia de su acción.

Para señalar la superioridad aplastante de estas personas morales será preciso aún mostrar la desproporción del poder económico que existe entre ellas y las personas físicas. Hemos dado ya una idea general de esta cuestión al describir la conquista de las empresas por las sociedades por acciones. Algunas de éstas poseen en Francia mil millones de capital. Sus balances acusan la importancia de su fortuna, que casi siempre es superior a la que confiesan⁷⁹.

El legislador se inquieta de la audacia de su acción. Sabe que la quiebra no es suficiente para amedrentarlas, a causa de sus sanciones eventuales. Entonces, amenaza a los administradores mismos con la pérdida de derechos que entraña la declaración del estado de quiebra. Crea contra ellos delitos especiales a fin de asegurar la normalidad de la vida social. Las reglas relativas a los delitos y a las penas se incorporan a las leyes mercantiles. Se tiene la desagradable impresión de una represión constante⁸⁰. La doctrina habla de un derecho penal de las sociedades. El público llega a la conclusión de que el capitalismo provoca o cubre todas las combinaciones fraudulentas.

No obstante, la vida de las personas morales no es más deshonesta que la de las personas físicas. Son pocas las faltas culpables. Lo que ocurre es que al derrumbarse uno de estos gigantes produce un estruendo tal que el eco se repite largo tiempo. El escándalo alcanza a veces a financieros y hombres políticos y la multitud generaliza con una simplicidad que entraña una evidente injusticia.

⁷⁹ La mayor parte de los balances dan al activo social una estimación inferior a su valor efectivo y las sociedades constituyen así reservas ocultas considerables.

⁸⁰ ROUSSELET, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, 1938; CONSTANTIN ET GAUTRAT, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, 1937 y CAUJOLLE, *Le droit pénal des affaires*, 1942.

El capitalismo ha introducido en la vida unos gigantes semejantes a aquellos que la imaginación de Wells hacía descender del planeta Marte en los alrededores de Londres. No han sido creados para destruir: son los servidores de nuestras necesidades. Pero no se ha de pretender convencernos de que han sido creados a imagen del hombre y hechos a su medida. Si han adoptado la apariencia humana es sólo para prevalecerse de la igualdad de derechos. En realidad, estas personas morales no son personas, pues ni tienen un cuerpo susceptible de sufrir, ni un alma enamorada de un ideal. Son autómatas. Las sociedades han sido creadas tomando como modelo al hombre. No hay que dejarse engañar por la ilusión de su forma humana.

§ 3. LA GRAN ILUSIÓN DE LOS ACCIONISTAS

38. *La unión contractual de los accionistas*

Para incorporar a una sociedad igualitaria unas personas dotadas de tales riquezas y poder es preciso tranquilizar a la opinión. Mientras se ha considerado como ficticia la personalidad moral fue fácil decir que los bienes de la sociedad pertenecían en realidad a los accionistas. Cuando se afirmó la realidad de la persona moral, se siguió diciendo lo mismo. Es cierto que no podría tratarse de una propiedad indivisa, puesto que el Código civil francés (art. 529) había prescrito que los accionistas no tienen un derecho de propiedad sobre los inmuebles pertenecientes a la sociedad. Pero se podía imaginar un derecho de una naturaleza particular, que tendría un carácter individual.

Al mismo tiempo, el régimen capitalista pudo vanagloriarse de haber democratizado la propiedad al hacerla accesible a todos. La importancia del capital social no asustará a nadie puesto que está fraccionado entre miles de personas⁸¹. Hay más de 60.000 accionistas del *Crédit Foncier de France*, más de 80.000 de la *Compagnie P.L.M.*, más de 100.000 de las minas de Lens y más de 150.000 de la *Société générale* y del *Bon Marché*. Su número sigue aumentando. Se ha comprobado en la expe-

⁸¹ CLAUDIO JANNET (*Le capital, la spéculation et la finance au XIX^e siècle*, 1892, pág. 32) insiste mucho sobre esta idea.

dición de títulos nominativos que muchos accionistas no poseen más de uno o dos títulos⁸². Esto permite pasar por alto los grandes paquetes de acciones y enternecerse, con fervor democrático, a favor de los pequeños accionistas.

Hay que leer en la discusión que tuvo lugar en el Senado francés en 1934 las palabras afectuosas que les fueron dirigidas por el Sr. Lesaché, autor de la proposición de reforma: «Los accionistas que poseen un pequeño número de acciones se cuentan por millares. De manera que el activo de las que corrientemente se denominan las grandes bancas o las grandes compañías no es propiedad de algunos grandes magnates, como se cree generalmente, sino más bien, propiedad de millones de modestas personas que han economizado céntimo a céntimo para adquirir una acción y que nosotros tenemos el deber de proteger». El Ministro de Justicia, Henri Chéron, subrayó con un «Muy bien» esta declaración.

A los accionistas se les llama propietarios y dueños de la empresa y, como en otra sesión, el Sr. Milliès-Lacroix expusiera algunas dudas acerca de la posibilidad por parte de los accionistas de dirigir la sociedad, el Sr. Lesaché replicó: «La interrupción de S. S. Me sorprende, pues significa simplemente que los pequeños accionistas no tienen ningún derecho de examen, que no son ni bastante inteligentes ni instruidos y que deben permanecer en sus casas. Yo pretendo, por el contrario, que los pequeños accionistas tienen derecho a intervenir en las sociedades y que

⁸² Por ejemplo en el *Crédit Foncier de France*, 4.012 accionistas poseen una sola acción. Los certificados nominales de las compañías de ferrocarriles que indican el número de acciones poseídas por el titular acusan una difusión cada día mayor de los títulos: 28 en 1860, 9 en 1890 y para las obligaciones: 42 en 1860, 36 en 1910 y 32 en 1920. En cuanto a los títulos al portador: 32% de los accionistas poseen un solo título. En 1932 los portadores se dividen de la siguiente manera: 1 acción, 22,6%; 2 a 10 acciones, 50,4%; 11 a 50 acciones, 23% y más de 50 acciones, 4%. En relación a la Banca de Francia, 44% de los accionistas poseen una sola acción y 66% una o dos acciones. V. MAURICE DUVAL, *Pour qui vivent et travaillent les sociétés*, 1938. ROBERT FABRE (*Droit social*, 1945, pág. 140) da indicaciones acerca de la dispersión del capital entre los poseedores de valores de las minas de carbón. En 1944 había en las minas de Lens 105.000 accionistas o se seis veces más que obreros y muchos de éstos se contaban entre los accionistas. Los poseedores de 500 y más acciones representaban el 14% del capital.

no se les debe considerar como una cantidad despreciable». En este lugar el texto del *Journal Officiel* consigna un doble «Muy bien».

La democracia parlamentaria viene hábilmente en ayuda del capitalismo, pues mantiene en los accionistas la gran ilusión y adula el espíritu de igualdad.

Pero, por su parte, los juristas hacen lo que pueden para dar confianza a los espíritus. La sociedad por acciones, dicen, no es otra cosa que un contrato. Ha nacido del antiguo contrato de sociedad, por el juego de unas cláusulas que autorizan la cesión de las partes sociales y la limitación de la responsabilidad. Si el legislador no las hubiera reconocido, la práctica las hubiese creado espontáneamente. Ya al final del siglo XVIII se formaron sociedades de capitales por la transformación de sociedades de personas. El legislador ha intervenido para prohibir y no para permitir. Hay, decía CLAUDIO JANNET, una «legitimidad intrínseca» de la sociedad anónima y añadía: «Nada es más legítimo que esta forma de asociación; casi se puede decir que es de derecho natural en virtud del principio de la libertad de los contratos»⁸³. En los trabajos preparatorios de la ley de 1867 uno de los oradores hacía esta observación sorprendente: que la sociedad debe ser libre porque el contrato matrimonial regula libremente el estatuto del matrimonio. La idea profunda es la de la autonomía de la voluntad. Los accionistas son unos co-contratantes que son dueños de sus estipulaciones.

Así se disipa el terror que podían inspirar las sociedades anónimas. Puesto que dependen enteramente de la voluntad soberana de millares de accionistas, no hay por qué temer su influencia. Es evidentemente un instrumento del capitalismo, pero no se podía imaginar otro mejor, ya que permite conceder a cada accionista una parte de los beneficios que da la concentración de capitales.

39. Crítica de la concepción contractual

Hay que destruir esta gran ilusión y para ello hay que empezar por confesar que los juristas han mantenido erróneamente la idea de que la sociedad por acciones se crea y vive por el juego del contrato.

⁸³ Ob. Cit., págs. 161 y 165.

Tienen la excusa de que el legislador ha favorecido este error. La ley de 24 de julio de 1867 ha sido defendida en virtud del principio de la libertad de los contratos. No hace distinción alguna entre las sociedades que se forman porque siete asociados, reunidos alrededor de una mesa, firman un acta de constitución y aquellas que, a través de las bancas, lanzan una invitación al público para reunir los capitales necesarios. La ley ni tan siquiera habla de la fundación de la sociedad. Ha sido necesario que la jurisprudencia, dándose cuenta de que una gran sociedad ha sido con toda evidencia creada por alguien, aislara la personalidad de los fundadores para hacerles soportar cierta responsabilidad⁸⁴. El legislador empieza a apercibirse, siguiendo por otra parte a algunas leyes extranjeras, de que la creación de una gran sociedad es sucesiva y no simultánea⁸⁵. Lo dicho es suficiente para destruir la idea de contrato.

¿La suscripción por parte de cada accionistas futuro tiene el valor del consentimiento dado por cada asociado a la formación del contrato? Así lo decía en otro tiempo la doctrina francesa. La jurisprudencia francesa habla aún del «contrato de suscripción»⁸⁶ y esta expresión se encuentra en una ley reciente⁸⁷. Pero si existiese realmente un contrato creador, este contrato tendría lugar entre los distintos asociados. ¿Cómo podrían hacerlo? Si ni tan siquiera se conocen. No se puede esperar que los unos tengan para con los otros aquella *affectio societatis* que, según los juristas, debía colorear su consentimiento. Además, hasta estos últimos años, no conocían tampoco los estatutos de la sociedad el día en que firmaban su boletín de suscripción y su consentimiento sólo podía referirse a la naturaleza pero no al objeto del contrato⁸⁸. Por esta

⁸⁴ PERCEROU, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, tesis, Dijon, 1896; CLAUDEL, *De la notion du fondateur dans les sociétés anonymes*, tesis, Toulouse, 1935.

⁸⁵ Decreto-Ley de 31 de agosto de 1937 modificando el art. 1 de la ley de 24 de julio de 1867.

⁸⁶ Casación, Sala de admisión de recursos, 22 de abril de 1941, D. A. 1941, 243.

⁸⁷ Decreto-Ley de 31 de agosto de 1937 modificando el art. 1, párrafo 4 de la ley de 24 de julio de 1867.

⁸⁸ El Decreto-Ley de 31 de agosto mencionado en la nota anterior ha obligado al fundador a depositar el proyecto de estatutos en la secretaría del tribunal de comercio, antes de lanzar la suscripción.

razón, los que hablan del contrato de suscripción imaginan que este contrato tiene lugar entre el accionista y la sociedad, lo que es imposible de comprender puesto que la sociedad no existe todavía. Entonces ha surgido la necesidad de suponer un contrato celebrado entre el suscriptor y los fundadores de la sociedad y como es necesario transferir su provecho a ésta, se ha imaginado una estipulación por cuenta ajena o una gestión de negocios. Se trata de procedimientos técnicos de los cuales los juristas modernos han usado abundantemente para tratar de respetar las antiguas reglas, cuando éstas no podían adaptarse a las nuevas operaciones. Pero todo esto son disquisiciones filosóficas. El que firma un boletín de suscripción no concluye ningún contrato, pide simplemente beneficiarse de las ventajas de su creación⁸⁹.

En todo caso, aquel que compra una acción en Bolsa, puede difícilmente imaginar que se convierte en un asociado, en el sentido antiguo y real de este término. A menudo, no conoce la naturaleza ni el domicilio de la empresa. Elige al azar los títulos que le designa su agente de cambio o su banquero. Los revenderá dentro de algunos días o de algunos meses y poco se preocupa del número y del carácter de los otros accionistas o de los representantes de la sociedad. Constituye un señalado abuso del razonamiento lógico ver en este comprador el sucesor del asociado primitivo. La sociedad es una sociedad de capitales y no de personas⁹⁰.

40. La teoría institucional de la sociedad mercantil

Es igualmente abusivo querer encontrar los efectos del contrato en las manifestaciones de la vida social.

Una sociedad por acciones obedece a la ley de la mayoría, y esta mayoría no está calculada por cabezas, sino por acciones. Sería preciso, pues, suponer que la minoría ha consentido aceptar, por anticipado, las decisiones de la mayoría. Este es, en efecto, el razonamiento que hacen

⁸⁹ V. THIBAUT-LAURENT, *De la nature juridique de la souscription à une société anonyme* (*Revue de droit commercial*, 1942, pág. 261).

⁹⁰ V. LACHMANN, *De la transformation de la société anonyme moderne*, tesis, Grenoble, 1937, el cual distingue dos grupos de accionistas: los permanentes y los nómadas.

los juristas para explicar que un contratante está obligado a inclinarse contra su voluntad ante una decisión de la asamblea. Pero este consentimiento anticipado solamente podría ser válido si recae sobre un objeto determinado. Ahora bien, la asamblea general de accionistas toma decisiones que no han podido ser previstas en el momento de la formación de la sociedad. Más aún, reunida en condiciones especiales de *quorum*, puede votar por una mayoría determinada modificaciones de los estatutos, es decir, puede destruir el supuesto contrato.

Es una cuestión que ha sido en otros tiempos discutida con ardor por los juristas. La ley de 1867 no indicaba cuáles eran los poderes de la asamblea general extraordinaria. Pero parecía imposible que pudiese aportar modificaciones a los estatutos, que los accionistas no habían previsto. Por esta razón, se tenía buen cuidado de insertar en el acta de constitución de la sociedad las modificaciones realizables, lo que permitía alegar una aceptación anticipada y respetar así, teóricamente, el contrato. Pero pronto la jurisprudencia admitió que la asamblea general tenía el derecho de votar modificaciones que no habían sido previstas. Se afirmaba entonces, siempre para respetar el contrato, que la asamblea no podía modificar las bases esenciales del pacto social. El legislador para poner fin a toda discusión, ha decidido en dos intervenciones sucesivas que, bajo dos reservas, la asamblea general es omnipotente⁹¹. Está permitido aumentar o disminuir el capital social, destruir la igualdad entre los accionistas por la creación de acciones de prioridad, crear o suprimir reservas extraordinarias e incluso, en determinadas condiciones de *quorum* y de mayoría, cambiar el objeto y la forma de la sociedad. El respeto del pacto social se sacrifica a la necesidad de hacer viable, a cambio de las modificaciones necesarias, el ser que ha sido creado.

De esta manera, la sociedad que cambia y se transforma deja de aparecer a algunos autores bajo la forma jurídica del contrato y dicen que es una *institución* al mismo tiempo que ponen de relieve la novedad de este punto de vista⁹². ¿Es realmente tan nuevo? Desde mucho tiempo

⁹¹ Leyes de 22 de noviembre de 1913 y 1.ª de mayo de 1930 que modifican la ley de 24 de julio de 1867 (art. 31).

⁹² GAILLARD, *La société anonyme de demain*, 2.ª ed., 1933.

antes los juristas observaban que la palabra sociedad tiene un doble sentido y designa, a la vez, el contrato creador y la persona moral creada⁹³. La teoría de la institución está de moda. La expresión es, sin embargo, muy vaga. En el derecho privado apenas toma sentido si no es por contraposición al contrato⁹⁴. Pero hasta aquí nada útil se ha conseguido, con esta análisis jurídico. Hay que proseguirlo. No basta con decir lo que es la sociedad, es necesario decir lo que es.

41. La organización democrática de la sociedad por acciones

Una sociedad mercantil no es un Estado dentro del Estado, puesto que no tiene ni soberanía ni territorio, pero ha sido concebida tomando como modelo al Estado. Es una agrupación de fuerzas destinadas a reunir y emplear capitales. Esta agrupación copia la forma del Estado democrático.

Una sociedad anónima es legalmente el tipo perfecto de democracia con gobierno popular⁹⁵. La soberanía la ejerce la asamblea general. Los accionistas no forman solamente un colegio electoral llamado a elegir a sus representantes puesto que la asamblea ejerce el poder. Como toda asamblea política se la convoca en determinadas formas, se reúne bajo la autoridad de una mesa, delibera según un orden del día y vota⁹⁶. Adopta las decisiones más importantes, relativas, por ejemplo, a la enajenación de inmuebles y empréstitos obligatorios, aprueba las cuentas y el balance, fija el dividendo y decide su distribución y constituye las reservas o las suprime⁹⁷. Reunida con carácter extraordinario y bajo ciertas condiciones de *quorum* y de mayoría, modifica los estatutos.

⁹³ PARDESSUS, *ob. Cit.*, t. IV, págs. 1 y 16.

⁹⁴ RENARD, *L'institution*, 1923; *La philosophie de l'institution*, 1939; HAURIU, *Théorie de l'institution*, 1935; DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique juridique*, tesis, París, 1934.

⁹⁵ W. SOMBART, *L'apogée du capitalisme*, t. III, pág. 239.

⁹⁶ No existen reglas legales relativas a la forma de la asamblea. Es la práctica la que ha impuesto la constitución de una mesa, el modo de votación y el derecho del presidente de mantener el orden y dirigir los debates de la reunión.

⁹⁷ La ley no reparte la administración de la sociedad entre la asamblea y el consejo de administración. En general, los estatutos contienen una cláusula relativa a la distribución de poderes.

La asamblea ejerce un poder soberano. Está obligada ciertamente a respetar las reglas legales imperativas y la jurisprudencia admite el recurso de los accionistas contra las decisiones que constituyen un abuso de poder por parte de la mayoría⁹⁸ o una violación de los derechos individuales de los accionistas. Pero esta fiscalización judicial se armoniza perfectamente con el espíritu de un régimen democrático. La democracia norteamericana, por ejemplo, admite un recurso por inconstitucionalidad de las leyes.

Los administradores y los comisarios han sido considerados por el Código de comercio francés y la ley de 1867 como los mandatarios de los accionistas, revocables *ad nutum* por aquellos que los han nombrado. No hay que dejarse engañar por la palabra *mandato*. Si se la emplea es en sentido que le da el derecho público. Éste conoce la idea, porque ha sido construido sobre nociones de derecho privado, pero estamos hoy lejos de las ideas de la Revolución francesa acerca del carácter imperativo o revocable del mandato dado a los elegidos por los electores. Admitimos que designados por un colegio electoral, los elegidos representan no a aquellos que los han nombrado sino a la nación entera. Hay que admitir igualmente que los administradores y los comisarios están encargados de administrar y vigilar la sociedad, pero que son *órganos* y no representantes de la misma. En relación a los comisarios una sentencia reciente ha decidido que la asamblea no podía en el curso de su mandato revocarlos libremente⁹⁹. En algunas leyes extranjeras la misma solución prevalece respecto de los administradores¹⁰⁰.

Así en la sociedad mercantil como en el Estado existen un poder legislativo y un poder ejecutivo. Incluso, anteriormente, había un poder judicial, pues, según el Código de comercio, el arbitraje era obligatorio, regla que fue suprimida por la ley francesa de 17 de julio de 1856.

⁹⁸ R. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, tesis, París, 1928.

⁹⁹ París, 26 de junio de 1943, D. 1945, 151, nota de G. RIPERT; S. 1945, 2, 69 nota de BOITARD. V. DECUGIS. *La révocabilité ad nutum des commissaires aux comptes (J. Des Sociétés*, 1944, pág. 1).

¹⁰⁰ La ley alemana de 30 de enero de 1937 solamente permite la revocación de los directores por «razones graves». Respecto de la práctica inglesa, V. DECUGIS, *ob. Y loc. Cits.*

La concepción contractual ha impuesto el régimen democrático y la expresión *contrato social* es, en este caso, de una exactitud absoluta. La agrupación se crea por el contrato. Los contratantes conservan la soberanía pero la delegan. Jurídicamente, son los dueños absolutos de la sociedad. Los accionistas saben que su poder es más teórico que efectivo, pero se sienten adulados de ver su derecho reconocido. La democracia embriaga de ilusiones a los electores.

42. *El abandono voluntario de los accionistas*

La concepción democrática de la sociedad mercantil no ha resistido a las necesidades económicas. Se ha defendido durante un cierto tiempo gracias a la consideración de que la sociedad ha sido creada sobre una base contractual. Pero a medida que la idea de institución se ha afirmado, la fragilidad del principio democrático se ha puesto de manifiesto. ¿Cómo admitir, prácticamente, el gobierno directo del pueblo cuando se trata de cuestiones técnicas o financieras? ¿Qué competencia cabe que tenga la asamblea general para aprobar el balance, fijar el dividendo, constituir reservas, decidir un empréstito obligatorio y con mayor razón, para modificar los estatutos, aumentar o reducir el capital y rescatar las participaciones sociales? De hecho, la decisión de la asamblea es una aprobación ciega de una decisión previa del consejo de administración.

La asamblea se llama general. ¡Qué ilusión! ¿Es que sería posible celebrar una asamblea general si a todos los accionistas se les ocurriese asistir a ella? «Dadme el campo de Châlons, decía un administrador, pues tengo que reunir a cuarenta mil accionistas». Se ha tenido que reconocer la validez de la cláusula estatutaria que exige la posesión de un cierto número de títulos para tener acceso a la asamblea. La cláusula es tan corriente que la ley se ha visto obligada a conceder a los pequeños portadores de títulos la facultad de agruparse¹⁰¹.

Una acción, un voto, es la regla lógica de la igualdad, puesto que la sociedad mercantil es una sociedad de capitales y no de personas. En la

¹⁰¹ Ley de 1.ª de agosto de 1893, art. 4, mod. Ley de 24 de julio de 1867, art. 27.

práctica se ha intentado utilizar las acciones preferentes para crear acciones de voto plural. El legislador francés las ha prohibido como contrarias a la igualdad¹⁰². Pero si los estatutos limitan el número máximo de votos de que puede disponer cada accionista, esta cláusula no se considera ilícita y el propio legislador no ha vacilado en hacerlo¹⁰³.

Llamados una vez al año a la asamblea general los accionistas no se conocen, ni tienen conciencia alguna de sus intereses comunes. Algunos han adquirido sus títulos la víspera de la asamblea y los revenderán al día siguiente. Ha sido necesario rechazar el acceso a la asamblea a aquellas personas que poseían los títulos en calidad de acreedores pignoratícios, pero la exclusión no se ha extendido a los títulos dados en *report*, lo que dio lugar en otros tiempos a un caso célebre¹⁰⁴. La forma al portador permite, por otra parte, a cualquier persona presentarse como accionista, depositando títulos que no le pertenecen.

El accionista no se preocupa de asistir a la asamblea general para oír la lectura de una memoria, de la cual no comprende nada y votar maquinalmente unas proposiciones preparadas de antemano. Es necesario atraerlo mediante una indemnización de asistencia. En la mayoría de los casos, el accionista firma un mandato en blanco que le ha sido remitido por la sociedad o por un banquero¹⁰⁵ para hacerse representar por un mandatario que no conoce.

Si entra en la sala de reunión se da cuenta de que muy pocos asociados se han molestado en cumplir esta formalidad. El texto de las proposiciones ha sido preparado por los administradores. La votación tie-

¹⁰² La ley de hacienda de 26 de abril de 1930 (art. 6) y Ley de 13 de noviembre de 1933. Las acciones de voto plural han sido admitidas en algunas legislaciones extranjeras. La ley francesa se limita a dar un doble voto a las acciones nominales que están inscritas desde hace dos años a nombre del mismo accionista.

¹⁰³ La ley de 24 de julio de 1867, art. 27, limita a 10 el número de votos en la asamblea de constitución. La ley de 1.ª de marzo de 1930 que modifica el art. 31. La ley de 1867 autoriza la limitación estatutaria.

¹⁰⁴ París, 19 de abril de 1875, D. 75, 2, 161; S. 76, 2, 112; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5.ª ed., t. IV, ns. 988 y sigtes. y ED. ALLIX, *Des reports dans la Bourse des valeurs*, 1900.

¹⁰⁵ CORDONNIER, *L'usage des pouvoirs en blanc, dans les sociétés* (J. Des Sociétés, 1934, pág. 419).

ne lugar levantando las manos. Si algún indiscreto intenta plantear una cuestión, causa escándalo. Por otra parte, los administradores no están obligados a contestarle ¹⁰⁶. Incluso, a veces, se deciden por anticipado las cuestiones a plantear y las correspondientes respuestas ¹⁰⁷.

El orden del día ha sido fijado ¹⁰⁸ y debe ser seguido, no se pueden introducir en el debate cuestiones nuevas, salvo cuando son de tan poca monta que pueden considerarse como ruegos y preguntas. Los administradores se benefician de esta limitación indirecta de los poderes de la asamblea pues su revolución no puede ser propuesta y votada súbitamente.

La asamblea está llamada a elegir a los administradores y comisarios. La mayoría de los accionistas ignoran los nombres de aquellos que se considera que ellos eligen. Los administradores en ejercicio designan por sí mismos los candidatos a los puestos vacantes y con frecuencia los estatutos les reconocen, en estos casos, el derecho de co-optación, bajo reserva de ratificación por la primera asamblea. En cuanto a los comisarios, en otros tiempos, eran propuestos libremente por los administradores a la asamblea. Una reforma reciente ha impuesto ciertas reglas de elección ¹⁰⁹, pero son siempre los administradores quienes, de hecho, los designan al voto de la asamblea.

En la asamblea se leen la memoria del consejo y los informes de los comisarios pero es inútil multiplicar su número y precisar su objeto ¹¹⁰ puesto que, en general, se trata de una lectura rápida de cifras, que tiene lugar en medio de la indiferencia de los reunidos.

Los accionistas se resignan a no comprender nada y a no saber nada, pues tienen confianza en los administradores. El régimen democrático de las sociedades mercantiles conduce al triunfo de una pequeña minoría de capitalistas. Es una democracia que acaba en plutocracia.

¹⁰⁶ FOMBART, *ob. Cit.*, t. II, pág. 240.

¹⁰⁷ JAMES, *ob. Cit.*, pág. 203.

¹⁰⁸ GIVORD, *L'ordre du jour dans les assemblées générales* (Rev. De droit commercial, 1939, pág. 467).

¹⁰⁹ Decretos-ley 8 de agosto de 1935 y 30 de julio de 1937 que modifican la ley de 24 de julio de 1867, art. 33.

43. *El legislador se esfuerza inútilmente por mantener los poderes de la mayoría*

El legislador se ha dado cuenta de este hecho. Al mismo tiempo, algunos escándalos o simplemente algunas quiebras ponen de manifiesto, de tanto en tanto, los peligros de una confianza mal depositada. De ahí una serie de reformas. Todas ellas se adoptan con arreglo al mismo programa, la defensa del ahorro, es decir, la protección de aquellos que aportan sus fondos y temen que sus aportaciones sean mal administradas.

La finalidad es laudable y hay que aprobar las medidas que imponen una mejor verificación de las aportaciones y del pago de los títulos ¹¹¹ y una mejor reglamentación de las condiciones de la emisión ¹¹². Pero cuando se trata del funcionamiento de la sociedad, el legislador sigue obstinadamente aferrado a la idea de la soberanía de la asamblea. El mal, a sus ojos, nace de que los accionistas han abandonado los derechos que les corresponden. Hay que restituirles sus poderes, defenderlos contra la oligarquía de los administradores, mantener rigurosamente la igualdad entre ellos y darles el medio de comprender los asuntos sociales.

Citaré aquí, aun suponiéndolas conocidas, las principales reformas llevadas a cabo en el derecho francés. Lo notable es que ninguna de estas reformas ha logrado su propósito. El legislador se proponía algo imposible: sacudir la indiferencia de los accionistas.

Con el fin de permitirles la entrada en las asambleas a pesar de la cláusula de los estatutos que impone la posesión de un cierto número de acciones, la ley francesa de 1.º de agosto de 1893 les ha dado la facultad de agruparse y de hacerse representar por uno de ellos. El único resultado de esta reforma ha sido la intensificación del uso de los *mandatos en blanco*. Los accionistas a instancia de los administradores y de

¹¹⁰ Decreto-ley 8 de agosto de 1935 que modifica el art. 34 de la ley de 1867. Ley de 4 de marzo de 1943 que modifica el art. 40 de la misma ley.

¹¹¹ Decretos-ley 8 de agosto de 1935 y 31 de agosto de 1937 que modifican los arts. 1, 3 y 4 de la ley de 1867.

¹¹² Ley de 30 de enero de 1907 (art. 3). Decretos-ley 8 de agosto y 30 de octubre de 1935 sobre los intermediarios que se dedican a colocar valores por cuenta ajena. Decreto-ley 31 de agosto de 1937 que modifica la ley de 24 de julio de 1867, art. 1.

las bancas firman una procuración que permite a aquéllos y a sus amigos formar la mayoría de la asamblea. Ha sido propuesto el poner fin a esta práctica abusiva. Pero si se suprimían estos mandatos en blanco, jamás se alcanzaría el *quorum*. Además, habría que cargar con los gastos de varias convocatorias sucesivas y finalmente la última asamblea se celebraría con el concurso de unos pocos accionistas y el peligro de una mayoría constituida al azar.

La práctica ha imaginado unos *convenios relativos al derecho de voto*, especialmente en los *sindicatos de bloqueo* de títulos. La ley de 13 de noviembre de 1933 (art. 4) ha declarado nulas todas las cláusulas o pactos que tengan por objeto o por efecto menoscabar el libre ejercicio de este derecho. El derecho de voto del accionista no puede ser objeto de ningún pacto lícito al igual que el voto del ciudadano. Pero ya reaparece la práctica de ciertos, acuerdos que los tribunales franceses vacilan en declarar ilícitos, porque los acuerdos entre los accionistas antes de la asamblea son a veces, una cosa útil ¹¹³.

La igualdad de los electores se encontraba comprometida por la creación de *acciones de voto plural*, cuya validez había sido admitida, después que el legislador había autorizado la emisión de acciones preferentes. Era «el fascismo de los accionistas» ha dicho un autor ¹¹⁴. El legislador ha suprimido estas acciones. Pero ha permitido conceder un voto doble a las acciones nominales que reúnen unas determinadas condiciones que atestiguan la fidelidad del accionista a la sociedad ¹¹⁵.

¿Por qué razón han de asistir los accionistas a las asambleas? Para atraerlos, sería necesario que los debates pudiesen apasionarlos. Ahora bien, la discusión es rara. En la mayoría de los casos, se trata de memorias discretas que sólo dan sobre los asuntos sociales un mínimo de detalles. El legislador ha intentado que se exponga la política de la sociedad ante el pueblo soberano. A este efecto ha aumentado los poderes

¹¹³ Trib. Sena, 11 de enero de 1938, *Gaz. Palais*, 25 de marzo; *J. Des Sociétés*, 1938, pág. 301, nota BOSVIEUX. V. TUNG, *Les conventions relatives au droit de vote* (*Rev. De droit commercial*, 1942, pág. 97) y BOSVIEUX, *J. Des Sociétés*, 1939, pág. 65.

¹¹⁴ FRIED, *ob. Cit.*, pág. 171.

¹¹⁵ Ley 13 de noviembre de 1933. V. SOLUS, *Le nouveau régime des actions à droit de vote privilégié*, 1934.

de los comisarios, les ha impuesto mencionar en sus informes los cambios realizados en la forma del balance y presentar un informe especial sobre las operaciones efectuadas entre la sociedad y los administradores ¹¹⁶. Estos informes no son muy explícitos y se escuchan en medio de la indiferencia. Sería necesaria mucha experiencia para discutirlos. Nadie se atreve a hacerlo.

En la mayoría de los casos, el legislador, que sabe bien que los accionistas no sabrán defenderse por sí mismos, toma su defensa amenazando con sanciones penales a aquellos que atenten a sus derechos. Las leyes recientes sobre las sociedades mercantiles contienen un código de delitos y penas: creación de una mayoría ficticia, participación en una votación como propietario de acciones pertenecientes a otra persona ¹¹⁷, uso de poderes y de votos contrario a los intereses de la sociedad con un fin personal o para favorecer a otra sociedad ¹¹⁸ y presentación de balances falsos o inexactos ¹¹⁹.

Este rigor de la ley penal da confianza a los accionistas, pero, al mismo tiempo, les incita a confiar en la vigilancia de los comisarios y del ministerio público. La asistencia a las asambleas les parece más inútil todavía. Las grandes sociedades han tomado la costumbre de imprimir un resumen de la actividad social durante el ejercicio y de mandarlo a sus principales accionistas. Es dudoso que sea muy leído.

Los accionistas no sienten las preocupación del ejercicio de su soberanía y saben bien que un gobierno democrático directo no conviene a la gestión de sus intereses. «Democratizar el gobierno de la sociedad por acciones, dice TRUCHY, es una expresión que carece de sentido» ¹²⁰.

¹¹⁶ Decretos-ley 8 de agosto y 30 de octubre de 1935 que modifican el art. 34 de la ley de 24 de julio de 1867.

¹¹⁷ La ley de 24 de julio de 1867 (art. 13, § 3) no preveía más que el delito de formación de mayoría ficticia. El decreto-ley de 29 de noviembre de 1939 ha modificado el texto y declarado delitos nuevos hechos.

¹¹⁸ Decreto-ley 8 de agosto de 1935 que añade un párrafo 7 al art. 15 de la ley de 1867.

¹¹⁹ Decreto-ley 8 de agosto de 1935 que modifica el art. 15, § 5 de la ley de 1867.

¹²⁰ Prefacio, pág. IX, a la obra de E. JAMES, *Les formes d'entreprises*.

44. *La supuesta propiedad de los accionistas*

A falta de un poder efectivo, sería cómodo mantener la idea teórica de que la propiedad pertenece a los accionistas. El régimen capitalista no desea otra cosa, ya que en nada le molesta, puesto que se trata de una propiedad sin derecho a dirigir. ¡De qué mejor protección pudiera gozar la empresa que de la de estos miles de accionistas, «los pequeños accionistas», cuya propiedad hay que respetar! En el momento de la ocupación de las fábricas, en 1936, se decía con indignación a los obreros: «Despojáis de sus bienes a unos hombres que no son más ricos que vosotros».

No obstante, el jurista conoce el accionista propietario. Esta condición sería la negación misma de la personalidad moral atribuida a la sociedad. El Código civil francés (art. 529) al dar a las acciones carácter mobiliario, cuando la sociedad posee inmuebles, precisa la naturaleza del derecho del asociado. Este no es propietario del activo social ¹²¹.

La palabra propiedad tiene, es cierto, un sentido económico más amplio que su sentido jurídico y puede ser empleada para designar cualquier derecho privativo; por lo demás, los juristas mismos lo comprenden así puesto que hablan de la propiedad de créditos o de acciones. Pero es precisamente en razón de existir una verdadera propiedad de las acciones por lo que no puede haber una copropiedad de la empresa. El accionista tiene un derecho *contra* la sociedad y no un derecho *en* la sociedad.

Esta afirmación pudiera parecer paradójica si no se apoyase en soluciones jurídicas, que se desprenden de la jurisprudencia. La suscripción que firman los accionistas se califica de contrato; pero es un contrato entre el asociado y la sociedad ¹²² que impone a ambas partes obligaciones recíprocas. Si éstas no se cumplen el contrato queda rescindido y la ejecución en Bolsa se considera como la aplicación de una cláusula de rescisión de pleno derecho.

¹²¹ A. BUISSON, *A la recherche d'un ordre économique nouveau* (Revue bleue, 18 de diciembre de 1937, pág. 769. Especialmente pág. 772). Véase también B. DE JOUVENEL, *L'économie dirigée*, pág. 73.

¹²² THIBAUT-LAURENT, ob. Y loc. Cits.

Durante toda la vida social, el accionista se presenta como un acreedor de la sociedad. Desde el momento en que el dividendo ha sido votado es acreedor del mismo y puede reclamarlo junto a los demás acreedores si la sociedad se declara en quiebra ¹²³. Si ha recibido dividendos ficticios no los restituye ¹²⁴. En caso de faltas administrativas puede ejercer una acción individual contra los administradores. Cuando se aumenta el capital social tiene un derecho preferente de suscripción ¹²⁵. La jurisprudencia francesa reconoce que no puede ser despojado de su derecho individual por una decisión de la asamblea general. No se puede, por ejemplo, privarle de su parte en las reservas mediante el rescate de su acción por el importe nominal del título (n.º 121). De estas consideraciones, la doctrina desprende la idea de la existencia de derechos propios del accionista ¹²⁶.

Las soluciones jurisprudenciales mencionadas sólo pueden explicarse porque el accionista tiene un derecho contra la sociedad. Ha hecho una aportación de bienes y es acreedor en razón de ella, luego ya no tiene la propiedad de los mismos. Si jurídicamente el accionista se opone al obligacionista, desde el punto de vista económico hay similitud y no oposición entre ellos. Ambos hacen una aportación de dinero. No tienen los mismos derechos, pero el acto que ejecutan es el mismo. Así se comprende fácilmente que algunas cláusulas estatutarias sitúen en un mismo plano la acción y la obligación ¹²⁷ y se comprende también la naturaleza indecisa de las partes de fundador ¹²⁸.

La sociedad, persona moral, no es un conglomerado de accionistas que poseerían sobre los bienes sociales una especie de propiedad indi-

¹²³ VINCENT, *La nature des prérogatives conférées à l'actionnaire sur le dividende voté par l'assemblée générale* (Revue de droit commercial, 1939, pág. 257).

¹²⁴ La jurisprudencia francesa exigía la restitución con anterioridad a la ley de 24 de julio de 1867. V. Casación, 15 de noviembre de 1869, D. 69, 1, 311.

¹²⁵ Decretos-ley 8 de agosto y 30 de octubre de 1935 y ley 14 de agosto de 1941.

¹²⁶ LECHNER, *Les droits propres des actionnaires*, tesis, Nancy, 1933; DU GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, tesis, Poitiers, 1937. V. n. 121.

¹²⁷ Por ejemplo, la cláusula de interés fijo de las acciones y la cláusula de interés variable de las obligaciones.

¹²⁸ La ley de 23 de enero de 1929 sobre las partes de fundador califica el derecho de los portadores de las mismas de «crédito eventual contra la sociedad» (art. 1, § 2).

visa. Los accionistas han dado su sangre para crear el nuevo ser, pero éste no les pertenece al igual que el hijo no es propiedad del padre. La aportación de capital es definitiva y queda reemplazada por un derecho contra la sociedad.

Por otra parte, los accionistas no lo ignoran. Saben bien que únicamente lo *mío* marca la propiedad. El portador de una acción del Metropolitano no tiene la pretensión de creerse en su casa cuando baja las escaleras de una estación, ni el accionista de la compañía de distribución de electricidad se imagina que usa de una corriente que le pertenece. Todos hablan de la compañía como de un ser extraño y este sentimiento común es el justo y no la construcción jurídica.

No pudiendo considerar a los accionistas como propietarios del capital social, algunos economistas los han convertido en *empresarios* y considerado, de esta manera, como los dueños de la empresa¹²⁹. Reconocen que estos empresarios han abdicado una parte de sus funciones y han renunciado a algunas de las ventajas de su situación. No obstante, quieren mantener su situación jurídica (n.º 120).

Pero otros economistas, por el contrario, denuncian a la sociedad por acciones por haber producido un divorcio entre la propiedad y la empresa, ya que los accionistas son propietarios pero no tienen, de hecho, la dirección de la empresa.

Los accionistas no son empresarios como tampoco son propietarios¹³⁰. Son simplemente las personas que aportan el capital. Son capitalistas interesados en la empresa y ya veremos, más adelante, lo que les corresponde como tales (n.º 124). Es, pues, en vano querer impulsarlos a defenderse y a unirse para asegurar una mejor administración de la sociedad y es singular que se considere que faltan a su deber si no lo hacen¹³¹.

¹²⁹ JAMES, *ob. Cit.*, pág. 19. V. también ANSIAUX, *Traité d'économie politique*, t. I, pág. 130 y BUISSON, *ob. Y loc. Cits.*

¹³⁰ V. SCHUELLER, *La révolution de l'économie*, 1941, págs. 78-80.

¹³¹ En la Semana social de Mulhouse de 1931 consagrada a «La Moral cristiana y los negocios» se han dicho cosas de una candidez singular sobre la vida de las sociedades. El Sr. DUTHOIT, a pesar de ser un excelente jurista, ha reprochado a los accionistas su ignorancia de lo que pasa en la sociedad y les ha aconsejado que se unieran con el espíritu de los Jocistas! (*Vie des affaires et vie chrétienne*, páginas 87-88).

45. *La ilusión de los accionistas y la reforma de las sociedades mercantiles*

De esta manera, se disipa la ilusión que ha sido cuidadosamente mantenida con el fin de ocultar el carácter extraordinario de la sociedad anónima. Esta institución capitalista no puede ser democrática. Hay que tener la valentía de decirlo aunque se la comprometa a los ojos del poder político.

Los juristas siguen durante mucho tiempo razonando sobre conceptos viejos. Nuestro racionalismo, nuestro espíritu de generalización dan de la sociedad una concepción común tanto si se trata de agrupaciones de personas como de conjunción de capitales. Los tratados de derecho mercantil hablan de las sociedades por acciones a continuación de las sociedades de intereses, como si fuesen dos especies de un mismo género. Los autores antiguos estaban más cerca de la verdad que nosotros cuando no consideraban a las compañías con carta real como sociedades mercantiles. Nada hay de común, salvo el nombre, entre una sociedad colectiva y una sociedad anónima.

Si esto no se dijo inmediatamente es que era necesario conquistar la libertad y no había mejor medio que el de presentar a la sociedad anónima como hija de la libertad contractual. Este era el criterio de los parlamentarios de 1867. También era necesario no poner de relieve el carácter capitalista de la institución. Por esta razón, los parlamentarios de 1934 hablaban tanto de los pequeños accionistas y de la forma democrática de la sociedad¹³².

Pero si se desconoce la verdad, nos faltará toda base seria para llevar a cabo una reforma del derecho de las sociedades mercantiles.

El legislador se aferra desesperadamente en salvaguardar los derechos de esos propietarios soberanos que serían los accionistas. ¿Merecen éstos tal interés? Han aportado capitales para retirar un provecho sin trabajo. Su acto es puramente interesado. Ni tan siquiera el interés del creador que tiene su belleza, sino el interés sórdido de ganar lo máximo arriesgando lo mínimo. No tiene espíritu de empresa el accionista,

¹³² CLAUDIO JANNET (*Le capital*, pág. 166) defendía ya la sociedad anónima como una institución doméstica.

sino de ahorro y de especulación ¹³³. Sin duda, su aportación es útil y esta utilidad merece una remuneración. El riesgo existe y un beneficio legítimo constituye su contrapartida. Pero no hay que llegar a ver con un favor enternecedor a los pequeños accionistas que aportan sus ahorros y crean la empresa.

Los accionistas no son los dueños de la sociedad, ni tienen interés en serlo. Se consideran solamente como sus acreedores, dóciles o furiosos, según la marcha de los asuntos sociales: corderos o tigres, dice irreverentemente un autor belga, pero siempre animales. Digamos más correctamente que son indiferentes, transeúntes. Para las sociedades cuyos títulos se cotizan, los asociados no son otra cosa que los portadores de títulos.

Es, pues, completamente inútil que se les inste a defenderse, a organizarse y a asistir a las asambleas. Prefieren el déspota inteligente que les enriquecerá gracias a una hábil gestión.

Dejemos, por lo tanto, de considerar a los accionistas como dueños o propietarios. Devolvámosles su verdadera condición de abastecedores de dinero y examinemos ahora más detenidamente el mecanismo jurídico construido para hacer fructificar sus aportaciones.

§ 4. EL MARAVILLOSO INSTRUMENTO DEL CAPITALISMO

46. *La sociedad por acciones, máquina jurídica*

La sociedad anónima es un maravilloso instrumento creado por el capitalismo moderno para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas. Es cómico, ya lo he dicho, ver que se propone como objeto de la reforma de las sociedades la defensa del ahorro cuando la sociedad anónima no ha sido construida para defenderlo sino para conquistarlo.

Es una *máquina jurídica* tan útil como las que utiliza la industria ¹³⁴. La ciencia jurídica conoce también una era del maquinismo. Llega un

¹³³ W. SOMBART (*Le Bourgeois*, 1926, pág. 433) señala el peligro que representa ese deslizamiento de los hombres a la vida de rentista.

¹³⁴ JACHQUES LAFFITTE, *Réflexions sur la science des machines*, 1932 (*Cahiers de la nouvelle journée*) y FOURGEAUD, *ob. Cit.*, págs. 319 y sigtes.

momento en que las relaciones entre los hombres se hacen demasiado numerosas, complejas y variadas para que puedan ser creadas o transmitidas por el simple juego del intercambio contractual de voluntades individuales. El legislador pone entonces a la disposición de los hombres los mecanismos jurídicos que estima apropiados a sus transacciones ¹³⁵.

En el fondo, cuando se califica la sociedad de *institución* para oponerla al contrato, no se quiere decir otra cosa ¹³⁶, pero la palabra institución ha sido tan usada y para tantos menesteres que parece designar una construcción abstracta del espíritu. Por esta razón, prefiero decir que la sociedad es una máquina jurídica. No estamos habituados a semejante expresión. Sin embargo, deberíamos tener en el derecho una ciencia de los mecanismos jurídicos al igual que existe en la industria una ciencia de las máquinas. En ella se haría la descripción y la clasificación de los mecanismos que sirven para crear y transmitir la propiedad, los derechos y las obligaciones, desde los más simples, inscripción, publicidad, billetes de banco, cheques, hasta los más complejos, letra de cambio, cuenta corriente, operaciones bursátiles, convenios colectivos y sociedades por acciones. Esta máquina jurídica no carecería de interés.

El mecanismo de las sociedades por acciones es una cosa complicada. Se necesita un domicilio social, títulos, dinero en efectivo, cuentas, balances, administradores y comisarios, asambleas, votos, memorias, informes, anuncios en la prensa y depósitos en la secretaría del tribunal de comercio. Todo esto debe seguir un cierto ritmo y cumplirse en plazos fijados imperativamente. Durante cada ejercicio social todos los órganos de la máquina deben funcionar de una manera regular. Después de cada ejercicio debe aparecer el producto, pero los diversos ejercicios están soldados mutuamente y si la máquina es sólida puede durar muy largos años.

¿Qué representan los accionistas en la vida mecánica de este ser prodigioso? Nada de nada. Al principio han aportado los bienes o el dine-

¹³⁵ Compárese MARLIO, *ob. Cit.*, pág. 106.

¹³⁶ GAILLARD, *ob. Cit.*; GOURROT, *Actionnaires et conseil d'administration (Semaine sociale de Mulhouse*, 1933, pág. 331).

ro que permitieron crear la empresa, pero luego su intervención deja de comprenderse. A ninguno de ellos se le ocurriría querer manejar las máquinas industriales que fabrican los productos. ¿Por qué piensan, entonces, que pueden dirigir la máquina jurídica que hace funcionar la empresa?

No hay que confundir tampoco y se comete este error con demasiada frecuencia, el derecho de las sociedades y el derecho de la empresa¹³⁷. Hablaré más adelante de la empresa capitalista (ns. 111 y sigtes.). La empresa debe reconocer al trabajo una intervención en la dirección y una participación en el reparto de los beneficios. Esto debe ser así para cualquier empresa, tanto si es administrada por un particular como por una sociedad. Es cierto, que las empresas más poderosas están administradas por sociedades. Pero esto no es una razón para introducir en la legislación de las sociedades cuestiones extrañas al buen funcionamiento de la máquina jurídica.

Por otra parte, existen sociedades que no tienen ninguna empresa que administrar. Las *holding* no tienen más actividad que la buena gestión de los títulos que poseen. Los economistas denuncian, a veces, este mal uso de la sociedad. Les parece que el mecanismo gira en el vacío e inútilmente. Es posible, pero este tipo nos muestra admirablemente la diferencia entre la sociedad y la empresa; se ve que la máquina jurídica funciona para la simple administración de capitales.

47. *Es una creación del Estado*

Este carácter artificial de la sociedad anónima es suficiente para llegar a la conclusión de que la libertad contractual no hubiese logrado crear un organismo semejante. En vano, el antiguo liberalismo ha pretendido no pedir nada al legislador, salvo el que le dejara hacer. Ha sido necesario algo más. Las leyes relativas a las sociedades mercantiles no son leyes restrictivas de la libertad de contratar, son leyes permisivas y constructivas.

¹³⁷ La distinción ha sido muy bien establecida por GOUNOT, *ob. Cit.*, *Semaine sociale de Mulhouse*, 1931, págs. 341 y 343, nota 1.

El neoliberalismo de un WALTER LIPPMANN reconoce que la posición antigua es indefendible. «Si toda propiedad es un conjunto de derechos legales, la sociedad anónima con sus privilegios relativos a la limitación de las responsabilidades y a la transmisibilidad perpetua, es aún más manifiestamente una creación de la ley.... Unos individuos agrupador pueden, cuando están constituidos en sociedad, hacer cosas que les serían imposibles aisladamente o simplemente reunidos sin ningún lazo jurídico. No pueden hacer estas cosas más que en virtud de los derechos que les concede el acta de sociedad»¹³⁸.

De donde cabe deducir esta consecuencia que la sociedad anónima es una creación del Estado. «Es una gran ilusión, dice también WALTER LIPPMANN, considerar a la sociedad anónima moderna como una especie de principado autónomo cuyo poder arranca de una fuente misteriosa e independiente del Estado. El poder de la sociedad anónima lo concede enteramente el Estado»¹³⁹.

En suma, se vuelve a la antigua idea de que para crear una compañía mercantil es necesaria la intervención del Estado. Pero no se propone ya, hoy día, el subordinar cada creación a una autorización. Se trata solamente de denunciar los abusos de constitución o de administración de la sociedad. El neoliberalismo ha dejado de defender a la sociedad por acciones basándose en el principio de la libertad contractual¹⁴⁰.

Corresponde, por consiguiente, al legislador trazar los planos de la máquina maravillosa que sólo puede convenir a las necesidades de la gran industria y del gran comercio. Debe hacerlo con el deseo de llegar a que sea construida lo mejor posible. Sería infantil considerarla con desconfianza, como si fuese necesario evitar los peligros de una acción nociva.

La legislación francesa relativa a las sociedades mercantiles acusa desgraciadamente una vejez extrema. La ley de 24 de julio de 1867 lleva la marca del capitalismo liberal. Se la ha modificado muy a menudo,

¹³⁸ *Ob. Cit.*, págs. 329 y 330.

¹³⁹ *Ob. Cit.*, pág. 332.

¹⁴⁰ G. PIROU, *Néo-libéralisme, néo-corporalisme, néo-socialisme*, 1939, página 35. V. ROUGIER, *ob. Cit.*, pág. 84 y A. BUISSON, *ob. Cit.*, *Rev. Bleue*, 18 de diciembre de 1937, pág. 769.

pero casi siempre la única finalidad del legislador ha sido prohibir usos juzgados abusivos, crear delitos y dictar penas. Nunca se ha atrevido a modificar profundamente la estructura de la sociedad y los partidos políticos que han ocupado sucesivamente el poder, han dado todos muestras de la misma timidez. Durante este tiempo, todos los grandes países de Europa se daban un código para las sociedades por acciones más avanzado que el francés en cuanto a la organización de la sociedad.

En Francia las proposiciones de reforma han sido acogidas con vehementes protestas. Los capitales lanzan gritos para dar a entender que se les perjudica. Después, bien o mal, se acomodan a la medida que habían declarado inaceptable. Este juego sigue desde hace cincuenta años.

No por eso deja de ser un juego peligroso. No puede haber reforma útil en la desconfianza o la hostilidad. Cuando en el libro y en la prensa se denuncian las sociedades por acciones, se puede admitir la crítica en cuanto se limita a ciertos abusos, pero no el ataque de frente contra la institución. Una sociedad por acciones no ha sido creada con otra finalidad que la de servir al capitalismo. Es un instrumento imaginado por un régimen capitalista. El legislador que lo ha creado podría suprimirlo, pero puesto que su creación ha sido impuesta por las necesidades económicas, no se concibe la manera cómo la economía se acomodaría a su supresión, al menos, si se quiere que siga siendo una economía privada.

48. *Las distintas clases de sociedades*

En primer lugar, el Estado tiene el deber de reglamentar el empleo de la máquina. Una concepción liberal ha permitido a todos usar de ella con el pretexto de que cualquiera tiene derecho a contratar. La ley de 24 de julio de 1867 regula las condiciones de constitución y la publicidad, pero, al suprimir la autorización, anteriormente necesaria, no aporta ninguna restricción al derecho de crear una sociedad anónima. La empresa más importante está sometida al mismo régimen que la más insignificante. Hay más de 40.000 sociedades anónimas en Francia y en el seno de esta multitud los gigantes se codean con los enanos y el pretexto de igualdad impone reglas semejantes, perturbadoras para los unos e insuficientes para los otros ¹⁴¹.

¹⁴¹ Por ejemplo la ley de 16 de noviembre de 1940 (art. 1) obliga a las más pequeñas sociedades a tener un consejo de administración de tres o doce miembros.

Sería necesario reservar el empleo de la sociedad anónima para las empresas que tienen necesidad de esta forma jurídica, por serles indispensable la aportación de capitales importantes. Las otras no debieran poder emplearla ¹⁴². Inglaterra nos da el ejemplo de una distinción entre *publis* y *private companies*. Cuando en 1925 se crearon en Francia las sociedades de responsabilidad limitada hubiese sido necesario transformar las pequeñas sociedades anónimas anteriormente creadas.

En una ley reciente se ha visto surgir la idea de que las sociedades que hacen llamamiento al público deben ser vigiladas de una manera especial. La idea es justa, pero se ha aplicado solamente a una cuestión de detalle, la elección de los comisarios de cuentas ¹⁴³. Además, el criterio es indeciso y la aplicación de la ley presenta dificultades ¹⁴⁴. Sin embargo, hay dos hechos muy concretos que permiten reconocer a una gran sociedad. El primero es la suscripción pública de acciones u obligaciones y el segundo es la cotización de los títulos en Bolsa. De haber tomado como punto de partida esta idea muy clara de que la sociedad anónima es una máquina para recoger el ahorro, se hubiese aplicado el régimen jurídico que conviene únicamente a estas sociedades. En cuanto a las demás, basta con proteger a los asociados que contratan entre sí. El problema es muy diferente. No hay que imponer a las pequeñas sociedades familiares el pesado aparato que es necesario para las otras ¹⁴⁵.

La cifra del capital social debería también tomarse en cuenta en esta discriminación. La ley de 1867 no ha impuesto a las sociedades anónimas un capital mínimo. Otra cosa ocurre con las sociedades de responsabilidad limitada ¹⁴⁶. En las legislaciones extranjeras recientes, una so-

¹⁴² Para las bancas, el decreto de 30 de julio de 1941 ha fijado el capital social mínimo en cinco millones.

¹⁴³ Decretos-ley 8 de agosto de 1935 y 31 de agosto de 1937 modificando ley de 1867, arts. 32 y 33.

¹⁴⁴ V. Nancy, 4 de febrero de 1940, D. H. 1940, 119. *Rev. De droit commercial*, 1940, págs. 137 y 254.

¹⁴⁵ En este sentido FR. DAVID, *La réforme de la législation des sociétés par actions d'après les enseignements du droit comparé* (*Rev. De droit commercial*, 1941, pág. 492).

¹⁴⁶ La ley de 7 de marzo de 1925 fijaba en 25 mil francos el capital mínimo. El decreto-ley de 14 de junio de 1938 lo ha elevado a 50 mil, pero no ha modificado la cifra de las participaciones sociales: 100 francos, mínimo.

ciudad por acciones no puede crearse a menos que el capital invertido tenga una importancia suficiente para justificar esta creación. Estas leyes fijan al mismo tiempo el valor mínimo de las acciones ¹⁴⁷. En Francia se conoce esta regla pero la cifra, ya poco elevada en 1867, es hoy ridícula a consecuencias de las sucesivas depreciaciones monetarias ¹⁴⁸. Sería necesario aumentarla considerablemente. No se debe fraccionar el capital social al infinito. Por otra parte más vale que los pequeños capitalistas suscriban obligaciones y no acciones. Por una verdadera paradoja, las sociedades emiten hoy obligaciones de un importe nominal mucho más elevado que el de las acciones ¹⁴⁹.

Todo esto prueba el desorden que reina en el derecho francés relativo a las sociedades mercantiles. No se trata de volver a la autorización administrativa, que equivaldría a dar a la Administración una misión que no puede desempeñar satisfactoriamente. Pero no es menos sorprendente que sea necesaria una autorización para el menor establecimiento de utilidad pública y que una gran sociedad pueda ser creada con la misma facilidad con que un contrato se concluye entre dos comerciantes asociados.

49. *Reglas relativas a su constitución*

¿Quién va a tomar la iniciativa de crear la sociedad? El legislador francés de 1867 no se preocupó de esta cuestión. Para él los fundadores no eran otros que los primeros contratantes. Es la jurisprudencia la

¹⁴⁷ La ley alemana de 30 de enero de 1937 exige un capital mínimo de 500 mil RM. Y un valor mínimo de 1.000 RM. para las acciones. La ley suiza de 18 de diciembre de 1936 exige un capital mínimo de 50 mil francos suizos y un valor mínimo de la acción de 100 francos suizos. El Código civil italiano de 1942 (art. 2327) fija el capital mínimo en un millón de liras.

¹⁴⁸ La ley de 24 de julio de 1867 (art. 1) fijaba el valor de las acciones en 25 o 100 francos según la importancia del capital social. El decreto-ley de 31 de agosto de 1937 modifica esta ley para imponer en todos los casos la acción de 100 francos, que no representa ni siquiera la décima parte de la cifra antigua.

¹⁴⁹ La mayoría de las sociedades emiten obligaciones de 5 mil francos franceses. Se ha conservado para las acciones las cifras habituales de 1.000, 500 e incluso 100 francos franceses.

que ha tenido que construir jurídicamente la figura del fundador para cargarle con una cierta responsabilidad. Los tribunales encuentran, a veces, dificultad en reconocerlos ¹⁵⁰. Ha sido necesario mediante unas leyes recientes imponerles la obligación de darse a conocer al público, firmando oficialmente las invitaciones que lanzan al ahorro ¹⁵¹. Pero no se les pide condición particular alguna y se ha podido ver a estafadores conocidos lanzar sociedades imaginarias, sin que nadie intervenga para impedirselo. La ley, sin duda, enumera los hechos delictivos. Pero el ministerio público sólo interviene cuando el delito ha sido cometido; es demasiado tarde; más vale prevenir que castigar.

El legislador impone a los fundadores la obligación, bajo sanción penal, de crear una sociedad legal. En 1867 tuvo la idea de hacer intervenir a un notario. Pero el notario desempeñaba un papel insignificante: estaba encargado de recibir la declaración de suscripción del capital social y del pago efectuado de las acciones y no podía hacer otra cosa que extender un acta de la declaración sin verificar nada. Hoy día su papel es más importante pues debe recibir los fondos que han sido entregados por los accionistas ¹⁵², pero no comprueba, sin embargo, la legalidad de la constitución de la sociedad y se puede incluso prescindir de él depositando los fondos en la Caja de depósitos y consignaciones.

Nada impide la creación aparente de una sociedad ficticia ¹⁵³; nada impide a un hombre de negocios audaz crear una sociedad sin conformarse a las reglas legales, sin perjuicio de incurrir en una sanción penal. Estas sociedades se consideran como contratos, es decir, que corresponde a los interesados instar la nulidad. Esta una vez pronunciada no impide que la sociedad haya existido. La jurisprudencia se ha visto obligada a corregir los efectos de la nulidad retroactiva considerando que

¹⁵⁰ Casación civil, 1.º de julio de 1930, D. P. 1931, 1, 97, nota, HAMEL y S. 1931, 1, 305, nota LAGARDE.

¹⁵¹ Ley de 30 de junio de 1907; decretos-ley de 8 de agosto y 30 de octubre de 1935.

¹⁵² Decreto-ley de 31 de agosto de 1937 que modifica la ley de 24 de julio de 1867, art. 1. V. YVERNÈS, *Rôle et responsabilité du notaire en matière de société par actions*, tesis, Toulouse, 1935.

¹⁵³ PIC, *De la simulation dans l'acte de société*, D. H. 1935, *Chronique*, pág. 33 y ABELLÉ, *ob. Cit.*

ha existido una sociedad de hecho y admitiendo su liquidación conforme a los estatutos, de tal manera que esta nulidad no es en el fondo otra cosa que una disolución ¹⁵⁴.

Por otra parte, a menudo, la irregularidad cometida es el resultado de un error o bien de una falsa sin gravedad. La experiencia prueba que la acción de nulidad y de responsabilidad se convierte en manos de los chantajistas en un arma contra los fundadores. Ha sido, pues, necesario someter estas acciones a una prescripción más corta que la de derecho común ¹⁵⁵ y sobre todo la ley ha permitido reparar más tarde el vicio de constitución, incluso durante la instancia judicial, contrariamente a las reglas ordinarias del procedimiento ¹⁵⁶.

¿No sería mejor comprobar previamente la legalidad de la constitución? Si ninguna administración pública posee la competencia exigida para este examen, el poder judicial podría encargarse del mismo. Necesitaríamos unos jueces especializados en cada tribunal de apelación o una oficina de sociedades, donde actuarían magistrados. La comprobación previa de la legalidad existe en el extranjero ¹⁵⁷. Es un sistema mejor que el de las nulidades. Si se revisan las máquinas de vapor antes de que los industriales tengan derecho a servirse de ellas, ¿no sería de igual utilidad examinar las máquinas jurídicas?

50. *Atracción del ahorro*

Una gran sociedad tiene necesidad de capitales considerables. Los fundadores no podrían encontrarlos sin el concurso de la banca. Esta se encarga de lanzar las emisiones de los títulos y garantiza su éxito, mediante múltiples combinaciones. Naturalmente, que este concurso no es gratuito. Lo importante no es el precio que las bancas exigen sino la tutela que están llamadas a ejercer sobre las sociedades. La opinión denuncia la tiranía de los financieros.

¹⁵⁴ HÉMAR, *Nullités des sociétés et sociétés de fait*, 1912.

¹⁵⁵ La ley de 24 de julio de 1867 fijaba una duración de 10 años y el decreto-ley de 30 de octubre de 1935 la ha reducido a cinco años.

¹⁵⁶ Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 que modifica la ley de 1867, art. 8.

¹⁵⁷ V. La ley alemana de 30 de enero de 1937, §§ 25 y sigtes.

Entonces, el legislador declara que hay que proteger el ahorro. Pero no ve más que el aspecto exterior del problema. Para él proteger el ahorro significa impedir las maniobras poco escrupulosas y permitir que el suscriptor compruebe lo que hace, gracias a la publicación de prospectos y boletines. Seguimos siempre dentro de la concepción contractual. Se quiere proteger el consentimiento del asociado.

¡Precaución inútil! El futuro accionista continúa firmando el boletín impreso, cuya copia le entrega el banquero, sin leerlo y si lo hiciera no quedaría mejor enterado. El capitalista compra los títulos cotizados en Bolsa sin pensar en que se convierte en un asociado y sin conocer los estatutos de la sociedad a la cual se agrega. La defensa del ahorro es una cuestión de moralidad o de derecho penal y nada más.

El verdadero problema es el de recoger el *ahorro*. La ley permite a los fundadores de la sociedad lanzar una suscripción pública para reunir fondos a cambio de títulos, que circularán entre el público, que se venderán y comprarán como mercancías. He aquí el funcionamiento del mecanismo jurídico propio de la sociedad por acciones. Esta creación de una riqueza nueva, y en el fondo ficticia, debe llamar la atención del legislador.

En esta atracción de capitales, la ley de 1867 solamente ha visto dos cosas: la comprobación de las aportaciones en especies y el desembolso parcial de las acciones. Ha querido comprobar la contrapartida del capital social y evitar las suscripciones ficticias, para que los títulos tengan un valor real. Una ley reciente ha añadido a esta primera exigencia la de que las acciones han de quedar completamente desembolsadas en un cierto plazo o con anterioridad a cualquiera nueva emisión ¹⁵⁸.

Pero había muchas más cosas a reglamentar: la amortización del capital, la emisión de empréstitos obligatorios, el aumento y la reducción del capital primitivo, la distribución de acciones gratuitas, la adquisición por la sociedad de sus propias acciones u obligaciones y también la creación de filiales.

Sobre todo sería necesario establecer en qué condiciones una misma sociedad está autorizada a emitir tres clases de títulos (acciones, partes de fundador y obligaciones), sin contar las variedades que puede intro-

¹⁵⁸ Ley de 4 de marzo de 1943, art. 4.

ducir en sus acciones. Los juristas establecen distinciones entre estos títulos que el público ignora. La práctica usa de la libertad para imaginar acciones con derecho a un interés fijo, obligaciones de renta variable y también acciones de goce, acciones preferentes, partes sociales que sólo tienen derecho a un dividendo y otras que pueden pretender al activo social. El legislador ha acabado por comprender que no podía dejar a los obligacionistas y a los portadores de partes sociales en la puerta de la asamblea y les ha permitido hacerse representar y ha obligado a la sociedad a consultarlos en ciertos casos ¹⁵⁹. Pero sería necesario asociarlos mucho más estrechamente a la vida de la sociedad. La distinción jurídica de estas diferentes clases de títulos no debe hacer olvidar que existe en todos los casos una recogida de capitales a través de la sociedad. Los portadores de títulos solamente se muestran sensibles al importe del cupón y a las perspectivas de alza. No habría que establecer diferencias entre ellos que únicamente se justificasen por la distinción jurídica existente entre los contratos de sociedad y de préstamo. Volveremos a tratar de esta cuestión al estudiar el derecho de la empresa (ns. 122 y sigtes.).

51. Administración de la sociedad

Los propietarios de una sociedad se disimulan bajo el anónimo del consejo de administración. El que mandaba no tuvo durante largo tiempo más que el nombre modesto de *administrador delegado*. El público conoce apenas a algunas personalidades. De vez en cuando, una publicación, cuyos propósitos son a menudo dudosos, enumera los administradores que se sientan en demasiados consejos de administración. Estos nombres no llegan al gran público.

La ley de 16 de noviembre de 1940 ha querido sacar de las filas de los administradores al *presidente-director general* de la sociedad. Mal estudiada esta reforma ha dado motivo a una crítica severa ¹⁶⁰. Ha sido necesario, a través de la ley de 4 de marzo de 1943, introducir en ella modificaciones y dar de nuevo al director general un lugar de importancia al

lado del presidente ¹⁶¹. Sin embargo, se ha conservado lo esencial y la ley de 1940 no ha sido derogada ¹⁶². Pone de relieve la función de jefe de la sociedad. Le impone nuevas responsabilidades que vienen a ser la compensación de sus poderes, le amenaza con las pérdidas de derechos que implica la quiebra, con el embargo de sus bienes personales y le prohíbe cubrirse contra estas obligaciones mediante las cláusulas de los estatutos.

Desgraciadamente, la ley no ha osado darle el poder. El presidente-director general no es más que el mandatario del consejo de administración, como éste lo es de la asamblea. A través de una doble representación, los accionistas continúan siendo teóricamente los propietarios. No lo son más que teóricamente y esta falsa organización democrática únicamente sirve para garantizar el carácter anónimo de la gestión.

«Ya no hay más Vikings sobre el puente de mando del navío, dice FRIED, en otros tiempos se hablaba de Rathenau, hoy se habla de la A.E.G.» ¹⁶³. Podemos decir lo mismo de las empresas francesas. Los nombres de las grandes industrias de la Monarquía de Julio o del Segundo Imperio están escritos en las placas de las calles de París. ¿Quién podría designar a los actuales? Las publicaciones que dan, a veces, los nombres de los administradores de sociedades lo hacen con un propósito de crítica y no nos los presentan para que los admiremos ¹⁶⁴.

No hay que caer, siguiendo las tendencias de los doctores alemanes, en criticar la organización democrática de la sociedad mercantil con el propósito de dar un jefe absoluto a todo grupo social ¹⁶⁵. Es posi-

¹⁶¹ PERCEROU, D. C., 1943. Pág. 61; BOSVIEUX, J. *Des Sociétés*, 1943, pág. 1; J. MICHEL, *Gaz. Du Palais*, 1943; BASTIAN, J. C. P., 1943, n.º 348 y G. RIPERT, *Rev. De droit commercial*, 1943, pág. 89.

¹⁶² Esto destruye las críticas de ANDRÉ THIERS (*La France veut-elle renaitre*, 1945, pág. 99) que escribe que el Gobierno de hecho de Vichy tuvo la intención de demoler las sociedades anónimas «de una manera mezquina y miserable» y que introdujo la idea de jefe «para halagar al vencedor».

¹⁶³ V. ob. Cit., pág. 370. La A.E.G. es la *Allgemeine Electricität Gesellschaft*.

¹⁶⁴ V. por ejemplo, AYMÉ MARTÍN, *Nos grands financiers contre la nation*, 1931 y HAMON, *Les maîtres du monde*, 3 vols. 1934-1935.

¹⁶⁵ V. sobre las tendencias de la ley alemana de 30 de enero de 1937, §§ 70 y sigtes., las observaciones de BAUDOUIN BUGNET, *Rev. De droit commercial*, 1938, pág. 415 y *La direction des sociétés en Allemagne et en France*, 1940.

¹⁵⁹ Ley 23 de enero de 1929 sobre las partes de fundador. Decreto-ley 30 de octubre de 1935 sobre protección de los obligacionistas.

¹⁶⁰ MARGOT-NOBLEMAIRE, *La nouvelle législation des sociétés par actions*, 1940 y BARBRY, *Le régime actuel de l'administration des sociétés anonymes*, 1943.

ble que la ley alemana relativa a las sociedades mercantiles haya querido dar satisfacción a la ideología nacional-socialista al organizar la dirección de las mismas. No se trata de imitarla. Pero la organización francesa es el gobierno directo por el pueblo puesto que, teóricamente, la asamblea general conserva el poder supremo y nombre simples mandatarios. Los franceses no admiten semejante fórmula para la organización del Estado. Pueden, pues, con ventaja, corregir la organización de la sociedad anónima inspirándose en sus instituciones políticas.

La asamblea general no debe ser otra cosa que una asamblea de electores. En algunos países, se reconocen acciones sin derecho de voto a fin de mantener a los accionistas al margen de la administración ¹⁶⁶. Yo quisiera apartarlos a todos. Los ciudadanos no administran ellos mismos el Estado. A la asamblea general hay que pedirle únicamente la elección de los representantes. Entonces, no existiría ningún obstáculo para admitir en su seno a los obligacionistas e incluso a los portadores de partes sociales cuando su situación esté aclarada.

¿Qué es mejor, que la asamblea elija al director general o al consejo de administración, que estará encargado de nombrarle? Es materia a discutir. En todo caso, lo indispensable sería dar una constitución a la sociedad. La expresión *consejo de administración* no corresponde a sus funciones. Administrar es propio de una sola persona; un consejo únicamente puede deliberar. Se deben señalar, con antelación, las cuestiones cuya decisión le compete y aquellas respecto de las cuales debe ser solamente consultado o puede dar su dictamen ¹⁶⁷.

¹⁶⁶ La ley alemana de 30 de enero de 1937, §§ 115 y 116. Estas acciones existen también en la vida comercial inglesa (*no voting shares*). V. sobre esta cuestión: ANDRÉ PERCEROU, *Lois et projets en matière de sociétés par actions*, tesis, París, 1933, n.º 420 y FR. DAVID, *ob. Cit.*, *Rev. De droit commercial*, 1941, pág. 496.

¹⁶⁷ La cuestión de la responsabilidad de los administradores podría entonces fácilmente ser examinada de nuevo. El legislador moderno ha intentado reforzar esta responsabilidad (DD. LL. 8 de agosto de 1935 y 31 de agosto de 1937). Casi siempre esta responsabilidad es ineficaz y a menudo es injusta. V. DEGUGIS, *La responsabilité solidaire des actionnaires* (*J. Des Sociétés*, 1935, pág. 1); FAURE, *Etudes pratiques de droit commercial*, 1937, n.º 4 y AMIAUD, *Rev. Des faillites*, 1936, n.º 3.

El director general nombrado por la asamblea general o por el consejo no debe ser considerado como un mandatario revocable *ad nutum* ¹⁶⁸. Si tiene un mandato, es en el sentido del derecho público. Administra y representa a la sociedad. Ejerce el poder ejecutivo. Es necesario solamente determinar la extensión de este poder. Si surge un conflicto entre el director y el consejo de administración, la intervención del poder judicial ofrece una solución que la constitución política no encuentra fácilmente.

Quizá pudieran exigirse ciertas condiciones de elegibilidad a la persona encargada de administrar la sociedad y a los miembros del consejo. Tales condiciones podrían variar según la importancia y el objeto de la sociedad. La ley de 16 de noviembre de 1940 ha entrado tímidamente por este camino al limitar el número de puestos que el director o los administradores pueden ocupar y al eliminar los administradores de edad demasiado avanzada. No ha osado imponer a aquellos que administran la sociedad la obligación de justificar un interés suficiente en la misma ¹⁶⁹. Es necesario, en todo caso, alejar de la administración de las sociedades a los condenados y quebrados. El legislador no lo ha hecho hasta hace poco. Por el contrario, una ley de 11 de enero de 1936 prohíbe a la sociedad indicar los títulos y las distinciones honoríficas de sus administradores, regla absurda que refuerza el anónimo. Lo útil no es suprimir los títulos sino exigirlos. Para ocupar funciones públicas, cargos ministeriales y ciertos empleos privados, es necesaria la posesión de títulos. ¿Por qué toda persona puede ser director o administrador de una sociedad, cualquiera que sea su objeto?

52. Vigilancia de su funcionamiento

Cuando se estudia el problema de la administración de las sociedades se cae en una confusión constante entre la sociedad y la empresa. En ésta hay que tener en cuenta los derechos del trabajo y la naturaleza

¹⁶⁸ BRUN, *De l'abus du droit de révocation des administrateurs* (*Rev. De droit commercial*, 1938, pág. 753).

¹⁶⁹ El legislador se ha ocupado especialmente de los contratos concluidos entre los administradores y la sociedad. Ha habido abusos. Parece difícil evitarlos, en la práctica, por los medios que han sido empleados. V. ley de 4 de marzo de 1943.

de la explotación; en el derecho relativo a la sociedad solamente se trata del capital, el trabajo no ocupa ningún lugar en la gestión, ni el objeto de la empresa modifica sus reglas de actividad.

En la actualidad, más que la ley es el uso quien determina las reglas de esta administración. La ley se contenta con el balance y ha sido la legislación fiscal la que ha establecido su forma. Todo el mundo sabe que la lectura de un balance es cosa difícil y que por sus cifras no se conoce en manera alguna, la verdadera situación de la sociedad. La tendencia actual es la de imponer a las sociedades más claridad en sus cuentas. Hasta ahora las reformas han sido tímidas: obligación de un asiento distinto para las ganancias y las pérdidas de diferente procedencia¹⁷⁰, obligación de presentar una memoria a la asamblea en el caso de un cambio de presentación en el balance¹⁷¹. Bajo la denominación de *plan comptable* se ha propuesto establecer una reglamentación legal de las partidas del balance y de los procedimientos de evaluación¹⁷². Estas reglas existen en algunas legislaciones extranjeras¹⁷³. El proyecto ha sido bastante mal acogido por los franceses, que se preocupan más que los extranjeros del secreto de los negocios. Sin embargo, será necesario llegar a aplicar a las grandes sociedades las reglas que se siguen para la gestión de los fondos del Estado o de las personas morales de derecho público, con las adaptaciones, claro está, que sean necesarias.

La vigilancia de las cuentas ha sido impuesta por la ley de 1867. Después de esta ley ha mejorado mucho¹⁷⁴. Los comisarios de cuentas de las sociedades que recurren al ahorro público deben ser hoy comisa-

rios jurados. Se ha constituido una asociación que ha impuesto su disciplina. Todavía hay progresos a realizar a fin de asegurar el buen reclutamiento de los comisarios y su independencia frente a los administradores que, de hecho, los designan¹⁷⁵. Se ha propuesto también la creación de «curadores públicos» encargados de defender a los accionistas¹⁷⁶ y la inspección de hacienda vigila las sociedades. Quizá será necesario llegar a crear un servicio de inspección de las sociedades. La práctica extranjera se ha adelantado también, en este punto, a la organización francesa¹⁷⁷.

Una mayor claridad en los balances pondrá a la vista la imbricación de intereses, las uniones industriales y las relaciones entre las sociedades centrales y sus filiales, cosas todas éstas que permanecen hoy cuidadosamente ocultas y a menudo ocultas sin ninguna razón por el gusto del secreto o para no poner de manifiesto situaciones privilegiadas. El público las adivina. Denuncia los *trusts*, que no representan otra cosa para él que la intervención de los financieros en la vida de las sociedades. Esta intervención le parece siempre culpable. Sería temerario pensar que se desarmara la crítica cuando se aclaran las cosas, pero, al menos, se verá obligada a atacar al régimen capitalista mismo y no a los medios que emplea.

53. La sociedad anónima en el régimen capitalista

La sociedad anónima es una buena máquina para el régimen capitalista. No se le puede pedir otra cosa que un buen funcionamiento.

¹⁷⁵ Se ha hecho un esfuerzo serio a favor de esta organización. V. PIOT, *Les compagnies de commissaires agréés près la Cour d'appel* (J. Des Sociétés, 1939, pág. 513) y *Bulletin de la Compagnie des commissaires aux comptes*, creado en 1938; MOLIÉRAC, *Les associations de commissaires aux comptes* (Rev. Des Sociétés, 1939, pág. 156). Sobre el poder disciplinario de la Asociación, Consejo de Estado, 19 de febrero de 1943, *Rev. De droit commercial*, 1943, pág. 178.

¹⁷⁶ Es el programa de la Asociación para la reforma de los consejos de administración (A.R.C.A.).

¹⁷⁷ SAVATIER, *Le contrôle des sociétés par actions d'après la loi allemande de 1937* (Bulletin de la Compagnie des commissaires 1938, pág. 504); MONSARRAT, *Le contrôle dans les sociétés anglaises et le rôle de l'accountant* (ibid., 1939, pág. 56); RAMDIOR, *Le contrôle des comptes en Allemagne* (ibid., 1939, pág. 105); SATTAMINO, *Les contrôleurs des comptes en Italie* (Rev. Int. Des sociétés, 1937, pág. 20); y FEDER, *Le contrôle des sociétés en Angleterre*, 1938.

¹⁷⁰ D.L. 30 de agosto de 1937, art. 9 que modifica el art. 34 de la ley de 1867.

¹⁷¹ *id.* *Id.*

¹⁷² FOURASTIÉ, *Le plan comptable* (Droit social, XVII, pág. 43); LEGER, *La mise en oeuvre du plan comptable*, 1944; Publications de la A.N.S.A.: *Le plan comptable*, 1944. Sobre derecho extranjero, V. ANDRÉ PERCEROU, *ob. Cit.*, ns. 388 y sigtes.

¹⁷³ Ley alemana de 30 de enero de 1937, §§ 131 y sigtes.

¹⁷⁴ DD.LL. 8 de agosto de 1935 y 30 de julio de 1937 que modifican los artículos 33 y 34 de la ley de 1867; DD.LL. 30 de junio de 1936, 12 de junio, 30 de julio y 23 de septiembre de 1937, 18 de mayo de 1938, 29 de noviembre de 1939, ley 12 de octubre de 1942 y decreto de 18 de noviembre del mismo año. V. LESBONNE, *Les commissaires aux comptes*, tesis, París, 1936.

No hay que confundir el problema de la sociedad por acciones y el de la empresa. No hay que intentar dar un alma a esta máquina con el pretexto de una personalidad moral o a través del análisis de la idea de institución. Sin duda, para la dirección de la empresa es un peligro que esta máquina no tenga alma. Pero no puede tenerla.

Si la máquina se descompone o se rompe es que ha sido mal construida o mal empleada. Esto ocurre raras veces. Los que la crean o la usan no tienen ningún interés en que no funcione bien. Se exageran los abusos. Existen, pero es misión del legislador impedirlos mediante una mejor reglamentación. A menudo, se las denuncia para atacar al propio régimen capitalista.

Pues ambas cosas están ligadas. No podría existir la gran empresa capitalista sin el empleo de la sociedad anónima. Comprendo que se proponga sustituir al capitalismo privado un capitalismo de Estado, pero no puedo comprender los ataques contra las sociedades por acciones por parte de aquellos que siguen adheridos al régimen capitalista.

No obstante, Dios sabe con qué grandilocuencia estos ataques han sido lanzados desde la tribuna parlamentaria o la prensa. El Sr. Lesaché, autor de una proposición de reforma razonable en muchos puntos, decía en el Senado en 1934: «La noche del 4 de agosto de 1789 solamente ha tenido un mal, el de llegar demasiado tarde... Que el recuerdo de esta noche histórica inspire a los señores feudales actuales del mundo financiero». ¡Los financieros no debieron comprender muy bien en qué ejercen derechos feudales ni cómo se pudo desplazar la fecha de una noche histórica! Han debido buscar en vano los privilegios que deberían abandonar. El Ministerio de Justicia invitó al Senado a proseguir el estudio de la proposición «con sus métodos habituales, que son métodos de prudencia y de reflexión». El Senado fue tan prudente que no han quedado de este gran proyecto más que pequeñas partes.

Se hubiera podido obrar mejor examinando de nuevo toda la reglamentación legal para imaginar un mecanismo jurídico más perfecto. Ya hemos indicado cómo podría mejorar la constitución y la administración de las sociedades.

Pero el reproche actual no es que funcionen mal. Se las denuncia como demasiado poderosas ¹⁷⁸. Ahora bien, la mejor justificación de la

¹⁷⁸ La sociedad por acciones ha sido atacada simultáneamente por el neoliberalismo (W. LIPPMANN, ROUGIER) y por los católicos sociales (R. ARON, *La fin de l'après-guerre*, 1938).

sociedad por acciones es su poder. ¿Qué pensaríamos de un industrial que juzgase demasiado potente una de las máquinas que emplea? Las sociedades no son otra cosa que máquinas jurídicas. Hay que ajustarlas bien. Esto es todo.

Que tales máquinas puedan, sin graves inconvenientes, sustituirse a la acción del hombre, es otra cuestión. Se ha reprochado a la sociedad anónima el haber deshumanizado la empresa ¹⁷⁹. Ya PEGUY, en su requisitoria contra el dinero, denunciaba la fría rectitud del régimen capitalista ¹⁸⁰. Al menos, era lógico porque atacaba al régimen mismo. Querir mantenerlo y al mismo tiempo divertirse en destruir u obstaculizar las sociedades por acciones, es una contradicción evidente.

¹⁷⁹ V. especialmente, las obras de SOMBART y de FRIED en Alemania.

¹⁸⁰ *L'argent*, pág. 15.