

El problema de la defensa de los derechos e intereses legítimos de las minorías de accionistas en las Sociedades Mercantiles

Encontrar fórmulas que puedan resolver los distintos problemas que la aplicación de una Ley^o en vigor ofrece en la práctica, es misión primordial e indeclinable de todo cultivador del Derecho. No se trata—sólo—del aspecto crítico, procurando presentar lo que pudo hacerse en la norma examinada que sería tanto como investigar su fondo filosófico y circunstancial, estudio en principio inoperante, ya que la disposición legal se presenta construída; ni tampoco, descubrir los posibles errores de fondo o en relación contra otras leyes—caso este último hoy muy frecuente dada la extraordinaria profusión que en todos los países alcanzan las disposiciones legales, publicadas con prisa acelerada, producto del tiempo actual, sino de intentar hallar, dentro del pensamiento del legislador y de la tónica de la Ley, la armónica aplicación que, realmente, merece cooperando en definitiva a su aplicación cotidiana, abriendo con ello camino a posibles interpretaciones doctrinales y a las más amplias—que todo lo que sigue a la labor de desbroze y divulgación trae consigo—o de orden práctico o jurisprudencial, al llegar los problemas que se planteen a la intervención judicial.

Los presentados por «la defensa de los legítimos intereses de las minorías de accionistas», en las Sociedades Mercantiles son, como no podía por menos de suceder, cuando se mezclan intereses y personas, muy varios. La misión, como con brillantez y acierto, afirma el Profesor Garriges, que corresponde a todo dere-

cho de Sociedades, consiste «en anular las diferencias entre la empresa individual y la social, considerando a ésta, en el tráfico mercantil, como un comerciante al nivel de la forma física».

Toda opinión de la minoría, como toda discrepancia legal o de diferencia de criterios, debe ser tenida en cuenta, aunque no sea más que para replantear de nuevo, en toda su amplitud, el problema que suscita examinándolo a la luz que proyectan las diferencias planteadas.

Las minorías, como es sabido, son gramaticalmente y en el orden mercantil fracciones de la Sociedad, que de ordinario en las Juntas o Asambleas votan contra el mayor número de sus miembros o el conjunto de votos dados en contra de lo que opina el mayor número de los votantes.

Constituyen las facultades minoritarias en el orden de las Sociedades Mercantiles, como observa Ferrara, «una especie de válvula de seguridad del sistema».

Organo de seguridad, en el ambiente a veces apasionado, en la obstinada pretensión de imponer una dirección no concorde totalmente con la realidad, aunque se presente con apariencias que simulan aspectos razonables, que se dan, ¡y tantas!, en las Asambleas Generales.

El accionista separado de la Junta, no tiene la menor relevancia para la vida de la empresa; es en aquélla donde puede expresar su opinión minoritaria, dentro de los muy limitados derechos de fiscalización e intervención—posibilidad de turnos muy reducidos en pro y contra; la no inclusión del tema en el orden del día, etcétera. La fiscalización resulta así, en la práctica, sumamente reducida.

Las minorías las presenta Vivante como órgano social extraordinario que tienen la misión de subsanar la actuación deficiente de los órganos sociales ordinarios y encaminarlos por las vías legales. Misión que, claro es, corresponde igualmente a cada uno de los socios.

La justificación de la Empresa Mercantil actual, sobre todo en la forma anónima, se proyecta en relación a este personaje minoritario, al pequeño capitalista, que está, en numerosos casos, falto de la necesaria preparación comercial y puede encontrar en la Compañía Mercantil la posibilidad de invertir su capital en la economía libre, logrando los beneficios que hacen menor el riesgos,

disminuyéndolo mediante su división. No se trata de legalizar y conceder lugar preeminente al «gran capital», sino encontrar modo de encauzar el complemento de capacidad de un trabajo individual, con obtención o aumento del capital invertido.

La igualdad del trato a los accionistas, conectada con la soberanía de la Junta, logrando la defensa de las minorías sociales, es la aspiración que habrá de encontrar su cauce creando fundados límites a las facultades corrientes de las Juntas Generales, órgano único en el que pueden manifestarse, como quede dicho, las minorías.

En determinadas legislaciones—como sucede en Italia—la defensa de las minorías, en casos de manifiesta y grave infracción por parte de los administradores de la Compañía, está en ciertos casos a cargo del Ministerio Fiscal, que puede solicitar del Juzgado o Tribunal la inspección de la marcha de la Sociedad, a expensa de la misma, o la intervención de los elementos independientes que corrijan la situación desventajosa creada por la dirección equivocada de los Administradores.

En general, en este supuesto, cuando una décima parte del capital denuncia al Tribunal una situación como la expuesta, éste, oyendo a los Gerentes, puede ordenar la inspección; pero la intervención apuntada del Ministerio Público tiende a la defensa de las minorías, ya que los accionistas que no lo sean, de más de la décima parte del capital social, no han de tener—en muchos de los casos—medios suficientes para los costes de inspección y examen de la marcha social que pueden cifrarse, según la complicación que el hecho presente y el capital social, como regulador del gasto, en cantidades importantes.

La denuncia de las infracciones manifiestamente extralimitadas y graves por los accionistas minoritarios al Ministerio Público, permite la intervención de éste y la apertura de la investigación, pudiendo aquél incluso solicitar la remoción de los liquidadores, cuando exista fundado motivo para impedir posibles fraudes entre socios y liquidadores, en detrimento de los acreedores sociales.

La defensa de los intereses minoritarios comprende, [lo que se denomina «Facultades de la minoría», que surgen como consecuencia del mal camino que la Sociedad lleva, ya porque los directivos no han tenido el control suficiente por el abandono y negligencia de la Junta General y su indiferencia ante los problemas sociales,

o bien porque los socios, mirando a su propio interés, constituyen bloques dentro de la Compañía que disminuyen los beneficios en provecho particular de ellos, que los perciben de otro modo; o dándose el caso, no raro por cierto, de que la mayoría de las acciones de la Sociedad esten en manos de otra Sociedad, para la cual no tendrá importancia que la primera no produzca intereses, en cuyo supuesto el perjuicio se soportará por los accionistas que estén en minoría en la Sociedad absorbida.

La Ley ha de conceder facultades al socio, ya de modo individual o unido a otros que participen en el capital social, cuya porción para obrar variará según los casos, para la justa defensa de sus intereses.

Ello, aparte de las limitaciones, como apuntamos antes, que de modo general ha de tener la Junta de este orden, representadas por las Leyes que regulan el tipo de Sociedad de que se trate y el respeto a las normas establecidas en defensa de los intereses particulares de los acreedores sociales y de los accionistas, particularmente considerados, lo que representa, en definitiva, la defensa del accionista frente a la voluntad de la mayoría creando «Los derechos individuales del Socio», del que es principio fundamental el derecho a la paridad en el trato de todos y cada uno de aquéllos.

Esta igualdad, base necesaria, con la propia soberanía de la Junta—lo que no constituye antinomia, cuando funciona la Compañía correcta y legalmente—es la que justifica, cuando no es así, la necesidad de establecer con rígida técnica y absoluta claridad el empleo de los métodos y remedios a poner en práctica para conseguir la protección necesaria y justa en defensa de las minorías de accionistas en las Sociedades Comerciales.

La tendencia muy marcada, actualmente, de abandono del individualismo, es realidad que ponen de relieve tratadistas de todo orden, tanto en materias económicas, como en las sociales y jurídicas.

Como secuela de la evolución de aquellas ideas, las tendencias que hoy fluctúan entre que las grandes Empresas o Sociedades sean estatificadas o que se de a las mismas una total liberalización sin ninguna traba normativa. Dos vértices, que como todos los

extremismos, están llenos de grandes ventajas y al propio tiempo plagados de graves inconvenientes.

Término medio—punto de la verdad, lo denomina Wilson—sería el exigir un mínimo de normas, con una ponderada sumisión al control estatal. La tarea no es fácil, por cuanto chocan en estos aspectos intereses distintos y contrarios. De una parte, en las grandes Sociedades el deseo de dominio de la Empresa con todas sus consecuencias de poderío y absorción; de otra, en los pequeños accionistas, el único objetivo de una rentabilidad máxima del dinero con la vista tan sólo fija en el dividendo y en la facultad de separarse de la Empresa, a su albedrío, pignorando las acciones.

Algún autor ha clasificado las Leyes que se dirigen a regular estas Empresas en individualistas y minoritarias, ya sea la intervención en aquéllas realizadas de un modo aislado, individual o se exija la formación de una fracción, minoritaria, de varios socios.

Poco aclara esta distinción, a nuestro objeto, sin que sea realmente indiscutible su afirmación, pues la mayoría puede ser de un solo socio, en cuya mano están más de la mitad de las acciones y la minoría—a la vez—puede tener representación única o varía independientemente de la cantidad de acciones que los Estatutos Sociales determinen para intervenir en la marcha de la Compañía.

El desenvolvimiento de los enunciados expuestos se dá en España como en el resto de Europa, en la Sociedad que al objeto de la exposición tomaremos, en este capítulo, como tipo para examinar en ella la posición de las minorías y su defensa. La Anónima, que es en frase de Mossa «centro de la evolución de la Sociedad Contemporánea», con su reglamentación, empezó en España en el Código de Comercio de 1829, con un sistema más flexible que el francés, ya que la escritura fundacional y el régimen de la Sociedad, entre otros extremos a destacar, debieron ser aprobados por el Tribunal de Comercio. Me resisto a callar, aunque nos alejemos del tema, porque es un debido homenaje a los legisladores de mi patria, una referencia histórica, primero a Ley de 28 de Enero de 1848, que fué una anticipación muy brillante de tendencias que hoy mismo tienen auge. Ley, con verdadera adivinación técnica, de cómo sería el futuro mercantil, aunque como no podía por

menos de suceder, estuviera sometida su aplicación a la «soberana autoridad gubernativa».

En segundo lugar de esta memoria figura la Ley de 1869, en la que se encuentra regulada una acción individual contra los Administradores, que pudo ser ejercida también colectivamente ante los Tribunales para exigir el cumplimiento de los acuerdos de las Juntas y responsabilidad a aquéllas del uso que hayan hecho de las facultades que se le concedieron, principio que revela un sentir cercano al ahora consagrado por la doctrina y las leyes, y que representa en el tiempo que se dictó un indudable avance.

Esta Ley concedió amplias facultades para la fundación de toda clase de empresas, sistema que después recogió el Código de Comercio de 1885, con libertad de asociación; no necesidad de intervención gubernativa y publicidad de los acuerdos sociales que pudieran interesar a terceros.

La Sociedad Anónima, considerada como persona jurídica, ha tenido en España gran auge, pero la libertad total de que gozó llevó en cierto casos a su uso exagerado, desconociéndose el derecho de los accionistas minoritarios y concentrando en la persona de los Administradores la total vida de la Empresa con absoluto desprecio, en la generalidad de aquéllos, para el derecho de los demás partícipes.

La necesidad de una reforma substancial se hacía sentir cada día más en la evolución que siguió a las dos guerras europeas y tuvo realidad con la Ley de 17 de Julio de 1951, que trajo al Derecho Español, con evidente retraso, el sistema regulador y de ordenamiento coactivo que ya se había dado, años antes, en otras legislaciones.

Rápidamente expuestas—lo que es absolutamente necesario para la comprensión de este trabajo y su encauzamiento en el tema «de la defensa de las minorías», que no sería inteligible sin su exposición—las características de esta normal legal, son:

Un capital dividido en acciones, formado por los socios, con lo que cada uno aporta.

Los accionistas no responden de las deudas de la Sociedad.

Esta tiene, siempre, carácter mercantil.

La Sociedad tiene que revestir, por mandato imperativo de la

Ley, el carácter de Sociedad Anónima, cuando se constituye con un capital superior a 5.000.000 de pesetas.

La nacionalidad de toda Sociedad Anónima fundada en España, en virtud de los preceptos del Código de Comercio, ha de ser precisamente la española.

Se exige un mínimo de tres socios fundadores—personas individuales, claro es, distintas—, aunque la continuación de la Sociedad pueda darse con un solo socio, siguiendo la práctica adoptada en Alemania, Italia y los Estados Unidos de América.

Las acciones de esta Compañía pueden ser tanto nominativas como al portador y son consideradas o como parte del capital, bien como conjunto de derechos inherentes a la condición de socio o como títulos y documentos al que se incorporan esos derechos.

Como condición esencial, tienen el carácter de indivisibles.

Aspecto interesante es la regularización del usufructo de esas acciones que concede la cualidad de socio al nudo propietario, y de acuerdo con las teorías de Thaller, los dividendos—o frutos—al usufructuario de los títulos.

En la prenda, los derechos corresponden al propietario de las acciones y no al acreedor pignoraticio.

Se establece la transmisibilidad de las acciones con toda libertad, sólo limitada por las condiciones que determinen los Estatutos porque se rija la Sociedad.

Existe la posibilidad de convocatoria *judicial* de la Junta general ordinaria, tomada de las legislaciones suiza y alemana, que tuvo antecedente en España en una Ley particular del año 1947, dictada ante la necesidad de que se verificasen juntas en las Compañías que deliberadamente se negaban con especiosos motivos a comparecer ante los socios. Junta hubo que por la falta de autorización gubernativa, necesaria en aquellos tiempos de excepción, no deliberó en muchos años. Este precepto se incorporó a la Ley nueva—que examinamos—disponiéndose que la Junta ordinaria puede ser convocada judicialmente, a petición de los socios, y oídos los Administradores, que informarán sobre las razones que determinaron la convocatoria, el Juez accederá o no a la petición formulada, de acuerdo con sus facultades discrecionales.

El Juez puede, también, designar la persona que presida la Junta, que será o no accionista, según su particular criterio.

Esta facultad judicial está restringida, en cuanto se refiere a la Junta general extraordinaria, pues en este supuesto, si la petición se formula por accionistas que representan la décima parte del capital desembolsado, y los Administradores no la convocan en el plazo de treinta días del requerimiento, el Juez tiene que corregir la infracción, señalando *obligatoriamente* día para la reunión.

Un derecho de información cabe a los accionistas, recogido en esta Ley, siguiendo el ejemplo de otros enjuiciamientos con la posibilidad de solicitar por escrito antes de la Junta—o verbalmente durante la misma—los detalles, informes o aclaraciones que estimen precisos sobre los asuntos comprendidos en el Orden del día.

La amplitud del precepto es indudable—dentro del Orden del día—, claro es, tan sólo restringida por la intervención del Presidente, que puede estimar que la publicidad de los datos pedidos perjudica los intereses sociales y en su consecuencia denegar la información solicitada.

Surje en esta materia un precepto en la Ley defensor de los derechos de la minoría, pues cuando los datos pedidos en la solicitud de información, esté suscrita por accionistas que representan—como mínimo—la cuarta parte del capital desembolsado, la información, cualquiera que pueda ser el resultado de su conocimiento, será necesariamente facilitada.

Este derecho de la minoría, no puede ser obstaculizado, como queda expuesto, ni por los Administradores de la Sociedad ni por el Presidente de la Junta y debe ser consentido, facilitando los datos pedidos—cualquiera que fueren—, a los accionistas minoritarios.

Como defensa—también—de los derechos de la minoría, la Ley que examinamos fué aclarada por disposición ministerial del año 1952, disponiéndose el estampillado de las acciones que se agrupen para la elección de la representación minoritaria en el Consejo de Administración.

El sistema de representación proporcional para la designación de Vocales, da derecho a las acciones que por agrupación voluntaria constituyen una cifra de capital social igual o mayor a la que

resulte de dividir este último por el número de Vocales del Consejo, a designar los que superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción y tanto en el caso de la designación total de los Vocales como en su renovación parcial, el cociente o sea el capital preciso para la adquisición del derecho y ejercicio del mismo, ha de ser siempre el resultado de dividir el capital social por el número total de Vocales del Consejo.

Estas acciones, agrupadas para la elección, son las que se estampillan, expresando que se ha hecho uso de aquel derecho de elección por agrupación voluntaria y la fecha de la Junta.

Contienen, pues, los preceptos que expresamos un evidente derecho de representación de la minoría y constituyen un engranaje por el que se faculta a los distintos grupos de acciones, según el tanto por cierto que representen, para ocupar puestos en el Consejo, lo que reducirá, de acuerdo con la lógica, las fricciones entre los accionistas y los Administradores de la Sociedad.

Los derechos de los accionistas han de ser como mínimos: A) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. B) Preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones; y C) El de votar en las Juntas generales cuando posea el número de acciones que los Estatutos exijan para su ejercicio.

Surje, como secuela de los acuerdos sociales, el procedimiento de impugnación, que constituye, según Fairen, «la defensa de las minorías sociales». La Ley que comentamos dedica cuatro artículos a esta materia de enorme transcendencia, tanto para la Sociedad en sí, como para los accionistas y obligacionistas.

Claro es que estas disposiciones y las ya expuestas no alteran, ni ello sería posible, el que en una Sociedad típica de capitales, como la examinada, prevaleciera la opinión de las minorías sobre la mayoría; pero la concesión de los derechos de información y fiscalización sumariamente enunciados y la participación proporcional en la administración del accionista minoritario, facilitan la posición de éstos, que se encuentra robustecida, como ahora veremos, por la posibilidad de evitar que una posición mayoritaria injusta prevalezca. Se tiende a evitar el hecho consumado cuando es notorio el abuso de poder.

El de la minoría reside en la posibilidad de impugnación de

los acuerdos sociales, contenida en esos cuatro artículos a que aludimos, que pueden ser un arma de dos filos, freno para la mayoría que se excede en su cometido y licencia de caza, sin control, para minorías poco dignas, que abusaran de los procedimientos legales para obstaculizar la marcha correcta de la Sociedad.

Sobre este interesante punto nada más elucidador, perfecto jurídica y gramaticalmente, que los conceptos del profesor Garrigues y de D. Rodrigo Uria en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, obra realmente exhaustiva de la materia, que constituye un verdadero monumento de doctrina científica y de sagacidad jurídica.

Entienden estos autores, que si perjudicial sería dejar a la Sociedad Anónima sometida al poder omnímodo de la mayoría del Capital, peligroso sería igualmente el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable».

«La función de la minoría debe ser de control. La protección del pequeño accionista no está en limitar a su favor los derechos de la mayoría como tal mayoría, sino impedir que éste utilice abusivamente su poder, en daño de la propia Sociedad, por lo que en definitiva la tutela de la minoría no es más que la tutela de la misma Sociedad, mediante la acción del accionista aislado».

Como remedios a esta posible situación encuentran estos autores en la Ley comentada: las cortapisas que se derivan del corto plazo de decadencia para el ejercicio de las acciones de impugnación; el limitar su ejercicio a los supuestos de infracción de la Ley o de los Estatutos, o en todo caso, a la lesión causada en los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas. Igualmente son causas restrictivas: la imposición preceptiva de costas al litigante vencido; la posibilidad de indemnización de los perjuicios causados por el que pleitea, de mala fe, suscitando pretensiones temerarias o notoriamente faltas de fundamento y la facultad a los Tribunales para que con independencia de esa indemnización impongan a el impugnador una sanción de carácter pecuniario acomodada a la importancia cuantitativa del pleito y a la gravedad del fraude.

Los acuerdos que pueden ser objeto de la impugnación son

los contrarios a la Ley, los que se opongan a los Estatutos Sociales o los que lesionan en beneficio de unos o varios accionistas los intereses de la Compañía, dividiéndose en totalmente nulos o simplemente anulables.

Su trato procesal, así como los requisitos previos a la acción judicial, no es materia que sea absolutamente necesaria para la perfecta comprensión de este trabajo, bastando a nuestro juicio indicar que pueden ejercitar las acciones de impugnación todos los accionistas, incluso aquéllos cuyo voto haya sido favorable al acuerdo recurrido; los Administradores, aunque no tengan la condición de accionistas y los terceros que estén interesados en el acuerdo nulo y que la Sociedad será parte en el litigio, como persona jurídica, por medio de sus legales representantes, que en el supuesto posible de que sean a la vez impugnadores, será llevada por la persona que el Juez designe entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo.

Hemos indicado en párrafos anteriores que el procedimiento arbitrado para la elección de miembros del Consejo—norma inédita que no está consignada, según creemos, en ninguna otra Ley extranjera—es un procedimiento que tiene por objeto la protección del accionista contra los Administradores y dirigentes de la Sociedad, cuando éstos tienen predominio en la Junta general o lo que es lo mismo que las minorías pueden designar sus auténticos delegados, evitando así que la Sociedad sea dirigida, tan sólo, por los representantes de la mayoría.

Un sagaz comentarista de esta Ley—el Profesor Senén de la Fuente, en perfecto y claro estudio—se admira de que los procedimientos de impugnación que venimos relatando no defiendan totalmente los derechos de la minoría, fallando esta Ley, que quiere defenderlos, al dejar en manos de la mayoría un eficacísimo medio de burlarlo por medio de una muy sencilla transformación.

En efecto, como con agudeza indica, basta que se nombre por la Sociedad un solo Administrador, lo que está consentido en la Ley por el contenido a «contrario sensu» de uno de sus artículos, para hacer ineficaz la elección minoritaria.

No se encuentra posibilidad, conjugadas las distintas situaciones en la práctica, tanto en lo que se refiere al momento de la creación y constitución de la Sociedad, como después durante la marcha

de ésta, de hallar un procedimiento legal de defensa que permita a los intereses minoritarios una oposición, con éxito, a un acuerdo de la mayoría, que estableciendo una impersonal administración, haga posible el ejercicio del derecho que a su favor fué establecido.

Fiel al propósito de su excelente trabajo, el Profesor de la Fuente propugna soluciones al problema que se plantea de una gran justeza jurídica, que se condensan en que, cuando el «grupo minoritario» estime que el Administrador único no defiende sus intereses, deberá solicitar la convocatoria de Junta general—incluso apelando a la Autoridad judicial—para que concretamente se pronuncie la Asamblea sobre la conveniencia del nombramiento de un coadministrador que controle la gestión del Administrador único. Esté adjunto en la gerencia de la Sociedad—claro es—que tendrá su papel limitado a la fiscalización de los actos de aquel, ya que si las misiones de uno y otro fueran idénticas, se obtendría una administración conjunta, lo que sería la negación del sistema de Administrador unipersonal.

Si la proposición no es aceptada, debe tenerse en cuenta que el nombramiento de coadministrador en el caso contrario se tiene que adoptar por el voto de la mayoría de las acciones que formen la minoría—para que funcione la protección de la minoría sería necesario otorgarle la posibilidad de impugnación ante el Juez del acuerdo, alegando claros motivos justos, determinantes de manifestaciones infracciones estatutarias o mercantiles, con la condición, así mismo, que el tanto por ciento del capital peticionario alcance la cuantía que se estimara precisa,

Se apuntan como motivos bastantes para la petición, por el autor citado, la negativa de la Junta y la gestión social opuesta a sus intereses del Administrador por la mayoría. Cree que aunque (el trámite de convocatoria de la Junta puede estimarse innecesario ya que acordado por aquélla la designación de Administrador único no va a variar su criterio y que se obtendría economía procesal y de tiempo apelando directamente al Juez, solicitando la designación de coadministrador) piensa, también, que con la reunión de la Junta, queda dentro del ámbito de la Sociedad la discrepancia por ser en el seno de ella donde debe resolverse, sin acudir a terceros «que adopten medidas coercitivas para solucio-

nar el conflicto» y que quizás la discusión del motivo facilitaría su amigable solución.

La necesidad de protección de la minoría de accionistas puede darse asimismo cuando surge el dominio que una Sociedad adquiere sobre otra. Este supuesto no está reglamentado en la legislación de España. En algún caso, como indica en el interesante estudio, complemento de la traducción española, la obra de Rolf Serick, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*, el comentarista Puig Brutau, el Tribunal Supremo de Justicia Español ha reconocido—sentencia de 8 de Julio de 1946—«la responsabilidad de la Empresa dominante por los daños causados a la dominada».

Esta dirección jurisprudencial obliga, según aquél trabajo a una reflexión, ya que «podía haberse dado el caso de que la dominación no sólo hubiera ocasionado el perjuicio sufrido por la Sociedad dominada por actos de la dominante, sino que, por su especial intensidad y características, hubiese podido suceder que esta Sociedad tuviera manera de imponer silencio a la perjudicada. Basta pensar en el caso de que la mayoría de las acciones estén en poder de otra Sociedad».

Citando la obra de Motos Guirao *Fusión de Sociedades Mercantiles*, razona lo que sucede cuando la absorción de una Sociedad por otra no produce aumento de capital, circunstancia que revela, naturalmente, que la Sociedad absorbente poseía la totalidad de las acciones de la absorbida.

Para la Sociedad «Jefe» podrá ser indiferente el que la dominada produzca o no beneficios, pues en todo caso sólo son un medio de dominación que repercute en que aquéllos aparezcan como dividendos incrementados en las acciones de la Sociedad dominante; pero el perjuicio será exclusivamente para los accionistas que están en minoría en la Sociedad dominada,

Ante estos posibles hechos justo es admitir la necesidad de proteger en el derecho español el perjuicio causado con una acción concedida a esos accionistas minoritarios. Propugna Puig Brutau por una facultad análoga a la que en el derecho angloamericano se denomina «derivative stockholders suit», que representa una excepción al principio de la personalidad jurídica independiente de la Sociedad.

Como indica, esta acción tiene su analogía en el derecho

europeo con la conocida en Francia con la denominación de «acción sociale uti singuli».

Nos permitimos opinar que esta es una acción de escasa concreción a la que se ha buscado por los comentaristas de su nacionalidad, un entronque con la legislación romana, sin que creamos que pueda compararse a la «actio popularis», ni a la «acción de los negocios hechos», con las que se le quiere encontrar semejanza.

Esta figura de la «acción sociale uti singuli» ha sido elaborada en parte por la jurisprudencia francesa, en la interpretación de las leyes de Sociedades Comerciales.

Comprende a la Sociedad—en la Anónima—, pero puede ejercerse por los accionistas ya por cada uno aisladamente o formando grupo que representen la vigésima parte, cuando menos, del capital social, si la Entidad, haciendo caso omiso de sus derechos, no la ejercita; pero siempre, los beneficios que hayan de obtenerse con su empleo, serán para la Sociedad y no en el de los accionistas que la promovieron.

La Junta general, confirmando el supuesto en que se ha de apoyar o transigiendo sobre él, impedirá el comienzo del procedimiento o su continuación, por lo que, si los Administradores a quien se atribuye la errada gestión disponen de mayoría, los reclamantes nada pueden hacer ante el acuerdo que impugnan. Si esto es así y debe serlo, cuando su uso es muy poco frecuente, de nada, en definitiva, serviría su inclusión en la Ley.

Abordada en la Ley española la protección del accionista minoritario, podemos concretar que se manifiesta en los siguientes derechos:

- 1.º—El de convocatoria de la Junta general extraordinaria, exigiéndose un décimo del capital desembolsado (art. 56).
- 2.º—Prórroga de esa Junta a petición de socios que representen la cuarta parte del capital desembolsado presente en ella (art. 63).
- 3.º—Información, antes de la Junta o durante la sesión, con las aclaraciones precisas de los asuntos del orden del día, Si los accionistas peticionarios representan al menos la cuarta parte del capital desembolsado, no puede, por motivo alguno, negarse (art. 65).
- 4.º—Suspensión, por el Juez, del acuerdo impugnado, cuando

se formule por los que representen la quinta parte del capital social (art. 70, núm. 4.º).

5.º—Representación proporcional en el Consejo de Administración, (art. 71).

6.º—Ejercitar acciones contra los Administradores, cuando la Sociedad no lo haga, contando con los votos de la décima parte del capital.

7.º—Transigir o renunciar al ejercicio de la acción, con el mismo capital social.

Estos números 6 y 7, amparados en el art. 79.

8.º—Nombramiento de «Censores de cuentas», uno efectivo y otro suplente, con el voto de la décima parte del capital social desembolsado.

9.º—Investigación extraordinaria por los censores, si la votan, por lo menos la tercera parte del capital social desembolsado, y

10.—Designación de un Interventor que fiscalice las operaciones de liquidación por parte de los que representan la vigésima parte del capital social.

Observamos que para fijar los tantos por cientos necesarios a las peticiones que se relacionan, la Ley ha seguido el criterio de atender sólo a la cuantía sin tener presente el volumen—reducido o importante—del capital de la Compañía, lo que no se nos antoja concorde con la consideración que su exposición de motivos formula para la pequeña sociedad «respetando—dice—el uso arraigado en algunas regiones de fundar Sociedades Anónimas de tipo familiar para negocios modestos».

En España, por otra parte, como dijimos, no se establece presunción alguna de culpa contra los Administradores, con lo que puede pensarse que se consagra el principio de su inmunidad con respecto a los actos de su gestión regular en la Sociedad.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 1915, examinando un litigio en que se solicitaba la declaración de responsabilidad para los Administradores de una Sociedad, declaró que no incurrían en ella cuando observando las reglas del mandato, cumplen acuerdos de la Junta general, que aún siendo ilegítimos' obligan a los Administradores, mientras no sean anulados.

Tampoco se define cuál es el daño determinado que la acción perjudicial de aquellos ocasiona, que a nuestro entender se matiza,

teniendo en cuenta que si es indirecto se tratará de una social y siendo directo la de tercero, debiendo regularse así su ejercicio.

Existen, por consiguiente, dos formas de responsabilidad; una, la especial, creada para la Sociedad Anónima y otra referida al Derecho usual, ya sea contractual o extracontractual, que no es incompatible ni se excluye con la primera.

Un comentarista sugiere que debió hacerse la declaración en esta Ley tomándola de la Suiza, tendente a que la Junta, ni aún por un voto de mayoría, puede privar al accionista de sus derechos adquiridos, ni imponerle una transformación del fin social. Nos parece que todo ello se encuentra implícito en los artículos antes expuestos, sin necesidad de una reglamentación específica.

La defensa del accionista minoritario, consagrada en la Ley, representa un avance considerable en el ordenamiento español con respecto a los anteriores y un legítimo respeto a sus legítimos intereses y a la posibilidad de su defensa; pero la tranquilidad y garantía de aquéllos residirá—siempre—en función de la existencia de un riguroso régimen de exigencia de responsabilidad a los Consejos de Administración. (1)

ANTONIO CUÉLLAR GRAGERA

(1) El culto abogado extremeño, decano del Colegio de Abogados de Badajoz, don Antonio Cuéllar, nos ha ofrecido las primicias del trabajo inédito que publicamos y que presentará como miembro de la «*Unión Internationale des Avocats*» durante su asistencia al Congreso de Lisbonne.

El problema de la defensa de los derechos e intereses legítimos de las minorías de accionistas en las Sociedades Mercantiles

Encontrar fórmulas que puedan resolver los distintos problemas que la aplicación de una Ley^o en vigor ofrece en la práctica, es misión primordial e indeclinable de todo cultivador del Derecho. No se trata—sólo—del aspecto crítico, procurando presentar lo que pudo hacerse en la norma examinada que sería tanto como investigar su fondo filosófico y circunstancial, estudio en principio inoperante, ya que la disposición legal se presenta construída; ni tampoco, descubrir los posibles errores de fondo o en relación contra otras leyes—caso este último hoy muy frecuente dada la extraordinaria profusión que en todos los países alcanzan las disposiciones legales, publicadas con prisa acelerada, producto del tiempo actual, sino de intentar hallar, dentro del pensamiento del legislador y de la tónica de la Ley, la armónica aplicación que, realmente, merece cooperando en definitiva a su aplicación cotidiana, abriendo con ello camino a posibles interpretaciones doctrinales y a las más amplias—que todo lo que sigue a la labor de desbroze y divulgación trae consigo—o de orden práctico o jurisprudencial, al llegar los problemas que se planteen a la intervención judicial.

Los presentados por «la defensa de los legítimos intereses de las minorías de accionistas», en las Sociedades Mercantiles son, como no podía por menos de suceder, cuando se mezclan intereses y personas, muy varios. La misión, como con brillantez y acierto, afirma el Profesor Garriges, que corresponde a todo dere-

cho de Sociedades, consiste «en anular las diferencias entre la empresa individual y la social, considerando a ésta, en el tráfico mercantil, como un comerciante al nivel de la forma física».

Toda opinión de la minoría, como toda discrepancia legal o de diferencia de criterios, debe ser tenida en cuenta, aunque no sea más que para replantear de nuevo, en toda su amplitud, el problema que suscita examinándolo a la luz que proyectan las diferencias planteadas.

Las minorías, como es sabido, son gramaticalmente y en el orden mercantil fracciones de la Sociedad, que de ordinario en las Juntas o Asambleas votan contra el mayor número de sus miembros o el conjunto de votos dados en contra de lo que opina el mayor número de los votantes.

Constituyen las facultades minoritarias en el orden de las Sociedades Mercantiles, como observa Ferrara, «una especie de válvula de seguridad del sistema».

Organo de seguridad, en el ambiente a veces apasionado, en la obstinada pretensión de imponer una dirección no concorde totalmente con la realidad, aunque se presente con apariencias que simulan aspectos razonables, que se dan, ¡y tantas!, en las Asambleas Generales.

El accionista separado de la Junta, no tiene la menor relevancia para la vida de la empresa; es en aquélla donde puede expresar su opinión minoritaria, dentro de los muy limitados derechos de fiscalización e intervención—posibilidad de turnos muy reducidos en pro y contra; la no inclusión del tema en el orden del día, etcétera. La fiscalización resulta así, en la práctica, sumamente reducida.

Las minorías las presenta Vivante como órgano social extraordinario que tienen la misión de subsanar la actuación deficiente de los órganos sociales ordinarios y encaminarlos por las vías legales. Misión que, claro es, corresponde igualmente a cada uno de los socios.

La justificación de la Empresa Mercantil actual, sobre todo en la forma anónima, se proyecta en relación a este personaje minoritario, al pequeño capitalista, que está, en numerosos casos, falto de la necesaria preparación comercial y puede encontrar en la Compañía Mercantil la posibilidad de invertir su capital en la economía libre, logrando los beneficios que hacen menor el riesgos,

disminuyéndolo mediante su división. No se trata de legalizar y conceder lugar preeminente al «gran capital», sino encontrar modo de encauzar el complemento de capacidad de un trabajo individual, con obtención o aumento del capital invertido.

La igualdad del trato a los accionistas, conectada con la soberanía de la Junta, logrando la defensa de las minorías sociales, es la aspiración que habrá de encontrar su cauce creando fundados límites a las facultades corrientes de las Juntas Generales, órgano único en el que pueden manifestarse, como quede dicho, las minorías.

En determinadas legislaciones—como sucede en Italia—la defensa de las minorías, en casos de manifiesta y grave infracción por parte de los administradores de la Compañía, está en ciertos casos a cargo del Ministerio Fiscal, que puede solicitar del Juzgado o Tribunal la inspección de la marcha de la Sociedad, a expensa de la misma, o la intervención de los elementos independientes que corrijan la situación desventajosa creada por la dirección equivocada de los Administradores.

En general, en este supuesto, cuando una décima parte del capital denuncia al Tribunal una situación como la expuesta, éste, oyendo a los Gerentes, puede ordenar la inspección; pero la intervención apuntada del Ministerio Público tiende a la defensa de las minorías, ya que los accionistas que no lo sean, de más de la décima parte del capital social, no han de tener—en muchos de los casos—medios suficientes para los costes de inspección y examen de la marcha social que pueden cifrarse, según la complicación que el hecho presente y el capital social, como regulador del gasto, en cantidades importantes.

La denuncia de las infracciones manifiestamente extralimitadas y graves por los accionistas minoritarios al Ministerio Público, permite la intervención de éste y la apertura de la investigación, pudiendo aquél incluso solicitar la remoción de los liquidadores, cuando exista fundado motivo para impedir posibles fraudes entre socios y liquidadores, en detrimento de los acreedores sociales.

La defensa de los intereses minoritarios comprende, [lo que se denomina «Facultades de la minoría», que surgen como consecuencia del mal camino que la Sociedad lleva, ya porque los directivos no han tenido el control suficiente por el abandono y negligencia de la Junta General y su indiferencia ante los problemas sociales,

o bien porque los socios, mirando a su propio interés, constituyen bloques dentro de la Compañía que disminuyen los beneficios en provecho particular de ellos, que los perciben de otro modo; o dándose el caso, no raro por cierto, de que la mayoría de las acciones de la Sociedad esten en manos de otra Sociedad, para la cual no tendrá importancia que la primera no produzca intereses, en cuyo supuesto el perjuicio se soportará por los accionistas que estén en minoría en la Sociedad absorbida.

La Ley ha de conceder facultades al socio, ya de modo individual o unido a otros que participen en el capital social, cuya porción para obrar variará según los casos, para la justa defensa de sus intereses.

Ello, aparte de las limitaciones, como apuntamos antes, que de modo general ha de tener la Junta de este orden, representadas por las Leyes que regulan el tipo de Sociedad de que se trate y el respeto a las normas establecidas en defensa de los intereses particulares de los acreedores sociales y de los accionistas, particularmente considerados, lo que representa, en definitiva, la defensa del accionista frente a la voluntad de la mayoría creando «Los derechos individuales del Socio», del que es principio fundamental el derecho a la paridad en el trato de todos y cada uno de aquéllos.

Esta igualdad, base necesaria, con la propia soberanía de la Junta—lo que no constituye antinomia, cuando funciona la Compañía correcta y legalmente—es la que justifica, cuando no es así, la necesidad de establecer con rígida técnica y absoluta claridad el empleo de los métodos y remedios a poner en práctica para conseguir la protección necesaria y justa en defensa de las minorías de accionistas en las Sociedades Comerciales.

La tendencia muy marcada, actualmente, de abandono del individualismo, es realidad que ponen de relieve tratadistas de todo orden, tanto en materias económicas, como en las sociales y jurídicas.

Como secuela de la evolución de aquellas ideas, las tendencias que hoy fluctúan entre que las grandes Empresas o Sociedades sean estatificadas o que se de a las mismas una total liberalización sin ninguna traba normativa. Dos vértices, que como todos los

extremismos, están llenos de grandes ventajas y al propio tiempo plagados de graves inconvenientes.

Término medio—punto de la verdad, lo denomina Wilson—sería el exigir un mínimo de normas, con una ponderada sumisión al control estatal. La tarea no es fácil, por cuanto chocan en estos aspectos intereses distintos y contrarios. De una parte, en las grandes Sociedades el deseo de dominio de la Empresa con todas sus consecuencias de poderío y absorción; de otra, en los pequeños accionistas, el único objetivo de una rentabilidad máxima del dinero con la vista tan sólo fija en el dividendo y en la facultad de separarse de la Empresa, a su albedrío, pignorando las acciones.

Algún autor ha clasificado las Leyes que se dirigen a regular estas Empresas en individualistas y minoritarias, ya sea la intervención en aquéllas realizadas de un modo aislado, individual o se exija la formación de una fracción, minoritaria, de varios socios.

Poco aclara esta distinción, a nuestro objeto, sin que sea realmente indiscutible su afirmación, pues la mayoría puede ser de un solo socio, en cuya mano están más de la mitad de las acciones y la minoría—a la vez—puede tener representación única o varía independientemente de la cantidad de acciones que los Estatutos Sociales determinen para intervenir en la marcha de la Compañía.

El desenvolvimiento de los enunciados expuestos se dá en España como en el resto de Europa, en la Sociedad que al objeto de la exposición tomaremos, en este capítulo, como tipo para examinar en ella la posición de las minorías y su defensa. La Anónima, que es en frase de Mossa «centro de la evolución de la Sociedad Contemporánea», con su reglamentación, empezó en España en el Código de Comercio de 1829, con un sistema más flexible que el francés, ya que la escritura fundacional y el régimen de la Sociedad, entre otros extremos a destacar, debieron ser aprobados por el Tribunal de Comercio. Me resisto a callar, aunque nos alejemos del tema, porque es un debido homenaje a los legisladores de mi patria, una referencia histórica, primero a Ley de 28 de Enero de 1848, que fué una anticipación muy brillante de tendencias que hoy mismo tienen auge. Ley, con verdadera adivinación técnica, de cómo sería el futuro mercantil, aunque como no podía por

menos de suceder, estuviera sometida su aplicación a la «soberana autoridad gubernativa».

En segundo lugar de esta memoria figura la Ley de 1869, en la que se encuentra regulada una acción individual contra los Administradores, que pudo ser ejercida también colectivamente ante los Tribunales para exigir el cumplimiento de los acuerdos de las Juntas y responsabilidad a aquéllas del uso que hayan hecho de las facultades que se le concedieron, principio que revela un sentir cercano al ahora consagrado por la doctrina y las leyes, y que representa en el tiempo que se dictó un indudable avance.

Esta Ley concedió amplias facultades para la fundación de toda clase de empresas, sistema que después recogió el Código de Comercio de 1885, con libertad de asociación; no necesidad de intervención gubernativa y publicidad de los acuerdos sociales que pudieran interesar a terceros.

La Sociedad Anónima, considerada como persona jurídica, ha tenido en España gran auge, pero la libertad total de que gozó llevó en cierto casos a su uso exagerado, desconociéndose el derecho de los accionistas minoritarios y concentrando en la persona de los Administradores la total vida de la Empresa con absoluto desprecio, en la generalidad de aquéllos, para el derecho de los demás partícipes.

La necesidad de una reforma substancial se hacía sentir cada día más en la evolución que siguió a las dos guerras europeas y tuvo realidad con la Ley de 17 de Julio de 1951, que trajo al Derecho Español, con evidente retraso, el sistema regulador y de ordenamiento coactivo que ya se había dado, años antes, en otras legislaciones.

Rápidamente expuestas—lo que es absolutamente necesario para la comprensión de este trabajo y su encauzamiento en el tema «de la defensa de las minorías», que no sería inteligible sin su exposición—las características de esta normal legal, son:

Un capital dividido en acciones, formado por los socios, con lo que cada uno aporta.

Los accionistas no responden de las deudas de la Sociedad.

Esta tiene, siempre, carácter mercantil.

La Sociedad tiene que revestir, por mandato imperativo de la

Ley, el carácter de Sociedad Anónima, cuando se constituye con un capital superior a 5.000.000 de pesetas.

La nacionalidad de toda Sociedad Anónima fundada en España, en virtud de los preceptos del Código de Comercio, ha de ser precisamente la española.

Se exige un mínimo de tres socios fundadores—personas individuales, claro es, distintas—, aunque la continuación de la Sociedad pueda darse con un solo socio, siguiendo la práctica adoptada en Alemania, Italia y los Estados Unidos de América.

Las acciones de esta Compañía pueden ser tanto nominativas como al portador y son consideradas o como parte del capital, bien como conjunto de derechos inherentes a la condición de socio o como títulos y documentos al que se incorporan esos derechos.

Como condición esencial, tienen el carácter de indivisibles.

Aspecto interesante es la regularización del usufructo de esas acciones que concede la cualidad de socio al nudo propietario, y de acuerdo con las teorías de Thaller, los dividendos—o frutos—al usufructuario de los títulos.

En la prenda, los derechos corresponden al propietario de las acciones y no al acreedor pignoraticio.

Se establece la transmisibilidad de las acciones con toda libertad, sólo limitada por las condiciones que determinen los Estatutos porque se rija la Sociedad.

Existe la posibilidad de convocatoria *judicial* de la Junta general ordinaria, tomada de las legislaciones suiza y alemana, que tuvo antecedente en España en una Ley particular del año 1947, dictada ante la necesidad de que se verificasen juntas en las Compañías que deliberadamente se negaban con especiosos motivos a comparecer ante los socios. Junta hubo que por la falta de autorización gubernativa, necesaria en aquellos tiempos de excepción, no deliberó en muchos años. Este precepto se incorporó a la Ley nueva—que examinamos—disponiéndose que la Junta ordinaria puede ser convocada judicialmente, a petición de los socios, y oídos los Administradores, que informarán sobre las razones que determinaron la convocatoria, el Juez accederá o no a la petición formulada, de acuerdo con sus facultades discrecionales.

El Juez puede, también, designar la persona que presida la Junta, que será o no accionista, según su particular criterio.

Esta facultad judicial está restringida, en cuanto se refiere a la Junta general extraordinaria, pues en este supuesto, si la petición se formula por accionistas que representan la décima parte del capital desembolsado, y los Administradores no la convocan en el plazo de treinta días del requerimiento, el Juez tiene que corregir la infracción, señalando *obligatoriamente* día para la reunión.

Un derecho de información cabe a los accionistas, recogido en esta Ley, siguiendo el ejemplo de otros enjuiciamientos con la posibilidad de solicitar por escrito antes de la Junta—o verbalmente durante la misma—los detalles, informes o aclaraciones que estimen precisos sobre los asuntos comprendidos en el Orden del día.

La amplitud del precepto es indudable—dentro del Orden del día—, claro es, tan sólo restringida por la intervención del Presidente, que puede estimar que la publicidad de los datos pedidos perjudica los intereses sociales y en su consecuencia denegar la información solicitada.

Surje en esta materia un precepto en la Ley defensor de los derechos de la minoría, pues cuando los datos pedidos en la solicitud de información, esté suscrita por accionistas que representan—como mínimo—la cuarta parte del capital desembolsado, la información, cualquiera que pueda ser el resultado de su conocimiento, será necesariamente facilitada.

Este derecho de la minoría, no puede ser obstaculizado, como queda expuesto, ni por los Administradores de la Sociedad ni por el Presidente de la Junta y debe ser consentido, facilitando los datos pedidos—cualquiera que fueren—, a los accionistas minoritarios.

Como defensa—también—de los derechos de la minoría, la Ley que examinamos fué aclarada por disposición ministerial del año 1952, disponiéndose el estampillado de las acciones que se agrupen para la elección de la representación minoritaria en el Consejo de Administración.

El sistema de representación proporcional para la designación de Vocales, da derecho a las acciones que por agrupación voluntaria constituyen una cifra de capital social igual o mayor a la que

resulte de dividir este último por el número de Vocales del Consejo, a designar los que superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción y tanto en el caso de la designación total de los Vocales como en su renovación parcial, el cociente o sea el capital preciso para la adquisición del derecho y ejercicio del mismo, ha de ser siempre el resultado de dividir el capital social por el número total de Vocales del Consejo.

Estas acciones, agrupadas para la elección, son las que se estampillan, expresando que se ha hecho uso de aquel derecho de elección por agrupación voluntaria y la fecha de la Junta.

Contienen, pues, los preceptos que expresamos un evidente derecho de representación de la minoría y constituyen un engranaje por el que se faculta a los distintos grupos de acciones, según el tanto por cierto que representen, para ocupar puestos en el Consejo, lo que reducirá, de acuerdo con la lógica, las fricciones entre los accionistas y los Administradores de la Sociedad.

Los derechos de los accionistas han de ser como mínimos: A) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación. B) Preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones; y C) El de votar en las Juntas generales cuando posea el número de acciones que los Estatutos exijan para su ejercicio.

Surje, como secuela de los acuerdos sociales, el procedimiento de impugnación, que constituye, según Fairen, «la defensa de las minorías sociales». La Ley que comentamos dedica cuatro artículos a esta materia de enorme transcendencia, tanto para la Sociedad en sí, como para los accionistas y obligacionistas.

Claro es que estas disposiciones y las ya expuestas no alteran, ni ello sería posible, el que en una Sociedad típica de capitales, como la examinada, prevaleciera la opinión de las minorías sobre la mayoría; pero la concesión de los derechos de información y fiscalización sumariamente enunciados y la participación proporcional en la administración del accionista minoritario, facilitan la posición de éstos, que se encuentra robustecida, como ahora veremos, por la posibilidad de evitar que una posición mayoritaria injusta prevalezca. Se tiende a evitar el hecho consumado cuando es notorio el abuso de poder.

El de la minoría reside en la posibilidad de impugnación de

los acuerdos sociales, contenida en esos cuatro artículos a que aludimos, que pueden ser un arma de dos filos, freno para la mayoría que se excede en su cometido y licencia de caza, sin control, para minorías poco dignas, que abusaran de los procedimientos legales para obstaculizar la marcha correcta de la Sociedad.

Sobre este interesante punto nada más elucidador, perfecto jurídica y gramaticalmente, que los conceptos del profesor Garrigues y de D. Rodrigo Uria en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, obra realmente exhaustiva de la materia, que constituye un verdadero monumento de doctrina científica y de sagacidad jurídica.

Entienden estos autores, que si perjudicial sería dejar a la Sociedad Anónima sometida al poder omnímodo de la mayoría del Capital, peligroso sería igualmente el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable».

«La función de la minoría debe ser de control. La protección del pequeño accionista no está en limitar a su favor los derechos de la mayoría como tal mayoría, sino impedir que éste utilice abusivamente su poder, en daño de la propia Sociedad, por lo que en definitiva la tutela de la minoría no es más que la tutela de la misma Sociedad, mediante la acción del accionista aislado».

Como remedios a esta posible situación encuentran estos autores en la Ley comentada: las cortapisas que se derivan del corto plazo de decadencia para el ejercicio de las acciones de impugnación; el limitar su ejercicio a los supuestos de infracción de la Ley o de los Estatutos, o en todo caso, a la lesión causada en los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas. Igualmente son causas restrictivas: la imposición preceptiva de costas al litigante vencido; la posibilidad de indemnización de los perjuicios causados por el que pleitea, de mala fe, suscitando pretensiones temerarias o notoriamente faltas de fundamento y la facultad a los Tribunales para que con independencia de esa indemnización impongan a el impugnador una sanción de carácter pecuniario acomodada a la importancia cuantitativa del pleito y a la gravedad del fraude.

Los acuerdos que pueden ser objeto de la impugnación son

los contrarios a la Ley, los que se opongan a los Estatutos Sociales o los que lesionan en beneficio de unos o varios accionistas los intereses de la Compañía, dividiéndose en totalmente nulos o simplemente anulables.

Su trato procesal, así como los requisitos previos a la acción judicial, no es materia que sea absolutamente necesaria para la perfecta comprensión de este trabajo, bastando a nuestro juicio indicar que pueden ejercitar las acciones de impugnación todos los accionistas, incluso aquéllos cuyo voto haya sido favorable al acuerdo recurrido; los Administradores, aunque no tengan la condición de accionistas y los terceros que estén interesados en el acuerdo nulo y que la Sociedad será parte en el litigio, como persona jurídica, por medio de sus legales representantes, que en el supuesto posible de que sean a la vez impugnadores, será llevada por la persona que el Juez designe entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo.

Hemos indicado en párrafos anteriores que el procedimiento arbitrado para la elección de miembros del Consejo—norma inédita que no está consignada, según creemos, en ninguna otra Ley extranjera—es un procedimiento que tiene por objeto la protección del accionista contra los Administradores y dirigentes de la Sociedad, cuando éstos tienen predominio en la Junta general o lo que es lo mismo que las minorías pueden designar sus auténticos delegados, evitando así que la Sociedad sea dirigida, tan sólo, por los representantes de la mayoría.

Un sagaz comentarista de esta Ley—el Profesor Senén de la Fuente, en perfecto y claro estudio—se admira de que los procedimientos de impugnación que venimos relatando no defiendan totalmente los derechos de la minoría, fallando esta Ley, que quiere defenderlos, al dejar en manos de la mayoría un eficacísimo medio de burlarlo por medio de una muy sencilla transformación.

En efecto, como con agudeza indica, basta que se nombre por la Sociedad un solo Administrador, lo que está consentido en la Ley por el contenido a «contrario sensu» de uno de sus artículos, para hacer ineficaz la elección minoritaria.

No se encuentra posibilidad, conjugadas las distintas situaciones en la práctica, tanto en lo que se refiere al momento de la creación y constitución de la Sociedad, como después durante la marcha

de ésta, de hallar un procedimiento legal de defensa que permita a los intereses minoritarios una oposición, con éxito, a un acuerdo de la mayoría, que estableciendo una impersonal administración, haga posible el ejercicio del derecho que a su favor fué establecido.

Fiel al propósito de su excelente trabajo, el Profesor de la Fuente propugna soluciones al problema que se plantea de una gran justeza jurídica, que se condensan en que, cuando el «grupo minoritario» estime que el Administrador único no defiende sus intereses, deberá solicitar la convocatoria de Junta general—incluso apelando a la Autoridad judicial—para que concretamente se pronuncie la Asamblea sobre la conveniencia del nombramiento de un coadministrador que controle la gestión del Administrador único. Esté adjunto en la gerencia de la Sociedad—claro es—que tendrá su papel limitado a la fiscalización de los actos de aquel, ya que si las misiones de uno y otro fueran idénticas, se obtendría una administración conjunta, lo que sería la negación del sistema de Administrador unipersonal.

Si la proposición no es aceptada, debe tenerse en cuenta que el nombramiento de coadministrador en el caso contrario se tiene que adoptar por el voto de la mayoría de las acciones que formen la minoría—para que funcione la protección de la minoría sería necesario otorgarle la posibilidad de impugnación ante el Juez del acuerdo, alegando claros motivos justos, determinantes de manifestaciones infracciones estatutarias o mercantiles, con la condición, así mismo, que el tanto por ciento del capital peticionario alcance la cuantía que se estimara precisa,

Se apuntan como motivos bastantes para la petición, por el autor citado, la negativa de la Junta y la gestión social opuesta a sus intereses del Administrador por la mayoría. Cree que aunque (el trámite de convocatoria de la Junta puede estimarse innecesario ya que acordado por aquélla la designación de Administrador único no va a variar su criterio y que se obtendría economía procesal y de tiempo apelando directamente al Juez, solicitando la designación de coadministrador) piensa, también, que con la reunión de la Junta, queda dentro del ámbito de la Sociedad la discrepancia por ser en el seno de ella donde debe resolverse, sin acudir a terceros «que adopten medidas coercitivas para solucio-

nar el conflicto» y que quizás la discusión del motivo facilitaría su amigable solución.

La necesidad de protección de la minoría de accionistas puede darse asimismo cuando surge el dominio que una Sociedad adquiere sobre otra. Este supuesto no está reglamentado en la legislación de España. En algún caso, como indica en el interesante estudio, complemento de la traducción española, la obra de Rolf Serick, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*, el comentarista Puig Brutau, el Tribunal Supremo de Justicia Español ha reconocido—sentencia de 8 de Julio de 1946—«la responsabilidad de la Empresa dominante por los daños causados a la dominada».

Esta dirección jurisprudencial obliga, según aquél trabajo a una reflexión, ya que «podía haberse dado el caso de que la dominación no sólo hubiera ocasionado el perjuicio sufrido por la Sociedad dominada por actos de la dominante, sino que, por su especial intensidad y características, hubiese podido suceder que esta Sociedad tuviera manera de imponer silencio a la perjudicada. Basta pensar en el caso de que la mayoría de las acciones estén en poder de otra Sociedad».

Citando la obra de Motos Guirao *Fusión de Sociedades Mercantiles*, razona lo que sucede cuando la absorción de una Sociedad por otra no produce aumento de capital, circunstancia que revela, naturalmente, que la Sociedad absorbente poseía la totalidad de las acciones de la absorbida.

Para la Sociedad «Jefe» podrá ser indiferente el que la dominada produzca o no beneficios, pues en todo caso sólo son un medio de dominación que repercute en que aquéllos aparezcan como dividendos incrementados en las acciones de la Sociedad dominante; pero el perjuicio será exclusivamente para los accionistas que están en minoría en la Sociedad dominada,

Ante estos posibles hechos justo es admitir la necesidad de proteger en el derecho español el perjuicio causado con una acción concedida a esos accionistas minoritarios. Propugna Puig Brutau por una facultad análoga a la que en el derecho angloamericano se denomina «derivative stockholders suit», que representa una excepción al principio de la personalidad jurídica independiente de la Sociedad.

Como indica, esta acción tiene su analogía en el derecho

europeo con la conocida en Francia con la denominación de «acción sociale uti singuli».

Nos permitimos opinar que esta es una acción de escasa concreción a la que se ha buscado por los comentaristas de su nacionalidad, un entronque con la legislación romana, sin que creamos que pueda compararse a la «actio popularis», ni a la «acción de los negocios hechos», con las que se le quiere encontrar semejanza.

Esta figura de la «acción sociale uti singuli» ha sido elaborada en parte por la jurisprudencia francesa, en la interpretación de las leyes de Sociedades Comerciales.

Comprende a la Sociedad—en la Anónima—, pero puede ejercerse por los accionistas ya por cada uno aisladamente o formando grupo que representen la vigésima parte, cuando menos, del capital social, si la Entidad, haciendo caso omiso de sus derechos, no la ejercita; pero siempre, los beneficios que hayan de obtenerse con su empleo, serán para la Sociedad y no en el de los accionistas que la promovieron.

La Junta general, confirmando el supuesto en que se ha de apoyar o transigiendo sobre él, impedirá el comienzo del procedimiento o su continuación, por lo que, si los Administradores a quien se atribuye la errada gestión disponen de mayoría, los reclamantes nada pueden hacer ante el acuerdo que impugnan. Si esto es así y debe serlo, cuando su uso es muy poco frecuente, de nada, en definitiva, serviría su inclusión en la Ley.

Abordada en la Ley española la protección del accionista minoritario, podemos concretar que se manifiesta en los siguientes derechos:

1.º—El de convocatoria de la Junta general extraordinaria, exigiéndose un décimo del capital desembolsado (art. 56).

2.º—Prórroga de esa Junta a petición de socios que representen la cuarta parte del capital desembolsado presente en ella (art. 63).

3.º—Información, antes de la Junta o durante la sesión, con las aclaraciones precisas de los asuntos del orden del día, Si los accionistas peticionarios representan al menos la cuarta parte del capital desembolsado, no puede, por motivo alguno, negarse (art. 65).

4.º—Suspensión, por el Juez, del acuerdo impugnado, cuando

se formule por los que representen la quinta parte del capital social (art. 70, núm. 4.º).

5.º—Representación proporcional en el Consejo de Administración, (art. 71).

6.º—Ejercitar acciones contra los Administradores, cuando la Sociedad no lo haga, contando con los votos de la décima parte del capital.

7.º—Transigir o renunciar al ejercicio de la acción, con el mismo capital social.

Estos números 6 y 7, amparados en el art. 79.

8.º—Nombramiento de «Censores de cuentas», uno efectivo y otro suplente, con el voto de la décima parte del capital social desembolsado.

9.º—Investigación extraordinaria por los censores, si la votan, por lo menos la tercera parte del capital social desembolsado, y

10.—Designación de un Interventor que fiscalice las operaciones de liquidación por parte de los que representan la vigésima parte del capital social.

Observamos que para fijar los tantos por cientos necesarios a las peticiones que se relacionan, la Ley ha seguido el criterio de atender sólo a la cuantía sin tener presente el volumen—reducido o importante—del capital de la Compañía, lo que no se nos antoja concorde con la consideración que su exposición de motivos formula para la pequeña sociedad «respetando—dice—el uso arraigado en algunas regiones de fundar Sociedades Anónimas de tipo familiar para negocios modestos».

En España, por otra parte, como dijimos, no se establece presunción alguna de culpa contra los Administradores, con lo que puede pensarse que se consagra el principio de su inmunidad con respecto a los actos de su gestión regular en la Sociedad.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 1915, examinando un litigio en que se solicitaba la declaración de responsabilidad para los Administradores de una Sociedad, declaró que no incurren en ella cuando observando las reglas del mandato, cumplen acuerdos de la Junta general, que aún siendo ilegítimos' obligan a los Administradores, mientras no sean anulados.

Tampoco se define cuál es el daño determinado que la acción perjudicial de aquellos ocasiona, que a nuestro entender se matiza,

teniendo en cuenta que si es indirecto se tratará de una social y siendo directo la de tercero, debiendo regularse así su ejercicio.

Existen, por consiguiente, dos formas de responsabilidad; una, la especial, creada para la Sociedad Anónima y otra referida al Derecho usual, ya sea contractual o extracontractual, que no es incompatible ni se excluye con la primera.

Un comentarista sugiere que debió hacerse la declaración en esta Ley tomándola de la Suiza, tendente a que la Junta, ni aún por un voto de mayoría, puede privar al accionista de sus derechos adquiridos, ni imponerle una transformación del fin social. Nos parece que todo ello se encuentra implícito en los artículos antes expuestos, sin necesidad de una reglamentación específica.

La defensa del accionista minoritario, consagrada en la Ley, representa un avance considerable en el ordenamiento español con respecto a los anteriores y un legítimo respeto a sus legítimos intereses y a la posibilidad de su defensa; pero la tranquilidad y garantía de aquéllos residirá—siempre—en función de la existencia de un riguroso régimen de exigencia de responsabilidad a los Consejos de Administración. (1)

ANTONIO CUÉLLAR GRAGERA

(1) El culto abogado extremeño, decano del Colegio de Abogados de Badajoz, don Antonio Cuéllar, nos ha ofrecido las primicias del trabajo inédito que publicamos y que presentará como miembro de la «*Unión Internationale des Avocats*» durante su asistencia al Congreso de Lisbonne.