

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXX

Abril 1954

Núm. 311

El proceso fundacional de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en la ordenación legal de su régimen jurídico

(Continuación) (*)

13.—Además del fondo capital pueden las Sociedades, en general, poseer otros medios que en la economía social adquieren cierta importancia. Tales medios son las *aportaciones suplementarias* y las *prestaciones accesorias*. Las primeras tienen por finalidad dar elasticidad al capital, creando, al efecto, dos clases o tipos del mismo: el *rígido e inmóvil*, base del crédito de la Compañía, y el *complementario o variable*, masa de maniobra para conveniencias circunstanciales. Aquél determina la responsabilidad de los socios frente a terceros, y es intangible —salvo los casos de su reducción o aumento y de liquidación— e irrestituible durante la vida social. El *complementario* provoca la responsabilidad de los socios para con la Sociedad exclusivamente; puede experimentar alteraciones en su cuantía y ser restituído por decisión social, con derecho de abandono por parte de los socios. Estas *aportaciones suplementarias* son, en realidad, el origen de la *société à capital variable* admitida en Francia para toda clase de Sociedades

(*) Véase el número 308 de esta Revista, pág. 1.

por la vieja Ley de 24 de junio de 1867 (arts. 48 al 51), y concretamente para las de Responsabilidad Limitada por el artículo 40 de su Ley especial, de fecha 7 de marzo de 1925.

Mas como la Ley española no hace mención alguna de dichas *aportaciones suplementarias*, me limito a dejar hecha la indicación de su existencia en el Derecho de Sociedades para ocuparme de las *prestaciones accesorias*, pues éstas sí están admitidas por la nueva Ley en su artículo 10. «En la escritura fundacional —dice— podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad, y, en su caso, la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen. Estas prestaciones no podrán integrar el capital de la Sociedad.»

Si hubiéramos de analizar la naturaleza jurídica de las *prestaciones accesorias*, en lo primero que habríamos de fijarnos es en que, dada su imposibilidad de integración en el fondo capital, no obstante tener un contenido patrimonial, o económico al menos, que las robustece evidentemente, presentan un carácter complejo por cuanto crean derechos y deberes recíprocos de índole social y mercantil unos, típicamente civiles otros, todos con raíz y fundamento en el estatuto social. Algunas de estas prestaciones dan a la Sociedad Limitada en que se estipulen una fisonomía predominantemente personalista, como por ejemplo, si el eje de las actividades sociales está constituido por la capacidad y el prestigio técnico o financiero de todos o de algunos de los socios y queda reducido el capital a ser la base puramente jurídica de la organización, sin otro alcance que servir al principio legal de limitación de responsabilidad, caso en el que la carta constitutiva habrá de contener la adecuada reglamentación para deslindar debidamente la órbita individual de la colectiva y precisar con exactitud los derechos y las obligaciones especiales de todos los socios, singularmente los de los sujetos a prestaciones secundarias.

Esta necesidad de cuidadosa reglamentación se hace más imperiosa al considerar que, en lo que tengan de personales dichas prestaciones, la Sociedad y el socio obligado a cumplirlas se enfrentan como extraños, y que con ellas se incorpora al organismo social un orden de derechos y deberes individuales (compraventa, arrendamiento, contrato de suministro, de servicios personales, etc.). De donde resulta que si por una parte las prestaciones accesorias, como inherentes a la con-

dición de socio y por engendrar relaciones de carácter social, habrán de regirse en primer término por las convenciones estatutarias, y solamente cuando sean incompatibles con ellas se acogerán a las normas especiales del Derecho civil, es indispensable que la carta constitutiva condicione el ejercicio y la validez de su transferencia, toda vez que los deberes accesorios forman parte de la cuota o participación del capital. Por ende, si no se ha establecido previamente una clara y circunstanciada reglamentación, llegado el momento discriminatorio, será difícil conocer hasta qué punto son aplicables las normas del derecho común de obligaciones o hayan de retroceder éstas ante las prescripciones del estatuto social, y si éstas, a su vez, habrán de adaptarse a las secuencias de aquellos derechos y deberes de naturaleza puramente civil.

Las prestaciones a que vengo refiriéndome dan a las Sociedades Limitadas una variedad protética por cuanto pueden recaer sobre cosas, sobre dinero, sobre servicios y omisiones. Pueden afectar y ser iguales para todos los socios o solamente vincular a algunos de ellos y en grado diferente. Son siempre verdaderas obligaciones con fondo y raíz en el estatuto fundacional, que no en contratos independientes. Y asimismo pueden servir de base para la organización de *cartells* centralizadores de ventas, de transformación de productos, etc.

No determina nuestra ley en qué hayan de consistir las prestaciones accesorias. No obstante este silencio, es fácil comprender que puede ser objeto de ellas todo cuanto sea susceptible de obligación : cosas, actos y omisiones, tengan o no valor patrimonial realizable periódica o accidentalmente. Cabe estipular, dice FEINE (74), que los socios cubran a prorrata el saldo pasivo, si lo hubiere ; o que entreguen a la Sociedad materias primas para su elaboración ; o que le cedan fincas, edificios, locales de negocio, inventos que realicen u otros derechos garantizados por la ley. Caso frecuente es la obligación de prestar determinados servicios, técnicos o administrativos, a favor de la Sociedad. Y pueden consistir en omisiones : abstenerse de ciertas actividades mercantiles, de realizar ciertas operaciones de comercio con entidades análogas, etc.

La nueva Ley, como hemos visto, se muestra en extremo parca al referirse a la formulación de esta obligación accesoria. Creo que hubiera sido conveniente trazar las líneas generales que perfilasen si-

(74) *Op. cit.*, pág. 60.

quiera los requisitos esenciales de estas prestaciones, como hace el Código civil italiano, en su artículo 2.345, párrafo 1.^o, en relación con el 2.478, prescriptivo de que, cuando la prestación accesoria no consista en dinero, se determine el contenido de ella, su duración, modalidad, compensación y las sanciones especiales para caso de incumplimiento, prohibiendo la modificación de esta clase de obligaciones sin el consentimiento unánime de los socios y la transmisión, sin igual aquiescencia, de la cuota social a la que vaya aneja la obligación de prestación accesoria.

Pero aun dentro de la parquedad que con respecto a las prestaciones accesorias se muestra la Ley, ha sido un acierto, a mi juicio, autorizar expresamente la posibilidad de su establecimiento por que ellas pueden ser un recurso justo y equitativo —aunque a veces se utilicen arteramente— para mitigar y suavizar la rigidez de su artículo 29 en cuanto a la inquebrantable proporcionalidad entre los beneficios repartibles y las participaciones sociales. Por que como quiera que al establecerse las prestaciones correspondientes habrá de expresarse la compensación que «con cargo a los beneficios» hayan de recibir los socios que las realicen, según el artículo 10, y como el artículo 29 deja a salvo de la referida proporcionalidad lo que el artículo 10 dispone, es indudable que el socio realizador de alguna prestación accesoria participará en las ganancias con el dividendo que se atribuya a las participaciones que como tal socio le correspondan y, además, con la compensación que se haya estatuido por la prestación que él execute. Ello facilitará que sean asociadas a una empresa de responsabilidad limitada personas que aun cuando solamente lleven al fondo capital una pequeña aportación dineraria, contribuyan con su experiencia, con su capacidad técnica, con su prestigio financiero, a la marcha próspera del negocio y aun ser la base personal del mismo.

¿Y en los casos de incumplimiento o negligencia de las prestaciones accesorias?

Nuestra Ley, como es lógico, nada dice a este respecto, pues si tales obligaciones son de carácter facultativo y su origen está en la escritura social, es en ella donde deben estatuirse las soluciones determinadoras y sancionadoras para tales eventos. Por ser así, entiendo de MOSSA (75) que el estatuto de la Sociedad regular limitada puede

(75) *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*. III. *Società a Responsabilità Limitata*, pág. 249.

determinar con más libertad que para las participaciones sociales la modalidad y las sanciones que hayan de imponerse al socio que incumpla la obligación accesoria. En su consecuencia, si la prestación accesoria no se cumple, ya sea por voluntad del obligado a prestarla, ya por imposibilidad de la prestación misma, ora por caso fortuito o fuerza mayor, ora si hubiere morosidad en el cumplimiento, se estará preferentemente a las previsiones que en la escritura fundacional se hubieren establecido para las hipótesis apuntadas. En defecto de ellas y dada la naturaleza mixta de derecho individual y de derecho corporativo que tiene esta clase de obligaciones, serán aplicables los principios del Derecho civil y del comercial relativos a la culpa, a toda clase de culpa, ya sea *in contrahendo* o *in faciendo* o *in non faciendo* y en sus grados de *lata*, *leve* y *levísima*; que como dice CHICHERONI (76), el socio en su relación con la Sociedad es responsable de los daños causados por su culpa; y serán de aplicación también los preceptos legales atinentes al caso fortuito, fuerza mayor, etc. Como puede llegarse asimismo a la disolución parcial de la Sociedad rescindiendo el contrato social con respecto al socio renuente, conforme al número 7 del artículo 218 del Código de Comercio, aplicable a las Compañías Limitadas por declaración expresa del artículo 31^o de la Ley Especial que regula su régimen jurídico. MOSSA (77) llega a una conclusión más radical, pues si bien considera que la sanción procedente más general será la de exclusión del socio rebelde y su sustitución por otro u otros socios que garanticen la realización de la obligación accesoria, entiende también que como a veces la prestación secundaria tiene más importancia que las aportaciones de capital, puede suceder que, en tales casos, la sanción adecuada sea la disolución de la Sociedad.

Y aun cuando mucho queda todavía por decir acerca del aspecto económico como elemento básico del proceso fundacional de las Sociedades Limitadas, hago punto final por exigencias del espacio para examinar otro trámite del mismo proceso, el relativo a los órganos de la Sociedad.

14. Organos sociales.—Las personas colectivas, en cuanto tienen capacidad jurídica y de obrar, necesitan formar y manifestar su pro-

(76) *La culpa en el Derecho Civil Moderno. Culpa contractual*.—Traducción de A. POSADA, 2.^a edic., pág. 142

(77) *Trat. cit.*, pág. 250.

pia voluntad como requisito indispensable para adquirir derechos y ejercitarlos, contraer y cumplir obligaciones. De ahí que en toda entidad colectiva hayan de coexistir por ley biológica de su actividad funcional dos especies de órganos, al menos, de carácter institucional, adecuada cada una de ellas a la misión que deban cumplir. Si se tratará de hacer un parangón entre los órganos rectores de las Sociedades en general y los tradicionales poderes de la constitución política de un Estado nacional, podría decirse que en aquéllas son indispensables, cuando menos, un órgano que, a semejanza del Poder legislativo, estatuja las normas directrices de la Sociedad, y un órgano administrativo, equivalente al Poder ejecutivo, que impulse el negocio social y cuide de su desenvolvimiento. Y como necesario en muchas ocasiones y conveniente en otras, puede existir además un tercer órgano que represente la función moderadora, dentro de ciertos límites, y ejerza la vigilancia del órgano ejecutivo. En algunas modalidades de las Compañías mercantiles los Poderes legislativo y ejecutivo se confunden y tienen una misma representación. Así sucede en las colectivas y aun en las limitadas con reducido número de socios, pues a todos ellos suele confárseles estatutariamente las funciones de decisión y ejecución.

He denominado *órgano* a la representación de las personas colectivas porque es ya opinión general que la clásica teoría que configuraba en el concepto del mandato o del arrendamiento de servicios la función representativa, ha sido superada por la doctrina y también por la nueva legislación, según demuestran los epígrafes del capítulo IV de la Ley de 17 de julio de 1951 y el III de la de 17 de julio de 1953, para sustituirla por la teoría orgánica.

Veamos ahora cómo la última de dichas leyes sistematiza la composición de los órganos sociales en las Compañías Limitadas.

Concreta y señaladamente solamente regula dos órdenes de ellos : el directivo y el administrativo. Y en cuanto al primero, establece dos diferentes supuestos : que el número de socios no exceda de quince o que rebase esta cifra, para organizarlo de diferente manera y regular un distinto procedimiento para la adopción de los acuerdos sociales. De donde resulta que esos dos tipos de órganos corporativos, uno de ellos el encarnado por la persona o personas a quienes se confie la administración social, es de carácter obligatorio ; otro, el representado por la colectividad de socios, si bien ha de existir siempre,

es preceptivo en unos casos y potestativo en otros que esté constituido o no por la Junta general de los asociados. Y aunque la Ley no hable de él ni lo mencione siquiera, también puede haber en esta especie de Sociedades un tercer órgano, facultativo siempre, que es el Consejo de Inspección, admitido con esta u otra denominación análoga por algunas legislaciones extranjeras (78) y que en la española puede tener acceso como creación voluntaria de la escritura social al amparo del número 10 del artículo 7.^º de la Ley.

Hago a continuación algunas consideraciones acerca de cada uno de estos órganos sociales y de la configuración de cada uno de ellos en la nueva Ley.

I. *Colectividad de socios.*—Es el órgano supremo de la Sociedad Limitada y, como se apuntaba antes, el poder soberano de la vida social, al que corresponde la dirección funcional de la Compañía y la formación de la voluntad colectiva que otros órganos, que le están subordinados, han de ejecutar en misiones de administración y gerencia. A causa de la distinción orgánica entre los acuerdos sociales y su ejecución, la colectividad de socios forma la voluntad corporativa en el régimen interno de la vida social, pero no la ejecuta en sus relaciones con los extraños, salvo cuando se refieren a la designación y separación del órgano administrativo o gerencial. Estos principios, básicos en toda Sociedad Limitada, los condensa nuestra Ley al decir que «la voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la Sociedad» (art. 14), y que «será ineficaz contra terceros cualquiera limitación de las facultades representativas de los administradores» (art. 11).

Ahora bien: por lo que respecta a la organización en la nueva ley de la colectividad de socios, la primera distinción que ella nos ofrece es la relativa al número de personas que integren la Compañía Limitada. Porque si los socios no exceden de quince, su actuación puede ser directa y personal, o constituidos en Junta general, según se haya previsto en el Estatuto fundacional. Mas si los socios exceden de quince, la Junta general es preceptiva en nuestra Ley al igual que en las de Cuba, Francia y Luxemburgo (79). Por consiguiente,

(78) Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Francia, Italia, Méjico, Luxemburgo, Suiza.

(79) Cuba, si los socios son más de cinco; Francia, si más de veinte; Luxemburgo, si más de veinticinco.

la escritura social deberá regular obligatoriamente dicha Junta en el segundo de los supuestos anteriormente establecidos. Creo, sin embargo, que una elemental previsión aconseja que, aun cuando los fundadores de una limitada no sean más de quince, si las participaciones sociales rebasan esa cifra, el Estatuto corporativo deberá contener también las normas que hayan de presidir la organización y el funcionamiento de la Asamblea o Junta general. Y ello por la razón obvia de que, siendo las participaciones acumulables y cesibles, existe la posibilidad de que a consecuencia de la cesión que hicieren los socios a terceras personas de todas o algunas de las participaciones por ellos suscritas y acumuladas, el número de las personas componentes de la Compañía llegue en algún momento a sobrepasar el de quince, lo que haría obligatoria la existencia de la Junta general. Y cuando así suceda, si en el Estatuto constitutivo no se ha previsto tal eventualidad, o bien habrá de regirse dicha Junta por las normas que establece la Ley, y que en la generalidad de los casos parecerán insuficientes, o bien será indispensable reformar la escritura social con todo el aparato y los dispendios que ello supone para dar cabida en aquélla a la Asamblea general de socios.

Según la nueva Ley, no hay diferencias esenciales entre la actuación de los socios y la suprema autoridad de su conjunto porque existe o no la Junta general. Las variaciones que se observan son puramente adjetivas. Con arreglo al artículo 14, si por creación potestativa de la carta social o por imperativo de la Ley existiere la Junta general de socios, la voluntad de éstos se expresará necesariamente en ese mismo órgano supremo. De no existir la Junta general, el acuerdo social podrá adoptarse de cualquiera forma (verbal o escrita, postal o telegráfica). Solamente se exige que la forma empleada garantice con arreglo a la Ley o a la escritura la auténtica voluntad declarada por quienes representen la mayoría del capital, salvo que las constituciones sociales exijan un *quórum* mayor.

Con esta base fundamental conviene distinguir, al efecto de la adopción de los acuerdos sociales, los supuestos de que sean menos o más del indicado número los socios que formen en una Compañía Limitada. En el primer caso—ya queda dicho—el acuerdo puede conciérse tanto por la expresión verbal del voto en la reunión que para ello tengan los socios como por la manifestación escrita hecha por correo o por telégrafo con las garantías de autenticidad convenientes. Pero estas manifestaciones, ¿a requerimiento de quién? Nada dice

la Ley a este respecto. Sin embargo, a semejanza de lo que ella prescribe en cuanto a la convocatoria de la Junta general, entiendo que la consulta originaria del acuerdo puede hacerse, en primer término, por los administradores, y en segundo lugar, por los socios y a través de aquéllos en la forma y en los casos previstos por la escritura social o, en su defecto, cuando los socios consultantes representen al menos la cuarta parte del capital. Y también a solicitud de uno solo de los socios, sea cualquiera la parte de capital que represente, cuando se trate del examen del balance anual o de ejercitarse el derecho de tanteo en la transmisión de participaciones sociales.

Pero si el número de socios de una limitada excede de quince, las decisiones de la Compañía habrán de acordarse en Junta general, convocada por los administradores espontáneamente o a solicitud de los socios que representen al menos la cuarta parte del capital (art. 15 de la Ley). Y también, en virtud de convocatoria hecha por el Juez, dice SOLÁ CAÑIZARES (80), si, pedida la celebración de la Junta por los socios titulares de la expresada proporción de capital, o cuando se tratare de la Junta anual, los administradores no la hubieren convocado, por aplicación analógica de los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La referida convocatoria habrá de ser hecha en la forma y con la antelación que prescriba la escritura social, con expresión de las cuestiones que hayan de ser objeto de deliberación, sin que la falta de convocatoria obste a la validez de la Junta si ésta tiene el carácter de universal, es decir, si encontrándose reunidos *todos los socios* decidieran celebrarla (art. 15, párr. 2.º).

La asistencia de los socios a la Junta puede ser personal o por medio de representación, salvo que la escritura social hubiere establecido disposición en contrario, que habrá de ser conferida por escrito y con carácter especial para cada Junta.

La Ley no señala *quórum* de asistencia para la celebración válida de la Asamblea de socios, pero sí exige un determinado número de participaciones sociales para que haya acuerdo. Habrá de entenderse, pues, que aquel *quórum* habrá de ser, cuando menos, el necesario para tomar acuerdos. El *quórum* decisorio será el que hubiere dispuesto la escritura constitutiva y, en defecto de disposición en tal documen-

(80) *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el nuevo Derecho español*, pág. 126.

to, el de socios que representen más de la mitad del capital social (art. 14), salvo cuando se trate de los asuntos que enumera el artículo 17, en cuyo caso será necesario en primera convocatoria el voto favorable de un número de socios que representen al menos la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social, bastando en segunda convocatoria con el voto favorable de dichas dos terceras partes.

Ahora bien: ese *quórum* que fija la Ley puede ser modificado para las decisiones que podríamos denominar ordinarias, o sea a las que se refiere el artículo 14, ya que expresamente lo autoriza este mismo artículo. ¿También para los acuerdos que requieran el número mínimo de votos coincidentes que señala el artículo 17, que no prevé la existencia de la misma excepción en la escritura social? Y la modificación estatutaria de ese *quórum*, ¿puede hacerse tanto para reducir como para elevar los expresados *quórum*s?

Nos encontramos con un vacío de la Ley, al que, llegado el caso, será necesario darle contenido. ¿Cómo? Antes de regir la Ley de 17 de julio de 1953, es decir, cuando las Sociedades de Responsabilidad Limitada carecían de regulación en nuestro derecho positivo, dijo POLO (81)—acertadamente a mi juicio—que «en virtud de la analogía jurídica se aplican también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada algunos preceptos legales establecidos para las Sociedades Anónimas». Vigente ya la citada Ley de 1953, la aplicación de las Sociedades Anónimas para suplir en muchos casos las lagunas que hubiere en aquélla, tiene una mayor justificación, porque será el medio más adecuado para inducir cuál fuese el espíritu de la Ley no reflejado concretamente en sus preceptos. En efecto; una misma técnica informó la elaboración de ambas leyes, la de Anónimas y la de Limitadas; una misma la mente del legislador que las concibiera; idéntica la redacción de algunos de sus preceptos (82).

Por estimarlo así, entiendo que ante el silencio de la Ley son aplicables al caso examinado las disposiciones atinentes de la de 17 de

(81) Vid. su traducción del *Tratado de Derecho Mercantil*, de KOSACK, citado en la nota (28), pág. 6.

(82) «No se ha vacilado en seguir en esta parte de la Ley algunos de los artículos de la de 17 de julio de 1951, por entender que la identidad de problemas exigía identidad de soluciones. Así se consigue una notable economía legislativa, dotando de unidad a esta legislación especial, que hoy queda separada del Código de Comercio.» (Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1953, III. párr. 3.º)

julio de 1951. En cuanto se refiere a la posibilidad de alterar el *quórum* legal en más o en menos del artículo 14 de la Ley de Limitadas, tiene aplicación el 51, párrafo final de la de Anónimas, que permite fijar y establecer en los estatutos requisitos especiales de convocatoria y *quórum*, *sin que puedan ser inferiores* a los que establece el primer párrafo del mismo artículo 51. Pero en lo que respecta a la alteración en la escritura social del número de votos favorables exigido por el artículo 17 de la Ley de Limitadas para elevarlo, claro está, ¿es de aplicación analógica el artículo 58 de la de Anónimas, que equipara las Juntas ordinarias y las extraordinarias, a los efectos de su validez, en orden al número de socios y cifra de capital concurrentes a ellas? R. URIA, refiriéndose a la Ley de 1951, se pronuncia abiertamente por la afirmativa. «En el silencio de la Ley —dice— debe reputarse aplicable el principio recogido en el párrafo 2.^o del artículo 51, que autoriza a los estatutos para establecer y fijar requisitos especiales de convocatoria y *quórum*, *sin que puedan ser éstos inferiores* a los que la Ley establece (3). No hay inconveniente, según mi modesto entender, en adherirse a la autorizadísima opinión del ilustre mercantilista citado cuando se trate de Sociedades Anónimas, por las razones que él aduce, y si, a mayor abundamiento, se considera que el artículo 58 de la Ley de 1951 faculta por igual a las Juntas ordinarias y a las extraordinarias para acordar válidamente de los asuntos que especifica. Y si para las primeras de tales Juntas es permisible la modificación estatutaria del *quórum* legal, también debe serlo para las extraordinarias, ya que unas y otras, indistintamente, pueden conocer de las mismas cuestiones, y no parece lógico, ni aun serio siquiera, establecer una regulación distinta porque varíe la rotulación de la clase de Junta.

Mas llevado el problema a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, entiendo que la solución debe ser distinta. Y lo creo así porque si bien la Ley de Sociedades Anónimas, para todos los casos (artículo 51), y la de Limitadas, para la generalidad de los asuntos objeto de su negocio (art. 14) permiten a la escritura social fijar cómo haya de computarse la mayoría necesaria para tomar acuerdos, cuando éstos hayan de regirse por el artículo 17, la referida Ley de Sociedades Limitadas impone una mayoría taxativa, sin la salvedad contenida en el artículo 14, de que esta mayoría pueda ser alterada

por el documento constitutivo. De donde interpretando en sentido inverso el clásico aforismo *ubi lex non distinguit...*, llegaremos a la consecuencia de que como la Ley sí distingue entre los supuestos del artículo 14 y los del 17, también nosotros venimos obligados a distinguir la solución legal procedente en las hipótesis de uno y otro artículo. De haber sido otro el criterio del legislador, seguramente hubiese aceptado íntegramente la norma del Código civil italiano, en el que parece haberse inspirado a este respecto, que en su artículo 2.486, bajo la rúbrica «deliberaciones de la Asamblea», deja a salvo «la diversa disposición del acto constitutivo», tanto para la Asamblea ordinaria como para la extraordinaria, equiparación que, a los efectos de computar la mayoría, no existe en la Ley española de Sociedades Limitadas.

La cual no determina los casos en que haya de ser convocada la Junta general ni las materias que le competan con exclusividad. Como en tantas y tantas cuestiones, deja la nueva Ley a la autonomía del documento fundacional este particular de indudable importancia, con la única excepción de la Junta que haya de aprobar el balance anual, la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de beneficios, pues para esta aprobación exige imperativamente que la escritura social fije la época en que haya de celebrarse (artículos 26 y 27). Mas a pesar de este silencio de la Ley, no puede ofrecer duda de que la Junta general habrá de reunirse necesariamente para deliberar y resolver acerca de aquellas cuestiones que sean de su privativo conocimiento y exclusiva decisión.

¿Cuáles son ellas? Genéricamente, todas las que excedan de la órbita relativa al giro y tráfico de la Sociedad, porque éstas están reservadas, sin limitación, a los administradores (art. 11). Específicamente, son de la competencia de dicha Junta los asuntos siguientes, cuya enumeración no pretende ser exhaustiva:

- a) La aceptación de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 6.º).
- b) La efectividad de los gastos hechos por los fundadores para la constitución de la Sociedad y su inscripción registral (art. 6.º).
- c) La exigencia de las prestaciones accesorias en caso de su incumplimiento (art. 10).
- d) El nombramiento y la remoción de los administradores (artículo 12).

- e) El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores (art. 13).
- f) El aumento o reducción del capital social, la prórroga de duración de la Sociedad, la fusión o transformación de la misma, su disolución y la modificación en cualquiera forma de la escritura social (art. 17).
- g) Ejercitar el derecho de tanteo para la adquisición de las participaciones sociales, cuando proceda, con arreglo al artículo 20.
- h) La discusión, aprobación o rectificación del balance y la adopción de las medidas que sean procedentes (art. 27).
- i) El reparto de beneficios sociales (art. 27).
- j) Fijar las reglas a que haya de acomodarse la liquidación de la Sociedad, sino estuvieren establecidas en la escritura social, y aprobar la liquidación que resultare (art. 32 de la Ley y 227 y siguientes del Código de Comercio).
- k) La exclusión de socios a consecuencia de la disolución parcial de la Sociedad, en los supuestos del artículo 218 del Código de Comercio y 12 de la Ley (art. 31).
- l) Reconocer el haber líquido correspondiente al socio que se separase de la Sociedad en el caso de la disposición transitoria tercera de la Ley.
- m) Designar, en el caso de que se hubiere establecido por la escritura constitutiva, las personas que hayan de componer el Consejo de Vigilancia.
- n) La enajenación y gravamen de los bienes inmuebles y la emisión de obligaciones (84), por ser negocios que exceden de los límites que demarcan las operaciones de tráfico y giro, privativas de los administradores.

(84) Aunque la Ley de 17 de julio de 1953 no reconoce explícitamente a las Sociedades Limitadas la facultad de emitir obligaciones, como hace para las Anónimas la de 17 de julio de 1951 en su artículo 111, es indudable que les asiste dicha facultad, pues ninguna razón legal justifica la privación a aquél tipo de Sociedades de un derecho que está reconocido a toda persona jurídica, individual o colectiva. Para negar a las Compañías Limitadas el derecho a emitir obligaciones sería preciso que en su ordenamiento legal o en cualquiera otra ley hubiere un precepto semejante al del párrafo final del artículo 2.486 del Código civil italiano: «A la Sociedad de Responsabilidad Limitada no le está consentida la emisión de obligaciones.» Y ese precepto no existe en nuestro Derecho positivo.

Es lógico, por ende, que unánimemente se reconozca que en derecho español está permitido a las Sociedades de Responsabilidad Limitada la emisión de obligaciones. Mas la unanimidad quiebra cuando se trata de dar la cuan-

II. *Los administradores.*—El segundo de los órganos necesarios para el funcionamiento legal de las Sociedades de Responsabilidad Limitada es el que antes he denominado ejecutivo y al que competen las funciones de representación y administración del ente social, de hacer efectiva en la vida exterior del mismo la voluntad creada en su régimen interno por la colectividad de socios. Es, pues, el órgano en que reside la capacidad de obrar.

Y de carácter obligatorio, puesto que la Ley preceptúa en su artículo 7.^º, número 8.^º, que la escritura de constitución *expresará* «la

lidad de negociables o cotizables en Bolsa a esas obligaciones. Disiente de la opinión general SOLÁ CAÑIZARES (*Trat. cit.*, pág. 173, y su reciente publicación *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada...*, también citada, página 114), fundado en que la Ley prohíbe expresamente que el capital de las Limitadas esté representado por títulos negociables y que éstos se denominen acciones, por lo cual no cree que el legislador haya querido permitir que puedan circular y cotizarse en Bolsa títulos negociables que, aunque no formen parte del capital, se prestan a especulaciones, incompatibles con el carácter de este tipo de Sociedades.

Contrariamente a la opinión del prestigioso mercantilista citado, no considero que para excluir de la cotización en Bolsa las obligaciones que emitan las Compañías Limitadas, sea prevalente la consideración de que con ello se quebraría el principio de innegociabilidad, característico de las participaciones de capital en dichas Compañías. Las obligaciones de que se trata son sencillamente títulos negociables, emitidos por una entidad prestataria de una masa de dinero, generalmente importante y a largo plazo, o, como con frase feliz dice URIA J. GARRIGUES y R. URIA, *Coment. cit.*, tomo II, página 431), títulos valores que incorporan un derecho de crédito contra la entidad emisora. Así, pues, cuando se habla de obligaciones se hace referencia a créditos contra el emisor. De créditos que pueden ser anteriores a la emisión o tener su origen en ella, pero de características especiales, entre otras, la de ser negociables por su naturaleza. Las participaciones de capital son conceptos económicos muy distintos y aun contrarios a las obligaciones. Ni siquiera son títulos valores, porque su innegociabilidad les impide serlo. Y según dije anteriormente (*supra*, pág. 29), no son ni pueden ser jamás un derecho de crédito contra la Compañía, sino, en su carácter patrimonial, una potestad dominical con derechos económicos y administrativos de que carecen las obligaciones. Por efecto de estas fundamentales diferencias entre la obligación y la participación, el obligacionista, como acreedor, es un oponente al socio.

Pues bien; si se admite que las obligaciones emitidas por una Sociedad de Responsabilidad Limitada son *negociables* —como lo es cualquier otro efecto mercantil que ponga en circulación— y está prohibida la *negociabilidad* de las participaciones sociales, es porque se da por descartado que aquellos títulos —como reconoce el mismo SOLÁ CAÑIZARES— no forman parte del capital social y por consiguiente la especulación de que puedan ser objeto aquellas obligaciones, si se cotizan en Bolsa, lo será con independencia de las cuotas de capital, que son precisamente la más sólida, y acaso única garantía de aquellos créditos. Y esta situación de las participaciones sociales no se altera en lo más mínimo porque las obligaciones emitidas por la Sociedad se negocien privatamente, en Bolsas o Bolsines, o por endoso con intervención de Agente de Cambio y Bolsa o de Corredor de Comercio.

designación de la persona o personas que hayan de ejercer la administración y la representación de la Sociedad»; y en el artículo 11, que la «administración de la Sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, quienes la representarán en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, obligándola con sus actos y contratos. Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona, cuyas facultades se medirán por la escritura de poder».

Y he aquí cómo este artículo 11 sintetiza las principales circunstancias y características del órgano ejecutivo de la Sociedad Limitada. Son las relativas al número de administradores, a su posición personal como elementos económicamente interesados en el negocio social y a las atribuciones que *ex lege* le corresponden.

En cuanto a la primera, vemos que el órgano en cuestión puede ser unipersonal o plurinominal. En el primer supuesto, la unidad de gestión se mantendrá sin desviación alguna. Mas en el segundo son posibles fricciones y discrepancias en la actuación de las varias personas a las que se haya encomendado la representación y administración, con riesgo de crearse situaciones contradictorias o incompatibles. ¿Cómo evitarlas? Puesto que la Ley otorga a los fundadores en ésta como en tantas otras materias una gran autonomía, creo que sería utilísimo, al efecto expresado, el que en la escritura social, como uno de los pactos facultativos permitidos por el número 10 del artículo 7.º, se fijasen cuidadosamente las normas directrices de la gestión, individual o conjunta de los administradores, ya fuere delimitando la órbita dentro de la que cada uno de los mismos hubiere de ejercer sus actividades, u obligándoseles a la comunicación recíproca de las operaciones que individualmente proyectaren o hubiesen realizado, o especificando la clase de asuntos que no pudieran ultimarse sin la aprobación previa, unánime o mayoritaria, de los administradores. Y si la Sociedad estuviere constituida por un crecido número de socios, por ejemplo, si fueren más de quince, que es el señalado por la Ley para imponer preceptivamente la existencia de la Junta general, en tal hipótesis, acaso sería la solución más adecuada confiar la gerencia de la Sociedad a un Consejo de Administración con facultades para delegar en uno o más de sus componentes todas o algunas de sus atribuciones privativas. Que aunque la nueva Ley no mencione siquiera esta forma de estructurar el órgano

ejecutivo de la Sociedad Limitada, tampoco hay en ella precepto alguno que lo impida. Por el contrario, la posible existencia del Consejo de Administración está legitimada por el artículo 7.^º, núm. 10, toda vez que sería sencillamente una creación lícita de un pacto que en la escritura fundacional establecieran los socios. Y no sería novedad alguna, porque el Consejo de Administración, en las Compañías de riesgo restringido, se admitía ya en los precedentes españoles (85) de las mismas, y está reconocido en algunas legislaciones extranjeras (86).

Por lo que respecta a la posición personal de los administradores como elemento integrante de la Sociedad Limitada, ya hemos visto que pueden pertenecer o ser extraños a ella, ser socios o no de la misma. Será, desde luego, infrecuente el caso de que el administrador de una empresa cualquiera no pertenezca a ella. Mas como puede suceder, y a veces sucede, que sea indispensable encomendar la representación de la Sociedad a un extraño, bien por la falta de aptitud, de vocación o de tiempo disponible de los socios, ya porque las cualidades personales de una persona extraña la hagan insustituible, o acaso porque la cooperación en calidad de administrador haya sido el móvil generador de la Compañía, me parece acertadísima esta permisión del legislador, concorde con los precedentes españoles (87) y con la generalidad de las legislaciones extranjeras.

Asimismo, el citado artículo 11 delimita la función que por ministerio de la Ley incumbe a los administradores: representar a la Sociedad, obligándola con sus actos y contratos. Es decir, ser la personificación corporal de la Sociedad en sus relaciones con quienes no pertenezcan a ella y, por consiguiente, adquirir derechos y con-

(85) Proyecto de la Comisión de Código cit., art. 67, párr. final.

(86) Entre otras, la italiana, según los arts. 2.381 y 2.388, aplicables a las Sociedades Limitadas conforme al art. 2.487 del Código civil. En Méjico «se acostumbra, al constituirse la Sociedad Limitada, nombrar un Consejo de gerentes, a manera de los Consejos de Administración en las Sociedades Anónimas; pero concediendo a uno solo de los gerentes el uso de la representación social y las funciones ejecutivas» (CERVANTES AHUMADA, *op. cit.*, página 41). En Francia, aunque la Ley no configura el órgano gestor de la forma expresada, «algunas Sociedades han designado un *Consejo de gerencia* análogo al Consejo de Administración de las Sociedades Anónimas. Nada prohíbe esta designación». (RIBERT, *Trat. cit.*, pág. 350.)

(87) *Proy. cit.* de ROIG y BERGADÁ y de la Comisión de Códigos, artículos 16 y 67, respectivamente. En ambos, la designación de personas extrañas a la Sociedad para desempeñar la gerencia exige el acuerdo unánime de los socios.

traer obligaciones en nombre de la misma. Esta representación social de los administradores es privativa e ilimitada. Ni aun siquiera la totalidad de los socios, actuando conjunta y unánimemente, podría arrogarse esa representación. Podrá, a lo más, dictar las normas que hayan de guiar la gestión de los administradores, normas que sólo serán operantes en el régimen interno de la Compañía y que podrían motivar, si fueren vulneradas, la remoción de los mismos. Pero la representación de la Sociedad, en sus actividades económicas, jurídicas o de cualquiera otra naturaleza, competen exclusivamente a los administradores que, al efecto, tienen plena autonomía, porque, como añade el mismo artículo 11, es ineficaz contra tercero cualquier limitación de sus facultades representativas, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona, cuyas facultades se medirán por la escritura de poder.

Esta ilimitación es un principio aceptado por todas las legislaciones, con rara excepción (88), incorporado a la nueva Ley y de manera expresa subrayado por su Exposición de Motivos y por el discurso que en defensa de ella pronunció ante las Cortes el Ministro de Justicia; éste con las siguientes palabras: «Cualesquiera limitaciones que se les impongan (a los administradores) no producen efectos respecto a terceros, ni aun por medio de la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil.»

Pero ha de entenderse que la ilimitación de que se trata está referida solamente, como dicen la Ley, la Exposición de Motivos y el discurso ministerial, a las facultades representativas, que no a las misiones puramente administrativas. Ya lo dice explícitamente el citado artículo 11: la ilimitación no impide conferir apoderamientos a cualquiera persona, la cual tendrá las facultades que se le concedan por la escritura de poder. Esta, a mi juicio, habrá de ser otorgada por el administrador de la Sociedad en méritos de su ilimitada facultad representativa.

Ahora bien; la ilimitación de facultades, tanto representativas como de gestión, no es tan rígida y absoluta que no admita algunas excepciones, ya sean de carácter subjetivo u objetivo.

Por motivos de índole personal, queda limitada la representación

(88) La del Código civil italiano, por ejemplo, que en su artículo 2.298, en relación con el 2.384, aplicable a la Sociedad Limitada por declaración del 2.487, permite limitar las facultades del administrador con efectos para tercero si ha sido inscrita en el registro de la empresa.

del gerente en el supuesto de que tenga intereses opuestos a los de la Sociedad. Si así sucediere, al administrador que en tal caso se encuentre, deberá abstenerse de concluir la operación para que lo haga alguno de los demás, si lo hubiere; y si fuere uno sólo el representante de la Sociedad, deberá poner el hecho en conocimiento de los socios con el fin de que éstos apoderen a otra persona para que lleve la gestión del negocio concreto origen del conflicto de intereses (89).

Y por razón del objeto, puesto que la representación de los administradores se circunscribe a los asuntos relativos al giro y tráfico de la empresa, queda limitada dicha representación a esta clase de negocios y no puede ampliarse a aquellos otros que no sean de igual naturaleza. Esto es, a los que, según quedó dicho antes (*supra*, 14-II), son del privativo conocimiento y exclusiva decisión de la Junta general.

Y ya que de limitaciones se habla ahora, tráigase aquí la contenida en el artículo 12 de la Ley, prohibitivo de que los administradores de la Sociedad Limitada puedan dedicarse, mientras lo sean, a ejercer por cuenta propia o ajena el mismo género de comercio que constituya el objeto de la Sociedad.

El *nombramiento* de los administradores, por exigencia del artículo 7.º, número 8.º, de la Ley, ha de hacerse en la escritura de constitución de la Sociedad, la que sin este requisito no contendría los requisitos necesarios para su inscripción registral. Y en la designación de los administradores ha de expresarse sus nombres, apellidos, edad, domicilio y nacionalidad. Tales administradores tendrán en la mayoría de los casos vida más efímera que la Sociedad, o pueden ser removidos. Cuando así suceda, el nombramiento de quienes hayan de sucederle corresponde a la colectividad de socios, expresada por mayoría, porque la voluntad de ellos, manifestada en tal forma, es la que rige la vida de la Sociedad (art. 14). En todo caso, el nombramiento de los administradores no surte sus naturales efectos sino desde que sea

(89) No rechazo la solución de que los socios faculten al administrador con interés opuesto al de la Sociedad para que represente a ésta y a sí mismo en el asunto correspondiente, sin que ello dé lugar a la figura ilegal de autocontratación, porque en tal supuesto, aunque sea una sola persona la que interviene en el negocio jurídico, son dos las voluntades que emite: la propia y personal y la que le haya sido dictada por la colectividad de socios. Existirá, quizás, una modalidad de *contrato normado*, porque al concedérsele la expresada autorización deberán haberse señalado las particularidades del contrato que haya de convenirse. Abonan este punto de vista el artículo 275, núm. 4.º, del Código civil, y el 267 del Código de Comercio, y la Resolución de 29 de diciembre de 1922.

aceptado e inscrito en el Registro Mercantil, lo cual deberá hacerse dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquél. Y si la inscripción se retarda, ¿qué efectos frente a terceros producirán los actos ejecutados por los administradores? Parece que en tal evento será de aplicación la norma establecida en el artículo 6.^º para la validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de ser inscrita su constitución, o sea, que para considerar válida la gestión de los administradores será necesario que los ratifiquen los socios con efectos *ex tunc*.

Porque los administradores representan ilimitadamente a la Sociedad, son el único órgano de comunicación de ésta con el exterior, es lógico y natural que esos representantes varíen si cambia la voluntad del ente representado en orden a quienes hayan de ser aquéllos. De ahí que la *remoción* de los mismos sea facultad permanente e inalienable de los socios, y así lo reconoce el artículo 12. Esta remoción no es necesario que se funde en causa alguna: depende de la libérrima voluntad de los socios aunque el nombramiento se hubiere hecho en la escritura constitutiva (90), salvo que en ésta se pactase que la separación sólo podría tener lugar cuando existiere justa causa.

En cuanto a los requisitos necesarios para que el acuerdo de separación sea válido, hay que distinguir si los administradores fueron designados en el documento fundacional o en acto posterior (art. 12). En el primer caso, la decisión habrá de tomarse en primera convocatoria, con el voto favorable de la mayoría de los socios y de las dos terceras partes del capital, y en segunda convocatoria serán suficientes las dos terceras partes del capital. En el segundo supuesto, bastará la representación de la mayoría del capital (art. 17, en relación con el 12).

Y los socios designados en el acto constitutivo con carácter vitalicio o por un período de tiempo no vencido al publicarse la Ley, ¿pueden ser también destituidos? A primera vista, ello parece incuestionable, dados los términos categóricos con que la Ley inicia en su artículo 14: «La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la Sociedad.» Mas el párrafo 2.^º de la disposición transitoria primera deja un amplio margen para sostener con algún funda-

(90) En algunas legislaciones, la francesa por ejemplo (art. 24 de su Ley Especial), los administradores nombrados no pueden ser separados más que por causa legítima.

mento la opinión contraria. Dice así : «La escritura, los estatutos, los actos y contratos celebrados válidamente bajo el régimen de la legislación anterior surtirán sus efectos únicamente para proteger los derechos adquiridos. En todo caso, esos derechos deberán sujetarse, en cuanto a su ejercicio, a las formalidades, trámites y procedimientos establecidos en esta Ley, excepto en el caso de que por haberse entablado el procedimiento judicial deba éste seguirse hasta que recaiga una resolución definitiva.»

Veamos ahora si el derecho de permanencia de los administradores en el caso propuesto es de los protegidos por la disposición transitoria en el párrafo antes transcrito, lo que requiere una previa discriminación de los derechos que, por haberse adquirido antes de la publicación de la Ley, están amparados por este precepto transitorio.

Esos derechos son de distinta naturaleza. Los hay típicamente sociales ; existen otros exclusivamente civiles, y no faltan los que participan de una y otra clase. En el primer caso se encuentran los derechos que nacen y se desenvuelven en el régimen interno de la Sociedad y no trascienden jurídicamente a las relaciones de ésta con los extraños a ella. Estos derechos no se adquieren ; se instituyen y forman parte de las reglas sociales, sujetos, por tanto, a las mudanzas de éstas ; no puede, por consiguiente, considerárseles protegidos en el aspecto a que vengo refiriéndome. En el grupo de derechos exclusivamente civiles figuran los derivados de alguna relación jurídico-civil creada por la misma Sociedad en su estructuración orgánica o por consecuencia de actos o contratos realizados en representación de ella ; la protección legal de los derechos de este grupo es indudable, porque rebasan la órbita del Derecho de Sociedades para encajar en el Derecho puramente civil. Finalmente, los derechos de naturaleza mixta, los que participan de carácter social y de índole civil, gozan de protección en cuanto a este último aspecto que presentan, pero no en cuanto al primero.

No son, pues, todos los derechos creados por la escritura, los estatutos o por actos y contratos válidamente celebrados bajo el régimen de la legislación anterior los que pueden pretender la protección a que vengo refiriéndome, porque de ella quedan excluidos los de orden social o corporativo. ¿Podrá, en efecto, ponerse en duda que en el nuevo régimen de Sociedades Limitadas es inválido el derecho adquirido bajo el imperio de la legislación anterior por un socio estricta-

mente industrial a participar, como tal socio, en los beneficios sociales en concurrencia y proporcionalmente con las cuotas de capital, y sin que sus servicios técnicos tengan por tanto el carácter de prestaciones accesorias? ¿Qué es inadmisible, la subsistencia del pacto social que exonere de responsabilidad a los socios por el exagerado valor dado en la escritura a las aportaciones *in natura*? ¿Qué es ilícito el derecho adquirido a la distribución de beneficios sin guardar proporcionalidad con las participaciones sociales? Y tantos y tantos otros semejantes, que adquiridos antes de regir la nueva Ley no pueden, en modo alguno, quedar bajo la protección de ésta, precisamente por su naturaleza de derechos típicamente sociales opuestos a ella. En cambio, los puramente civiles sí gozan de tal protección, y a ellos, exclusivamente a ellos, parece referirse la disposición transitoria al prescribir que estos derechos (los protegidos) deberán sujetarse, en cuanto a su ejercicio, a las formalidades, trámites y procedimientos establecidos en esta Ley, excepto el caso de que por haberse entablado ya procedimiento judicial deba éste seguirse hasta que recaiga una resolución definitiva.

Supuesto así, ha de considerarse cuál sea la naturaleza jurídica de la designación y separación de los administradores de Sociedades. Entiendo que, indudablemente, tales nombramiento y destitución son negocios jurídicos de Derecho corporativo, que en manera alguna pueden entrar en la esfera del Derecho individual. El administrador no es un extraño a la Sociedad que administra, sino un órgano esencial de la misma. La relación entre uno y otra, aunque tenga gran semejanza con el apoderamiento, no impone al administrador deber alguno de índole particular, sino el de actuar como tal órgano social dentro del marco de sus atribuciones estatutarias. Y así, como el apoderamiento es un negocio jurídico privado, el nombramiento de administrador de una Sociedad es un fenómeno que afecta al régimen interno de ella y que confiere a la persona nombrada un cargo especificado por la Ley y por los estatutos, necesario para que la entidad social pueda actuar y exteriorizar su voluntad. De ahí que aun cuando por los estatutos se reconozca un derecho especial al cargo, la Sociedad no queda privada del suyo a revocar el nombramiento. Este derecho es incancelable y constituye el contrapeso de los poderes ilimitados de representación conferidos al gerente (91).

(91) FEINE, *op. cit.*, pág. 217 y sigs.

... Lo que antecede va referido al administrador en cuanto es solamente órgano de la Sociedad. Puede ocurrir también que, además de esa relación jurídico-social, exista entre ambos otra de naturaleza civil. Tal sucede cuando el gerente, socio o no, es a la vez que representante de la Compañía empleado de la misma. Esta situación crea a favor del administrador derechos individuales típicamente civiles, ya se considere el empleo como mandato retribuido, bien como arrendamiento de servicios. Y aquí sí ; aquí surgen derechos de índole particular, aunque no por ello desaparezcan los de naturaleza social. Aquéllos, los de índole civil, que bajo el imperio de la Ley hubiesen adquirido los administradores, son los protegidos por la disposición transitoria, que sólo ellos son los ejercitables, judicial o extrajudicialmente, con sujeción a «las formalidades, trámites y procedimientos establecidos en la misma Ley». Los segundos, los de naturaleza puramente social, han de acomodarse forzosamente al nuevo régimen, porque, como termina diciendo la referida disposición transitoria, sin perjuicio de la expresada protección, «todas las disposiciones de las escrituras, estatutos o reglamentos sociales que se opongan a lo prevenido en esta Ley se reputarán sin efecto a partir de la publicación de la misma».

La *capacidad jurídica* para ser administrador está determinada por el artículo 283 del Código de Comercio, que a los efectos legales, asimila el concepto de factor el de gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él.

En su virtud, los administradores de las Sociedades Limitadas habrán de reunir las condiciones que señala el artículo 4.^º de dicho Código, y aunque la Ley no lo disponga expresamente, como hizo para los de las Sociedades Anónimas la Ley de 17 de julio de 1951 en su artículo 82, le alcanzan las prohibiciones que enumera el artículo 13, aparte de la específica de no poder ejercer por cuenta propia o ajena el mismo comercio que constituya el objeto de la Sociedad administrada por ellos ; les incompatibilizan las funciones públicas que concreta el artículo 14, ambos del citado Código de Comercio, entre las cuales y de un modo genérico se comprenden las establecidas por leyes o disposiciones legales.

Paralela a la gestión de los administradores corre la *responsabilidad* de los mismos frente a la Sociedad, a los socios y a los acreedores

sociales por los daños y perjuicios que les causaren (art. 13). La responsabilidad frente a la Sociedad se produce en los casos de dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la Ley o de la escritura fundacional. Aunque la Ley omite decir cómo hayan de conducirse los administradores de las Limitadas en el ejercicio de su gestión, debe entenderse que han de hacerlo de igual modo que los de las Anónimas, según la cual (art. 79) están obligados a desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, quedando así trazada la línea que marca la frontera del dolo, de la negligencia, del abuso de facultades y del incumplimiento de sus deberes de representación, traspasada la cual nace la transgresión determinadora de responsabilidad en todos sus aspectos. Obsérvese que la Ley de 1953 ha ensanchado, al parecer, las causas de responsabilidad de los administradores que señalaba el citado artículo 79 de la Ley de 1951, en la que no se comprendían como tales causas el incumplimiento de la Ley o de la escritura fundacional. Creo, no obstante, que esta ampliación es puramente de expresión, pues aunque la Ley de Anónimas no consigne literalmente las dos causas indicadas, no por ello dejan de motivar la responsabilidad de sus administradores, porque toda infracción, positiva o negativa, de un precepto legal determina la incursión en responsabilidad del infractor, si de la violación se ha derivado algún daño o perjuicio reparable.

Con relación a los socios y a los acreedores sociales, según el citado artículo 13, responderán los administradores en los mismos supuestos (dolo, negligencia grave, etc.), cuando hubieren lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos.

En todo caso, la responsabilidad recaerá sobre los administradores causantes, por acción u omisión del daño o perjuicio, y si se extendiera a más de un administrador, todos ellos responderán solidariamente. Es una versión del último inciso del artículo 79 de la Ley de Anónimas. Por ello, puede decirse de los administradores de las Limitadas lo que de los de las Anónimas dice GARRIGUES: «No basta para librarse de responsabilidad con el hecho de haber adoptado una actitud pasiva absteniéndose de votar con la mayoría. La Ley exige que el administrador haga constar claramente su posición contraria al acuerdo causante del daño» (92). Así como entiendo que si el ad-

(92) *Los administradores de Sociedades Anónimas ante la nueva Ley. Agenda Financiera.—1953.—Banco de Bilbao.*

ministrador de ~~cualquier~~ Compañía obra en cumplimiento de un acuerdo del órgano supremo de la misma (la colectividad de socios), queda exento de responsabilidad, aun cuando tal acuerdo o las instrucciones que a consecuencia de él se le transmitan sean contradictorias de la escritura fundacional o de las normas legales, salvo que éstas fuesen imperativas o que en el cumplimiento de dichos acuerdos e instrucciones mediare dolo o negligencia grave.

¿Quiénes están legitimados para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad? Si ésta se deriva de actos lesivos para los socios en particular o para los acreedores, los directamente perjudicados. Cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad por daños o perjuicios a la Sociedad, el artículo 13 de la Ley se expresa así: «La acción social de responsabilidad contra los administradores exige el previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social.» Esto es, que si se trata de hacer efectiva la responsabilidad para reparar daños o indemnizar perjuicios a la Sociedad, la acción judicial conducente a tales objetivos ha de ser ejercitada por la Sociedad misma con el requisito previo que impone. Mas esta exclusividad de ejercicio, mantenido a ultranza, podría conducir en algunos casos a la indemnidad de los administradores. (Se sobreentiende que me refiero a la responsabilidad civil, ya que la acción para exigir la penal es pública.) (93). A esa indemnidad se llegaría porque si el acuerdo social previo ha de tomarse por mayoría real, y el administrador o administradores inculpados de responsabilidad son socios, podría suceder: a) Que se abstuvieran o no pudiesen intervenir en la adopción del acuerdo (94), y que sus participaciones de capital rebasaran la mayoría del mismo, casos que im-

(93) Nuestra Ley de Limitadas, lo mismo que la de Anónimas, no trata de la responsabilidad penal de los administradores. Han estimado, sin duda, que la definición de los delitos que ellos puedan cometer y el señalamiento de las penas aplicables, son materia reservada al Código Penal. Por el contrario, algunas legislaciones extranjeras establecen penas pecuniarias y de privación de libertad. Así, por ejemplo, la Ley francesa (art. 37 al 39) y el Código civil italiano (arts. 2.621 al 2.627).

(94) Esta abstención o imposibilidad la imponen razones elementales de ética y equidad, aunque la Ley española no las prevea. Hubiera sido conveniente que a nuestra Ley se hubiese incorporado una disposición semejante a la del Código civil italiano (art. 2.373, párr. 3.º), aplicable a las Sociedades Limitadas por declaración expresa del artículo 2.486: «Los administradores no pueden votar en las deliberaciones relativas a su responsabilidad.»

pedirían reunir la que requiere la Ley. b) Que las cuotas sociales de esos administradores, unidas a las de los socios disconformes con la exigencia de responsabilidad, excedieran de dicha mayoría, supuesto en el que tampoco podría concluirse el acuerdo previo indispensable.

Ante esta eventualidad, se plantea el problema de si la acción social de responsabilidad podrá demandarse individualmente por los socios. En el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, el artículo 80 de su Ley reguladora ofrece la solución de que los accionistas que representen al menos la décima parte del capital puedan «entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad si la Sociedad no lo hiciere, dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad», y sólo los acreedores «cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de sus créditos». En la Ley de 17 de julio de 1953 no existe precepto análogo. ¿Podría, sin embargo, invocársele por criterio de analogía? En el estado de derecho anterior a la nueva ley de Limitadas, GARRIGUES admitía —refiriéndose a las Sociedades Anónimas—, la acción social de responsabilidad ejercitada individualmente si concurrían las circunstancias siguientes: a) Que la Sociedad no la hubiese ejercitado por medio de sus órganos, ni descargado a los presuntos responsables al final del ejercicio, ni transigido la acción entablada, ni renunciado a ella. b) Que no existan cláusulas estatutarias restrictivas del ejercicio de esta clase de acciones. c) Que el socio demandante esté en posesión de sus acciones. d) Que el mismo socio limite su reclamación a la cuantía proporcionada a su participación en el capital social. En el derecho creado por la nueva Ley de Limitadas no existen fundamentos legales que abonen esta posibilidad de acción social individual que, a lo más e independientemente de dicha Ley, podría basarse en el artículo 1.902 del Código civil por actos u omisiones reveladores del culpa extracontractual. Mas en tal supuesto, la acción deducible no podría calificarse de social, porque con ella sólo podría pretenderse el resarcimiento o la indemnización que corres-

pondiera al socio reclamante, aunque fuese por modo indirecto y por consecuencia de los daños y perjuicios causados al patrimonio social, acción que está prevista y otorgada a los socios en particular por el artículo 13 de la Ley.

III. *Consejo de Vigilancia*.—El tercer órgano social en las Compañías Limitadas, representativo en cierto modo, de la función moderadora y vigía del órgano ejecutivo, es el *Consejo de Inspección o de Vigilancia*. La nueva Ley no hace indicación alguna de su existencia, no obstante lo cual puede ser establecido por pacto lícito no opuesto a la Ley (art. 7.^º, núm. 10). Es, pues, de creación voluntaria de los fundadores de la Sociedad. Y en el sistema instaurado por la misma Ley, necesario —o conveniente al menos— en la estructuración de algunas Sociedades Limitadas, dado que las facultades fiscalizadoras que concede a los socios son tan menguadas, que puede decirse resultan prácticamente ilusorias. El único derecho que a esta finalidad se les concede —salvo los que les otorgue la escritura social— es el de examinar las cuentas y balance de cada ejercicio en la época y plazo que la misma escritura señale (art. 27). Ni siquiera se les amplía ese derecho a examinar «por sí o en unión de personas técnicas la contabilidad y todos los antecedentes con la mayor amplitud», como se permite a los censores de cuentas para informar a los accionistas por el artículo 108 de la Ley de Anónimas.

Ciertamente que cuando las Sociedades de Responsabilidad Limitada estén formadas por un pequeño número de socios, el órgano inspector será superfluo en la mayoría de los casos, porque aunque la gerencia no sea ejercida por todos ellos, las reglas fundacionales suelen dar a los excluidos de la administración medios y oportunidades suficientes que les hagan conocer el desenvolvimiento de los negocios sociales para que si, a consecuencia de ello, lo estimaren adecuado gestionar de la colectividad las rectificaciones que en la conducta de los administradores fuesen procedentes. Mas cuando el número de asociados es grande —en nuestra Ley puede ser hasta de cincuenta— la inspección de la gestión administradora ha de acomodarse a distintas normas. Esto explica que las legislaciones extranjeras hayan establecido diferentes sistemas de fiscalización: la oficial, por funcionarios del Estado; la individual, por los mismos socios, y la de un órgano fiscalizador especial. Y dentro de este últi-

mo sistema, las modalidades siguientes: órgano de fiscalización facultativo (96); órgano de fiscalización obligatorio, bien porque el capital social exceda de determinada cuantía (97), bien porque esté formada por el número de socios que fije la Ley (98); o cuando esté constituida por un determinado número de socios y su capital exceda de cierta suma (99).

Puesto que la Ley española no contiene precepto alguno que regule el órgano de fiscalización, y es facultad discrecional estatutaria su establecimiento, entiendo que no es imprescindible que ese órgano inspector sea colegiado, sino que puede ser individual; esto es, que en lugar de un *Consejo de Inspección* o de *Vigilancia* puede designarse un *Síndico* o *Comisario Inspector* (100). Lo esencial es que las funciones propias del órgano, si se considerase necesaria o conveniente su creación, tengan la debida efectividad.

Y tanto si fuere *Consejo* como si fuere *Comisario* o *Síndico*, es indudable que su nombramiento compete exclusivamente a la escritura fundacional o a la Junta de socios, y que tanto los componentes del Consejo como la persona que se designe para el cargo de inspector, han de tener la capacidad exigida para ser administrador y no estar incursa en las incapacidades, incompatibilidades o prohibiciones que inhabilitan a éste, salvo la prohibición de concurrencia comercial o industrial.

Las facultades del Consejo o Comisario inspectores serán las que en el documento constitutivo se les atribuyan, y que es de suponer

(96) Entre otras, Alemania, artículo 52 de la Ley de 20 de abril de 1892 (cita de COSACK, *Trat. cit.*, pág. 192). Argentina (art. 4.^o de la Ley de 8 de diciembre de 1932). Méjico (art. 84 de la Ley de 28 de julio de 1934).

(97) En Italia, si el capital social no es inferior a un millón de liras, es preceptiva la creación del *Colegio Sindical* (art. 2.488 del Código civil). Si falta el Colegio Sindical, los socios que representen la décima parte del capital y tengan graves sospechas de que los administradores no cumplen sus deberes, pueden denunciar los hechos a los Tribunales, los cuales, previa audiencia de los administradores, pueden ordenar la inspección de la Sociedad (art. 2.409 del Código civil).

(98) Francia, si el número de socios excede de veinte.

(99) Caso de la Ley austriaca, según dice FEINE (*Trat. cit.*, pág. 268).

(100) Lo creo así fundándome en la autonomía que para concertar pactos concede a los fundadores de las Sociedades en general sin más límite que el de su licitud, aun reconociendo que la generalidad de las legislaciones extranjeras, que admiten el órgano de Vigilancia, exigen que sea plural. Por ejemplo, en Alemania el Consejo de Inspección constará, por lo menos, de tres miembros; en Francia, de tres; en Italia pueden ser tres o cinco.

sean las adecuadas a las especiales, organización y objeto de cada Compañía. Sin embargo, podría trazarse en líneas generales el cuadro de las atribuciones, deberes y responsabilidad de aquéllos (101).

Y en ese esbozo que se hiciera habría de presentarse como perfil más acusado el de la principal misión del órgano inspector: fiscalizar la gestión social de los administradores, a cuyo fin debe conocer constantemente los negocios de la Sociedad, pudiendo en todo momento exigir la información precisa, examinar los libros de la Compañía, investigar la situación del patrimonio social, controlar la valoración del activo y del pasivo, etc., etc.

Por otra parte, como los intereses de la Sociedad y los de los administradores pueden ser antagónicos, o existir entre aquélla y éstos negocios jurídicos que ejecutar, en tales casos la representación de la Compañía será llevada por el órgano a que estoy refiriéndome.

Correspondele también la convocatoria para la reunión de los socios o celebración de la Junta general, si existiere, en los casos de que los administradores, debiendo hacerlo, omitan tal convocatoria, o si creyere que es necesaria para los intereses de la Sociedad.

Frente a estas facultades, tiene la representación fiscalizadora de la Compañía *obligaciones* que cumplir. La primordial de ellas, poner en el desempeño de su cometido la diligencia de un celoso mandatario haciendo uso al efecto de las atribuciones que le estén conferidas. Debe, asimismo, comunicar a los socios las irregularidades que en el ejercicio de su cargo observe en los administradores, y si ellas pueden constituir delito, denunciarlas a los Tribunales de justicia. Habrán de mantener en secreto los hechos y documentos que conozcan por razón de su oficio.

Finalmente, por lo que respecta a la *responsabilidad*, los miembros del órgano fiscalizador no son responsables, en principio, ante los extraños a la Sociedad. Pero sí lo son para con ésta y de modo individual por sus propios actos, independientemente de la responsabilidad en que pudieren estar incursos, también por su actuación personal, los demás componentes del referido órgano, en el caso de que lo formen más de una persona, toda vez que el grado de diligencia en el ejercicio de su función hay que discriminarla individual y

(101) Consultese, a este respecto, el artículo 2.403 del Código civil italiano, que acaso casuísticamente y desde el ángulo de los deberes del Colegio Sindical, señala las funciones que le incumben.

separadamente. La responsabilidad será solidaria cuando los inspectores hayan dado lugar a ella conjuntamente.

Por último, la responsabilidad —implícitamente queda dicho— se contrae por incumplimiento de las obligaciones antes expresadas o por cumplirlas sin la diligencia propia de un celoso mandatario.

VALERIANO DE TENA
Registrador de la Propiedad

(Concluirá.)

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.^o, n.^o 11 - MADRID