

La Sociedad Anónima y la Asamblea General de Accionistas (*)

SEGUNDA PARTE

LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS SU FUNCIONAMIENTO

CAPITULO I

COMPETENCIA

60. División de la esfera de atribuciones en la sociedad anónima.—61. Competencia necesaria.—62. Actos de administración extraordinaria.—63. Competencia facultativa.—64. Limitaciones al poder de las asambleas.—65. Derechos inderogables del accionista.—66. Derechos inderogables del accionista, (continuación).—67. Derechos inderogables del accionista, (continuación).—68. Renuncia de los derechos inderogables.

60.—*División de la esfera de atribuciones en la sociedad anónima.* Se ha dicho siempre que la asamblea general de accionistas tiene en la Sociedad Anónima el poder legislativo, es decir, declara la voluntad social, mientras que los administradores tienen el poder ejecutivo, es decir, ejecutan esa voluntad. Insostenible como era esta tesis, estableciendo tajante separación entre ambas esferas de atribuciones, se vino a establecer la división entre relaciones externas e internas de la sociedad, formando la asamblea la voluntad de la sociedad con eficacia puramente interna y los administradores ejecutando esa voluntad en el ámbito interno y formándola y declarándola en cuanto se refiere a las relaciones externas, ejerciendo pues funciones administrativas y representativas.

(*) Tesis para el Bachillerato en Derecho.—V. T. IX, N.º III.

Prescindiendo de que la diferenciación entre relaciones externas e internas no es precisa, desde que los miembros de la sociedad actúan frente a ella como terceros y que no podría ser atribuida sino a las relaciones de la asamblea con los administradores y entre estos y aquella con el consejo de vigilancia, cabe establecer la esfera de atribuciones de la asamblea y de los administradores, en el sentido de que la primera expresa la voluntad social, con eficacia externa e interna, y se considere ya la tesis de la representación, en la que la asamblea es la forma oficial de la presentación de la misma sociedad; ya la del órgano o la del portador del órgano, en que la asamblea como función expresa esa misma voluntad social; o ya, se la considere como derivada de la voluntad originaria unánime de los que formaron la sociedad. Los administradores en cambio, pueden expresar la voluntad social, por delegación de la asamblea en acuerdo, estatutos o ley, en los llamados actos de gestión inmediata y tienen la atribución de declarar la voluntad social expresada por la asamblea.

La esfera de atribuciones propias de la asamblea constituye en la sociedad anónima el resorte esencial de la vida social, por mucho que las nuevas tendencias que hemos señalado tiendan a restringirle sus poderes clásicos ampliando al mismo tiempo los de los administradores. Este fenómeno de amplia vigencia en la práctica, especialmente en cuanto se refiere a las grandes sociedades anónimas, en que la multitud de pequeños accionistas hace casi imposible la reunión de asambleas legalmente válidas al mismo tiempo que dichos pequeños accionistas, en su calidad de simples inversionistas, carecen de los conocimientos necesarios para tomar parte activa en la deliberación de las asambleas, se halla así justificado, pero sin que ello pueda negar a la asamblea la expresión de la voluntad social, que en todos los casos que la ley y los estatutos le confieren, será omnipotente.

A esta división bipartita de la esfera de atribuciones en la sociedad anónima, cabe agregar todavía una tercera función, que encomendada al consejo de vigilancia, de inspección, o los síndicos, está dirigida al control de la administración y a establecer la relación entre ésta y la asamblea. Esta función del consejo de vigilancia, se ve hoy tanto más ampliada cuanto que se van restringiendo las atribuciones tradicionales de la asamblea, encargándose dicho órgano del control permanente de los administradores durante todo el ejercicio social, y reemplazando a la asamblea en

la autorización a aquellos para ciertos actos de gestión importantes o que entrañen disposición.

Sin embargo, la asamblea conserva para sí ciertas atribuciones esenciales, que nos permiten diferenciar su competencia en necesaria y facultativa.

61.—*Competencia necesaria.*—Como expresión de la misma voluntad social la asamblea tiene atribuciones inderogables. En ese sentido es criterio general reconocerlo como de su competencia exclusiva el juzgar de los balances y cuenta de pérdidas y ganancias que presenta la administración; el fijar los dividendos y la participación de los miembros de la administración y del consejo de vigilancia; el descargo de la responsabilidad de los administradores por los actos de su gestión; el nominar a los administradores y miembros del consejo de vigilancia y el fijar su remuneración, que difiere de la participación; la modificación de los estatutos, es decir, aumento o disminución del capital, fusión, disolución anticipada o prórroga, cambio de objeto si fuera permitido, emisión de acciones preferenciales, etc.; la nominación de los liquidadores y autorizar a los administradores a declarar en quiebra a la sociedad si fuera necesario; el acordar la emisión de obligaciones; adoptar resolución sobre actos de administración extraordinaria, ya sea por su onerosidad, ya por la disposición que implican, ya por su importancia o ya porque exceden las facultades de los administradores, y todas las demás atribuciones que la ley o los estatutos le confieran.

El C. de las Ob. suizo (art. 698) y la ley brasileña (art. 87) califican, el primero como "derecho inalienable" y el segundo como "competencia privativa" las atribuciones a que hemos hecho mención, estableciendo así la competencia necesaria de la asamblea. Sin embargo, la ley alemana de 1937, restringe estas atribuciones de la asamblea en cuanto se refiere a la misma administración, y sujeta así la aprobación del balance al consejo de vigilancia (art. 125, III), no pudiendo conocer la asamblea sino por la desaprobación de éste o por acuerdo entre él y la administración; e, igualmente en cuanto se refiere al reparto de dividendos, establece que la asamblea no podrá modificar el balance ni la cuenta de pérdidas y ganancias, y que dicho reparto deberá realizarse sobre el proyecto presentado por el directorio, facultándola, al contrario, para impedir el reparto total o parcial de utilidades (126, II.). Así la ley alemana marca la nueva tendencia, a la que se oponen aún las más modernas legislaciones, entre las

que se encuentra, además de los dos citados (Suiza y Brasil) el C. de C. italiano (arts. 2364-65).

Nuestro C. de C. establece únicamente (art. 175) los requisitos necesarios para el aumento o disminución del capital, y modificación y disolución de la sociedad, dejando en libertad a los estatutos para toda otra regulación de las asambleas, y para fijar la competencia de ella.

62.—*Actos de administración extraordinaria.*—La competencia necesaria así enumerada de la asamblea no presenta dificultad sino en cuanto se refiere a los llamados actos de administración extraordinaria. ¿Cuáles son esos actos de administración extraordinaria? ¿Cuándo los administradores deben convocar a la asamblea, que por regla general será extraordinaria, para conocer determinados actos de administración?

Un primer criterio de la distinción puede referir los actos de administración que necesitan de acuerdo de la asamblea, a aquellos que los administradores, o el consejo de vigilancia en su caso juzguen como tales. Este temperamento sometería a la sociedad al peligro de que el administrador se excediera de sus facultades, aunque se ha sostenido que él puede hacerlo siempre que suponga que su gestión sería aprobada por la asamblea. Estos criterios se ven superados por el que establecen los Códigos suizo (art. 718) e italiano (art. 2298), en el sentido de que los administradores pueden realizar todos los actos que comprende el objeto social, salvo las limitaciones que establezca el acto constitutivo o el poder otorgado al administrador. En este sentido las limitaciones no son oponibles a terceros de buena fé (C. suizo), salvo las que resulten de la inscripción, que establece también el código italiano, otorgando además la alternativa de probar que los terceros conocían dichas limitaciones.

La asamblea deberá tener pues conocimiento de los actos que exceden el objeto social o los poderes por ella conferidos a los administradores para la gestión social. Correlativamente, se hallan obligados los administradores a convocar a la asamblea cuantas veces sea necesario para conocer de esos actos, y serán responsables ante la sociedad de la omisión en el cumplimiento de este deber, responsabilidad a la que también están sujetos si realizaran los actos que no se encuentran comprendidos en el objeto social, sin recabar el correspondiente acuerdo de la asamblea general. Corresponde igualmente al Consejo de Vigilancia convocar a la asamblea si, en desacuerdo con la administración, esti-

maran al acto de naturaleza tal que excediendo la comprensión del objeto social o del poder, fuera necesario el acuerdo de la asamblea para su realización.

63.—*Competencia facultativa*.—Puede entenderse por competencia facultativa todas las deliberaciones que la asamblea juzgue conveniente tomar para la marcha de la sociedad. Este criterio es el mantenido por el art. 87 de la ley brasileña al establecer que “la asamblea tiene poderes para resolver todos los negocios relativos al objeto de explotación de la sociedad y para tomar las decisiones que juzga convenientes a la defensa de ésta o al desenvolvimiento de sus operaciones”. La extensión con que está consignada la regla no puede sostenerse, pues, hay que tener presente que para la validez de las deliberaciones es necesario la convocatoria legal, encomendada a determinados órganos, y la formulación de la orden del día, requisitos sin los cuales todas las deliberaciones serían nulas. En este sentido, es posible que la asamblea en una reunión cualquiera convoque por sí a una nueva asamblea, formulando la orden del día, para tomar acuerdo sobre el acto que quiera avocarse. Este sería el primer caso de competencia facultativa, al que hay que agregar las cuestiones que la administración o el consejo de vigilancia someta a la consideración de la asamblea, no por ser un acto que lo requiera, sino por declinar responsabilidad o juzgar conveniente la previa deliberación de la asamblea. El segundo criterio citado es el expresamente determinado por la ley alemana (art. 103, II), pero lo extiende a toda cuestión relativa a la gestión social, con lo que ningún acto referente a ésta puede ser comprendido dentro de la competencia necesaria.

64.—*Limitaciones al poder de las asambleas*. Delimitada la división de poderes en la sociedad anónima, veamos la limitación que a la misma asamblea le son impuestas por los llamados derechos inderogables del accionista. No se trata de fijar la competencia de la asamblea, sino de limitarla mediante la expresión de los acuerdos que no pueden ser tomados por ella, ni, claro está, por ningún otro órgano de la sociedad anónima.

Considerando los estatutos como un contrato adoptado por el acuerdo unánime de todos los asociados, se sustuvo la tesis de que todos los derechos estatutarios son inderogables, salvo consignación expresa en el pacto o acuerdo unánime. En oposición a esta tesis se establecía que todos los derechos estatutarios pueden ser modificados por mayoría y en consecuencia son derogables.

La doctrina alemana estableció tres categorías de derechos del accionista, y que pueden titularse colectivos, individuales y especiales, y corresponden a la clasificación siguiente:

a). "*Mitgliedschaftsrechte*", o sea derechos de la colectividad; derechos que cada accionista ejerce en virtud de la ley o de los estatutos, en común con los otros, en la asamblea general o por medio de ella;

b). "*Individualrechte*", o sea derechos individuales por los cuales el accionista es titular y representante de la voluntad colectiva de los socios. No es otra cosa que el ejercicio individual de derechos colectivos; y

c) "*Sonderrechte*", o sea derechos de los cuales el accionista goza, en tanto que es accionista, prerrogativas que le son propias y que no son derechos de la sociedad. Estos derechos son los llamados derechos propios y ofrecen carácter jurídico para los accionistas considerados como individuos. De estos derechos son considerados inderogables los individuales y especiales. (categorías a) y b) enumeradas), unas veces usados como sinónimos, y otras con las diferencias que en su enunciación hemos establecido. (2) La doctrina debatió largamente esta clasificación de los derechos del accionista, sin llegar a pronunciarse sobre su verdadera validez, la que consideramos abstracta y posible de admitir confusiones en la ubicación de los derechos en cada categoría.

Expresando mejor el concepto, *Copper Royer* (3) divide también los derechos del accionista en tres categorías que, no correspondiendo a las anteriores, son:

a) *derechos intangibles*, no modificables en el curso de la vida social ;

b) *derechos esenciales*, no posibles de ser suprimidos, pero sí modificados; y

c) *derechos accesorios*, que los estatutos pueden o no otorgar.

Dentro de los primeros se encuentran la responsabilidad limitada, el objeto y la nacionalidad de la sociedad; los segundos se integran por el derecho al beneficio y a la cuota de liquidación, el derecho de voto, el derecho a la transferencia de los títulos y los

(1) Ver supra Nos. 47 y sgs.

(2) BOUCART, op. cit. págs. 53 y sgs.

(3) Op. cit. págs. 129 y sgs.

accesorios a ellos como son el derecho al título, al depósito del balance, etc.; y los terceros, están constituidos por aquella categoría de derechos no posibles de determinar, pero que pueden consistir en acciones de voto privilegiado, dividendos fijos, derechos de minoría, etc.

Sin embargo, esta clasificación de los derechos del accionista en categorías abstractas no puede tener una validez general, tanto más cuanto que la nueva evolución del derecho de las sociedades anónimas introduce nuevos aspectos, tales como las prestaciones accesorias, las limitaciones a la cesibilidad de ciertos títulos de acciones, las acciones preferenciales o privilegiadas que desconocen estos principios establecidos y concretos, que permitan su clasificación.

65.—*Derechos inderogables del accionista.*—Por ello, sin tratar de clasificar los derechos del accionista, se pueden establecer ciertas categorías de esos derechos, que ni los estatutos ni la asamblea pueden derogar sin perjuicio de atentar contra la esencia misma de la sociedad anónima y de la calidad de socio de quienes son sus miembros.

Esos derechos inderogables se refieren primeramente, por supuesto, a la misma calidad de socio. El miembro de una sociedad anónima no puede ser privado de su calidad de tal, ni por los estatutos, ni por la asamblea, salvo cuando dejara de cumplir las obligaciones que esa misma calidad le impone, y no cumpliendo los requisitos exigidos y establecidos en los mismos estatutos o en la ley. La exclusión del socio puede establecerse con carácter temporal, como sanción por el incumplimiento de las obligaciones que le son impuestas, debiendo cesar dicha exclusión cuando las causas que las motivan desaparezcan, o hacerse definitiva, en nuestro concepto, cuando ellas permanezcan con evidente perjuicio para la sociedad. Este caso se dá, por regla general, y considerando el carácter de la anónima como sociedad de capitales, en la mora del accionista para realizar o integrar su aporte. Puede entonces la sociedad suspender al accionista remiso mientras no complete dicho aporte y, vencido un plazo prudencial, procederá a la venta de las acciones no integradas a fin de completar el capital. El criterio de la exclusión está expresamente establecido por el C. de las O. suizo (art. 681) que determina los intereses moratorios, mientras que el criterio de la suspensión está consignado por la ley brasileña (art. 85).

La calidad de socio supone igualmente el goce de los derechos que caracterizan a la sociedad anónima: la responsabilidad limitada y la libre cesibilidad de las acciones. La primera no puede ser modificada en su esencia, estableciendo los aportes accesorios o nuevos aportes, o la transformación de la sociedad en otra que implique mayor responsabilidad como la en nombre colectivo. La segunda no puede ser alterada sino en cuanto lo justifiquen los fines de la sociedad, y tampoco en forma absoluta, mediante el establecimiento de acciones vinculadas.

66.—*Derechos inderogables del accionista*, (continuación).— En la segunda categoría de derechos inderogables del accionista debe considerarse su intervención en la formación de la voluntad social, es decir, el derecho a intervenir en la asamblea, el derecho de voto, el derecho de representación, el derecho de impugnación de las decisiones sociales contrarias a la ley y a los estatutos; y, consecuentemente, los derechos accesorios que ellos comprenden, como son el conocimiento anticipado de los documentos necesarios a conocer la materia de la deliberación, los avisos correspondientes o sea la convocatoria, etc. y el derecho a retirarse de la sociedad en los casos que la ley lo establezca como consecuencia de ciertos acuerdos modificatorios.

Debe, por otra parte, tenerse en cuenta que, en cuanto se refiere al derecho de voto, existe la posibilidad de la emisión de cierta categoría de acciones privadas de dicho derecho, a cambio de cierta preferencia en el reparto de utilidades o en la cuota de liquidación; y, al contrario, pueden emitirse acciones con derecho de voto plural. Las primeras, necesariamente no constituyen otra cosa que obligaciones emitidas por la sociedad, pues la falta del derecho esencial del accionista de contribuir a formar la voluntad social, no puede atribuir a los portadores de dichas acciones la calidad de tales, debiendo considerarse los demás derechos anexos a sus títulos, una forma de garantía de las obligaciones que representan. Las segundas —acciones de voto plural—, destinadas a garantizar a la sociedad contra la competencia extranjera y nacional, y asegurar su continuidad, derogan el principio del voto igualitario en consideración al interés supremo de la sociedad. Sin embargo, como ellas devienen a la satisfacción de intereses particulares, ni la doctrina ni la legislación las admiten hoy, estableciendo el principio de que a cada acción corresponde un voto.

67.—*Derechos inderogables del accionista, (continuación).*—Y, por último, existe una tercera clase de derechos inderogables del accionista y que podemos llamar derechos económicos. Son ellos, esencialmente, el derecho a los dividendos y a la parte correspondiente del patrimonio de la sociedad en la liquidación de ella. Estos dos derechos esenciales implican otros dos derechos correlativos, esto es, el derecho a la fiscalización de la gestión social, realizada en la forma prescrita por la ley o por los estatutos, y el derecho preferencial a la suscripción de las nuevas acciones que pueda la sociedad emitir, y cuyo fundamento hallamos en la situación desigual en que se coloca al socio con la nueva emisión de acciones, especialmente si ellas son preferenciales.

68.—*Renuncia de los derechos inderogables.*—Se ha sostenido que estos derechos inderogables del accionista pueden ser renunciados por él cuando se trate de derechos establecidos en su propio interés y no impuestos por normas coactivas en el interés general o social (4).

Son así considerados el derecho a ser socio (enajenación del título), el derecho al tratamiento igual, el derecho a la cuota de liquidación y derechos accesorios, el derecho accesorio a la emisión y entrega de la acción, los derechos de prelación y el derecho de retiro.

No suscribimos enteramente esta opinión, pues si bien creemos que los derechos a la cuota de liquidación, el derecho accesorio a la emisión y entrega de la acción, y los derechos de prelación pueden ser renunciados, estimamos que, el derecho a ser socio implica sobre todo el derecho a dejar de serlo, —requisitos esenciales de la sociedad anónima son el cambio de miembros y la libre cesibilidad de las acciones— y la renuncia del primero no significa sino el ejercicio del segundo; que el tratamiento igual no existe ya con la admisión legal para la emisión de acciones de preferencia, aunque pueda extenderse a los poseedores de una misma categoría de acciones; y, que el derecho de retiro no puede ser renunciado.

Quedan así analizados los derechos inderogables del accionista que sirven de limitación al poder de las asambleas, vale decir de la sociedad misma, quién nunca podrá suprimirlos, aunque cabe toda regulación que no signifique alterar su esencia, como es variar la periodicidad de los dividendos, “vincular” determinadas

(4) DONATI, op. cit. págs. 170 y sgs.

acciones, establecer límites máximos o mínimos para el ejercicio del derecho de voto en la posesión de determinado número de acciones, emitir acciones de voto plural, etc.

CAPITULO II

CONVOCATORIA

69. La convocatoria como garantía de la legítima expresión de la voluntad social.—70. Derecho y obligación de convocar.—71. Capacidad para convocar.—72. Términos para la convocación.—73. Términos para la convocación (continuación).—74. El aviso de convocación. I) Su forma.—75. El aviso de convocación. II) Su contenido.—76. La orden del día.—77. La orden del día, (continuación).—78. Revocación del aviso de convocación.—79. La segunda convocación.

69.—*La convocatoria como garantía de la legítima expresión de la voluntad social.*—Para los efectos de expresión de la voluntad social, los accionistas deben conocer anticipadamente la fecha de la reunión y la materia a tratarse en la asamblea. A este fin la convocatoria regular y legal es esencial a la eficacia de la voluntad social, de manera tal que no se puedan tomar resoluciones que la tergiversen, con la creación de mayorías ficticias, reunidas al objeto de tomar un determinado acuerdo. Así mismo, para que una resolución acordada por la asamblea pueda obligar a los ausentes, y se considere así dicho acuerdo con la expresión de la voluntad misma de la sociedad, es necesario que todos los socios sepan, o puedan haber sabido, el lugar y la fecha de reunión de la asamblea, así como los asuntos que han de ser materia de la deliberación. De esta forma la convocatoria asegura la validez de la voluntad social expresada por la asamblea. Trataremos en seguida de todos los requisitos de la convocatoria.

70.—*Derecho y obligación de convocar.*—A) Tienen la obligación de convocar a la asamblea general de accionistas, los siguientes órganos de la sociedad:

a) El directorio, administradores o gerentes, en los casos que la ley o los estatutos determinen, como por ejemplo, en todos los casos de convocatoria a asamblea ordinaria:

b) El consejo de vigilancia o los controladores, en defecto de la convocación referida en el acápite anterior;

B) Gozan, en cambio, del derecho de convocar o de pedir la convocatoria de la asamblea:

a) los miembros de la administración y el consejo de vigilancia, cuando lo estimen necesario para los fines de la sociedad, o surjan situaciones que creen conveniente que la asamblea conozca;

b) una minoría de accionistas, que representan un tanto por ciento mínimo del capital; (1) debiendo presentar el requerimiento para la convocación por escrito fundamentando los motivos para ella;

c) el accionista aislado, en los casos cuya gravedad así lo justifique. Puede tratarse de operaciones peligrosas para el fin social, o de la responsabilidad de los administradores por faltas que han incurrido en su gestión; y

d) el tribunal judicial o la autoridad administrativa encargada del control de las sociedades anónimas, cuando los mismos administradores incurran en falta en su gestión, u ocurran hechos que atenten contra el fin corporativo. Sin embargo, esta facultad debe considerarse con evidente parsimonia, pues si bien es admitida por la nueva tendencia del derecho, no es posible aceptar un criterio de intervención exagerado.

71.—*Capacidad para convocar.*— a) La capacidad ordinaria y regular para la convocación está conferida a la administración de la sociedad, sea ésta ejercida por un cuerpo colegiado o por un administrador único. De esta manera la administración convoca a la asamblea, por obligación, en los casos expresamente consignados en la ley o en los estatutos y cuando la iniciativa corresponda a los accionistas en minoría o aisladamente, y, por derecho propio, cuando así lo estimare conveniente.

b) Ha sido regla general otorgar al consejo de vigilancia, controladores o síndicos la capacidad subsidiaria para la convocación de la asamblea, cuando ésta dejara de hacerlo en los casos en que está obligada. (2) El art. 89 inc. b) de la ley brasileña concede esta facultad si la administración retarda en un mes la convocatoria de la asamblea ordinaria, pero faculta al consejo fiscal para la convocatoria de la asamblea extraordinaria si ocurren motivos graves o urgentes. Supera a esta fórmula la acertada disposición de la ley alemana (art. 95, IV), por la cual el con-

(1) Un vigésimo para la ley alemana (art. 106, II); un décimo para el C. de las O. suizo (art. 699); un quinto para el C. C. italiano (art. 2367), para la ley brasileña (art. 8) y para el C. de C. venezolano (art. 283); y un treintitres por ciento para la ley mexicana (art. 185).

(2) C. de las O. suizo (art. 699); C. C. italiano (art. 2367); ley mexicana (art. 183).

sejo de vigilancia convocará a la asamblea cuando lo exijan los intereses sociales, lo que exonera de calificar el motivo. Cumple así el consejo de vigilancia su auténtica misión controladora, otorgando la necesaria independencia a la convocación de la asamblea de la voluntad de la administración, que no puede en esta forma eludir las responsabilidades a las que la ley y los estatutos la sujetan.

c) Igualmente tiene capacidad subsidiaria el tribunal judicial o la autoridad administrativa encargada del control de las sociedades anónimas, cuando la iniciativa de la convocatoria correspondiera a una minoría de accionistas o a estos aisladamente, y la administración no defiriese al requerimiento de convocación realizado por aquellos dentro del plazo prudencial. (3).

Otras legislaciones otorgan este derecho al accionista representando una minoría o a él aisladamente. Encontramos ejemplo del primer caso en la ley brasileña (art. 89, inc. c), que faculta a los accionistas que representen un quinto del capital a convocar la asamblea ordinaria, cuando la administración retardara esa convocación por más de ocho días; y admiten en el segundo caso la misma disposición de la ley brasileña que faculta al accionista aisladamente a convocar la asamblea ordinaria cuando la administración retardara en más de dos meses dicha convocación, y la ley mexicana (arts. 168, inc. a y 185) para los casos en que faltando comisarios no convocara la administración y cuando no hubo asamblea por dos ejercicios, ni se aprobaron balances, ni se nombraron administradores y ni se fijaron emolumentos.

Este derecho concedido al accionista, y cuyo fundamento está en el interés social, debe, en nuestro concepto, ser limitado a la iniciativa, sin que pueda comprender el derecho de convocación misma. Si hecho el requerimiento los administradores no cumplieran con convocar, el accionista debe recurrir a la autoridad judicial (C. de las O. suizo, art. 699) o administrativa pertinente, (Decreto ley chileno, art. 83) a fin de que cumpla con realizar dicha convocatoria, previa la fundamentación de los motivos que le inducen a solicitar la reunión de la asamblea. Es posible así garantizar todos los intereses, y asegurar la convocatoria regular de la asamblea, y de manera tal que la validez de la voluntad social que en ella pueda ser expresada, no quede comprometida.

(3) C. de las O. suizo art. 699: "plazo conveniente"; C. de C. argentino, art. 349: 15 días; y, C. C. italiano, art. 2367: "sin retardo".

d) Por último, tienen derecho a convocar a la asamblea general el liquidador o los liquidadores, cuando sea necesario a los intereses de la sociedad en liquidación o la ley establezca esa obligación y los representantes de los obligacionistas que, teniendo un derecho económico similar al de los accionistas, encuentran fundamento o esa facultad en la salvaguarda de sus legítimos intereses. (C. de las O. suizo, art. 699).

72.—*Términos para la convocatoria.*—Las asambleas destinadas a juzgar del balance, a elegir administradores y demás miembros de los órganos de la sociedad y a descargar la responsabilidad se reúnen en épocas fijas —generalmente al término del respectivo ejercicio económico— y sirven de base a la clasificación de las asambleas en ordinarias y extraordinarias.

Las diferentes leyes o en su defecto los estatutos fijan la época en que estas asambleas deben convocarse, fluctuando los plazos desde los cuatro meses (Leyes mexicana —art. 181— y brasileña —98—) a los seis meses (C. de las O. suizo —art. 699—), después de vencido el ejercicio social. La Companies Act inglesa de 1929 establece únicamente de que sean una vez por año cuando menos —criterio que sigue la ley francesa de 1867 (art. 27)—, pero limitando la frecuencia entre cada junta a 15 meses.

Entre nosotros el Código deja en libertad la fijación de los plazos a los estatutos o escritura social (art. 159); pero, la legislación tributaria al establecer que los balances de las sociedades anónimas y la declaración de reparto de utilidades deben presentarse, efectuados al 31 de diciembre de cada año, a más tardar el 31 de marzo del año siguiente (D. S. de 19-IX-40, art. 3.º) nos parece que impone la obligación tácita de que las asambleas se reúnan entre esas dos fechas, de manera tal que los documentos presentados cuenten con la aprobación de ellas. No podría ser de otro modo, pues, teniendo la asamblea la facultad de modificar los criterios de valorización del activo, aumentar o disminuir el reparto de utilidades que proponga el Directorio, o de modificar el mismo balance por error o dolo en su confección, el balance que se presentara sin su aprobación no tendría el carácter de definitivo, lo que atentaría contra el objeto que persigue la ley fiscal. En consecuencia, los estatutos de toda sociedad anónima deben fijar la época de convocatoria de la asamblea general ordinaria dentro de los tres primeros meses del año siguiente al cual se refieren los documentos que conozca.

En cuanto a las asambleas extraordinarias su mismo carácter determina que no tengan época fija de convocatoria, y ésta tendrá lugar cada vez que los intereses de la sociedad lo exijan, pudiendo solicitar su convocatoria todos los órganos a que hemos hecho mención más atrás (4).

73.—*Términos para la convocación, (continuación).*—Entre la convocatoria a cada asamblea y la reunión de ésta debe mediar cierto término. Si así no fuera, se haría imposible o difícil la reunión de los accionistas, atentando contra la validez de la voluntad social y permitiendo la creación de mayorías ficticias o favorables a la administración, cuyo control ejerce la asamblea legalmente reunida.

Este término entre el último o único aviso de convocatoria y la reunión de la asamblea está admitido por todas las legislaciones, diferenciándose solamente por la extensión del plazo. No sucede lo mismo en cuanto se refiere a un plazo máximo, es decir, que entre la convocatoria y la reunión no debe mediar más de cierto tiempo. Este criterio es adoptado por las diversas leyes estatales de los Estados Unidos, y así la del estado de New York, que tomamos como ejemplo, establece que la convocatoria debe realizarse de diez a cuarenta días antes de la fecha fijada para la reunión (5). Consideramos acertado fijar, al mismo tiempo que el plazo mínimo, el plazo máximo en el cual debe realizarse la convocatoria para la asamblea general de accionistas, pues la exagerada dilación entre la convocatoria y la reunión puede hacer olvidar a los accionistas la fecha de la última y crea la posibilidad de burlar sus decisiones antes del acuerdo.

Si para concurrir a la respectiva asamblea fuera necesario el depósito de acciones, el término establecido entre la convocatoria y la reunión debe extenderse, en un plazo igual a nuestro criterio, para que los accionistas cumplan con dicho requisito. Igualmente el término debe extenderse en el caso de la asamblea general ordinaria, para el depósito en la sede de la sociedad del balance, memoria de la administración y demás documentos afines, con el objeto de que los accionistas conozcan su contenido previamente a la deliberación de la asamblea. Esta última extensión comprende también cualquier junta extraordinaria en la que sea necesario, previamente a la deliberación, el conocimiento de ciertos hechos o documentos esenciales para poder tomar parte con pre-

(4) Ver supra No. 70.

(5) THE LAWYERS DIRECTORY, Cincinnati, Ohio. 1944. Pág. 939.

paración en la discusión anterior al acuerdo. Por otro lado, el derecho a la información es inmanente a la calidad de accionista, y cualquiera de ellos puede exigir su cumplimiento (6).

74.—*El aviso de convocación.*— 1) *Su forma.*—El aviso de convocación debe ser hecho en forma que pueda llegar a conocimiento de todos los accionistas. A este efecto el aviso debe publicarse en un periódico diario de amplia circulación (El art. 165 del C. de C. refiriéndose a la publicación mensual de balances dice que se harán en un periódico diario; y extendemos esta expresión a la convocatoria porque lo exigen los intereses de la sociedad y de los accionistas). La publicación de avisos en un periódico que no reuniera los requisitos de difusión necesarios, sería, en nuestro concepto, dolosa, a fin de impedir el conocimiento por los accionistas de la fecha de reunión de la asamblea. La ley no puede subsanar esta deficiencia mediante la designación del periódico oficial para la publicación de los avisos de convocatoria, pues, siendo los accionistas, por regla general, meros inversionistas no se interesan por esa clase de publicaciones y el aviso no llenaría su objeto. La intervención estatal en la regulación de las sociedades anónimas, mediante un organismo especial que podría ser una superintendencia de sociedades anónimas, permitiría la publicación de una revista semanal en que consignaran, además de todas las varias publicaciones referentes a sociedades anónimas, los avisos de convocación. Sin embargo, debe establecerse que los avisos de convocación se publiquen en el periódico oficial, y si no lo hubiere en el de los avisos judiciales, con lo que todo accionista que se interese por la marcha de la sociedad sabe donde encontrar las convocatorias a asambleas generales, aunque tratándose de las extraordinarias, por su carácter de intempestivas, cabe la posibilidad de que escapen a su atención. (7).

Estos avisos deben publicarse por varias veces —generalmente es por tres días— y espaciadamente, debiendo coincidir el último con el plazo mínimo que se establece entre la convocatoria y la reunión de la asamblea.

A fin de subsanar las dificultades que presenta el aviso por periódico, algunos estatutos establecen y la ley admite, que la convocatoria se haga por cédulas personales a cada accionista. Esta forma se va extendiendo como un derecho del accionista y así lo establecen el C. de C. venezolano (art. 284) y la ley alemana (art.

(6) C. de las O. suizo, 697.

(7) En éste sentido el C. C. italiano, art. 2366.

109, II), disposiciones por las cuales todo accionista tiene derecho de ser convocado a su costa por carta certificada, fijando el domicilio, y depositando en la administración de la sociedad el número de acciones necesario para tener voto en la asamblea. El requisito de la carta certificada sirve para dar por notificado al accionista, y luego, pues, basta para la validez de la convocación la expedición de la carta notificatoria, expedición que se prueba por el respectivo certificado de correos. No es dable exigir ni el conocimiento ni la recepción del aviso de convocatoria, pues haría imposible esta forma de convocación, dando al accionista multitud de pretextos para impugnar los acuerdos de la asamblea general, lo que obligaría a la sociedad a recurrir a medios onerosos a fin de asegurarse la recepción o el conocimiento. Evidentemente que esta forma de convocación garantiza en mejor forma que la publicación en periódicos el conocimiento por los accionistas del aviso convocatorio y es recomendable su acepción por la ley, confiriendo el derecho al accionista que deposite las respectivas acciones en la administración de la sociedad.

La obligatoriedad de la convocación solo queda subsanada por la reunión íntegra de todos los accionistas, que pueden así, previa certificación en el acta de estar presentes todos ellos, tomar los acuerdos que corresponden a la esfera de atribuciones de la asamblea general. Carecería de objeto exigir otro requisito pues la convocatoria no tiene otro fin que lograr reunir el mayor número posible de accionistas, y estando todos ellos presentes, sin necesidad del respectivo aviso y no habiendo oposición, su fin está cumplido de antemano.

75.— *El aviso de convocación.*— II) *Su contenido.*— a) El primer requisito del aviso de convocación, especialmente si se realiza por periódico, es que contenga con toda claridad el *nombre de la sociedad* que hace la convocación y la clase de asamblea convocada. Es malicioso el aviso que no permite su fácil identificación en el formato de un periódico, impidiendo así la concurrencia de accionistas. Correlativamente, pues, la administración debe hacer consignar el aviso en la sección respectiva del periódico, a los fines de su fácil ubicación. Evidentemente que los accionistas no podrían alegar esa ubicación, pero la ley debe establecer los requisitos del aviso, de manera tal que otorguen al accionista el derecho de reclamar si se infringe esa ley.

b) El aviso de convocación debe consignar, en segundo

(8) Ver *infra* No. 109.

término, *el lugar* donde ha de realizarse la asamblea general. La indicación, como todas las consignadas en el aviso, debe ser hecha con la máxima precisión, y ha de ser más clara todavía si la asamblea se reuniera fuera de la sede de la sociedad. Pero, ¿cabe esta posibilidad?. Si los estatutos establecen el lugar de reunión de las asambleas, ellas deben realizarse en ese lugar, y en caso contrario deben reunirse en la sede de la sociedad. Sin embargo, es necesario reconocer a los administradores cierta independencia en la fijación de la sede, ya que pueden presentarse situaciones especiales, como la residencia en otro lugar de la mayoría de accionistas, que obliguen a la convocatoria en lugar distinto al de la sede de la sociedad. Sería en este caso conveniente seguir el criterio de la ley alemana, (art. 105, III), estableciendo subsidiariamente a la sede de la sociedad, el lugar de cotización de las acciones, salvo, por supuesto, disposición contraria de los estatutos, quienes en esta materia tienen amplia libertad para fijar cualquier lugar.

Es necesario reconocer el derecho de los accionistas de impugnar la fijación del lugar cuando haga imposible una normal reunión de ellos en la asamblea, atentando así contra la regular expresión de la voluntad social.

c) El tercer requisito del aviso de convocación es la indicación, igualmente precisa, *del día y de la hora* en que ha de tener lugar la reunión de la asamblea general.

d) En cuarto y último lugar debe indicarse *las materias* que han de ser objeto de deliberación de la asamblea general y sobre las cuales han de recaer acuerdo. Esta indicación es la que se conoce como la *orden del día*, y de la cual trataremos a continuación.

76.—*La orden del día*.— La publicación en el aviso de convocatoria de las materias a deliberar por la asamblea y que son las que constituyen la orden del día, tienen un triple objeto: a) preparar al accionista para poder deliberar con conocimiento sobre los puntos mencionados; b) impedir que pueda ser sorprendido con mociones repentinas que le obliguen a tomar una decisión precipitada; y, c) limitar la misma deliberación de la asamblea. Así se desprende que, a la claridad propia de todo el aviso de convocación, hay que agregar la precisa enumeración de los asuntos a tratarse, a fin de que el accionista, con la sola lectura de ellos, pueda formarse una idea suficiente de la deliberación en que ha de tomar parte.

Sin embargo, como en la breve indicación de un aviso puede no comprenderse la complejidad de un asunto materia de deliberación, se admite hoy el derecho del accionista de solicitar, de la administración de la sociedad, copia de las mociones que van a ser objeto de la deliberación y sobre las cuales ha de recaer acuerdo. En este expreso sentido se pronuncia la ley alemana (art. 108, I), mientras que otras legislaciones establecen de manera general el derecho del accionista a la correspondiente información de los asuntos que la ley somete a su control (C. de las O. suizo, art. 697).

La necesidad de la enumeración precisa de los asuntos a tratarse en la asamblea general, sufre, sin embargo, dos excepciones. La primera de ellas se refiere a la necesidad de mantener secreta la materia de la deliberación mientras no recaiga en ella un acuerdo, para evitar posibles daños que podrían sobrevenir a la sociedad. Debe en este caso hacerse mención genérica a asuntos de gestión, o cualquier otro término, que exprese que la asamblea ha de deliberar sobre un asunto especial. Consideramos así que, el derecho de información debe suspenderse hasta la reunión misma de la asamblea, que con el acuerdo que adopte hace posible la publicidad del asunto hasta entonces secreto. Una segunda excepción es necesario establecer para el caso de que la asamblea deba deliberar sobre varias materias particulares, cuya exposición en el aviso es imposible, caso en que es suficiente la indicación de que se ha de tratar de varias cuestiones diversas, procurando siempre de relacionarlas a las mociones a acordarse.

77.—*La orden del día*, (continuación).—La asamblea general de accionistas no puede deliberar sobre asuntos no consignados en la orden del día. Los acuerdos que se tomaran sobre puntos no contenidos en dicha orden del día serían nulos; aunque posibles de convalidación por nueva asamblea convocada con un aviso en el cual constaran esos puntos. Igualmente la asamblea no tiene facultad para modificar los asuntos señalados en la orden del día; pero podrá tomar acuerdos que sean consecuencia natural y normal del objeto señalado en la convocatoria. Corresponde a la administración, miembros del consejo de vigilancia y cualquier accionista impelir que se tomen acuerdos ajenos a los mencionados en la orden del día, con el pretexto de encontrarse comprendidos en ésta, bajo un alto concepto.

Sin embargo, creemos que esta prohibición no se extiende a las asambleas generales ordinarias en cuanto se refiere a sus

atribuciones propias, y que siendo las que la caracterizan siempre podrán ser materia de su deliberación ya que la simple indicación del aviso de convocación al referirse a una asamblea ordinaria, implica ya la determinación de los asuntos que han de tratarse, es decir, balances, reparto de dividendos, elección y revocación de administradores y controladores, fijación de remuneración y descargo de responsabilidad a los miembros de ambos órganos.

La enumeración de la orden del día sólo es requerida para los asuntos que exijan un acuerdo, pues la asamblea puede deliberar cualquier clase de proposiciones que se le presenten; pero sin tomar resolución, pues para ello será necesario la convocatoria a una nueva asamblea, que ésta misma puede decidir, en que se comuniquen el asunto que ha de ser acordado. Igualmente podrá la asamblea acordar, sin que esté contenido en la orden del día, la convocatoria a una asamblea general extraordinaria.

78.—*Revocación del aviso de convocación.*—Consideramos que el aviso de convocación puede ser revocado por el mismo órgano que lo realizó, y siempre que la iniciativa haya sido suya. Esta facultad no puede extenderse a revocar el aviso de la asamblea general ordinaria, salvo que en el mismo aviso de revocación se haga consignar el nuevo día y hora de la reunión, que esté comprendido dentro del plazo que la ley o los estatutos fijan para la celebración de la referida asamblea ordinaria.

79.—*La segunda convocación.*—Cuando a la primera reunión no hubieran concurrido el número de socios necesarios para formar el quorum que la ley o los estatutos exigen, debe realizarse una segunda reunión, con características propias que veremos más adelante y de cuya convocación nos ocupamos ahora.

El aviso de convocación para la segunda asamblea debe tener el mismo contenido que para la primera, haciéndose expresa mención de tratarse de segunda convocatoria y de que los acuerdos se tomarán con el número de socios que asistan, si ese fuera el caso. La alteración de la orden del día implica la convocación de una nueva y primera asamblea para tratar de los asuntos mencionados en ésta otra orden del día, siendo necesario, si no se reuniera el quorum exigido por la ley o por los estatutos, una nueva convocación.

Es posible que el aviso de convocación a la primera asamblea fije el día y la hora en que debe reunirse la segunda asamblea, si en ella no se lograra el quorum legal o estatutario. Cier-

tos comentadores de la legislación italiana habían sostenido, antes de la dación del C. C. italiano de 1942, que la segunda reunión podía realizarse hasta en una hora después de la primera fracasada. Comprendiendo que en ese tiempo no podían haber desaparecido los motivos que impidieron la reunión del número suficiente de accionistas, y que el permitir esa convocación atentaba contra la legal expresión de la voluntad social, dicho Código ha establecido que ella no puede tener lugar en el mismo día que el fijado para la primera (art. 2369). Con este criterio, la segunda asamblea puede tener lugar desde el día siguiente del fijado para la primera.

La ley debe determinar, por otro lado, el plazo máximo, después de fracasada la primera reunión, dentro del que debe ser convocada la segunda (30 días para el C. C. italiano, que establecieron entre nosotros los proyectos Elmore y Basombrio, siguiendo al C. de C. italiano de 1883), a fin de garantizar la adopción de los acuerdos, que la falta de quorum impidió se realizaran en la primera asamblea.

Entre el segundo aviso de convocación y la fecha de reunión de la asamblea, es costumbre disminuir el término que deba existir, pues se supone que todos o la mayor parte de los accionistas conocían ya la primera convocación, y así el C. C. italiano reduce de 15 días para la primera a 8 días para la segunda (art. 2366 y 2367); la ley brasileña lo hace de 8 a 5 días (art. 88), y el Código argentino (art. 351) de 15 a 10 días.

CAPITULO III

DERECHO DE INTERVENCION EN LAS ASAMBLEAS

80. Los accionistas.—81. Legitimación del derecho.—82. Otras personas: a) representante del obligacionista; b) miembros de la administración; y comisionarios; c) intervención de inspectores; d) delegados de entidades públicas; y e) asesores.

80.—*Los accionistas.*—Debemos tratar en este capítulo de las personas que tienen derecho a intervenir en la asamblea general de accionistas. No analizamos ahora si esas personas pueden tomar parte en el acuerdo mediante el voto, sino únicamente de las personas que, con el derecho de ser oídas, es decir, con voz, que están autorizadas a tomar parte en las deliberaciones de las asambleas. Correlativamente al derecho de hacerse oír en

la asamblea, la intervención supone el derecho a la convocatoria, a fin de que pueda ejercitarse el primero.

Evidentemente que son los accionistas los primeros que tienen derecho de intervenir en la asamblea general. Esa intervención constituye un derecho inderogable esencial a la calidad de socio, y que permite la formación de la voluntad social. El derecho de intervención en la asamblea es independiente del derecho que confieran las diversas clases de acciones que puede haber emitido la sociedad, e inclusive aquellas acciones preferenciales económicamente y que se hallan privadas de voto, tienen el inalienable derecho de tomar parte en las deliberaciones de la asamblea, presentando nociones y discutiendo los diversos asuntos puestos en la orden del día, aunque estén impedidas de tomar parte en el mismo acuerdo, mediante el voto. En este sentido ni los estatutos ni la asamblea pueden derogar el derecho de los accionistas para asistir a la asamblea general, forma de expresión de la voluntad social.

81.—*Legislación del derecho.*—Para poder ejercer el derecho de intervención en las asambleas generales el accionista se halla en la obligación de legitimar su condición del tal. Se acostumbra a ese efecto otorgar un plazo previo a la reunión de la asamblea a fin de que se depositen en la administración de la sociedad las acciones que prueben la calidad de socio, si las acciones fueran al portador o que se inscriban en un registro especial, si fueran nominativas, a fin de controlar la asistencia a la asamblea general. Este depósito o inscripción, que parece esencial para los poseedores de acciones al portador, puede suprimirse para los portadores de acciones nominativas, quienes tienen inscritos sus títulos en el registro de acciones que toda sociedad debe llevar. Sin embargo, tratándose de estos últimos puede la dirección de la asamblea exigir, previamente al ingreso al lugar de la reunión, el documento de identidad que permita establecer que el que interviene es el real propietario de las acciones inscritas.

Como es frecuente que los accionistas depositen sus acciones en custodia en un banco o institución similar, el certificado de depósito de tales acciones, puede, tratándose de acciones al portador, servir para demostrar la calidad de socio, sin que la sociedad pueda impedir el ingreso a la asamblea, salvo que pueda probar que el portador del certificado no es el real propietario. La ley argentina (Dec. de 29—X—930), admite el derecho de los accionistas residentes en el extranjero de legitimar su condición

de tales, para los efectos de la representación, mediante telegrama del banco en que se hallan depositadas las acciones.

A fin de asegurar la validez de la voluntad social que la asamblea expresa, cada accionista y en especial los miembros de la administración y consejo de vigilancia, pueden impedir la intervención en la asamblea de las personas que no reúnan los requisitos necesarios o no hayan legitimado su derecho para tomar parte en ella. Si la prueba aún no fuera posible el accionista puede dejar constancia en el acta a fin de ejercitar su derecho de impugnación de la decisión social, si en ella ha influido la participación de quien o quienes no tuvieron ese derecho.

La inderogabilidad del derecho del accionista de tomar parte en las deliberaciones sociales, puede sufrir una excepción si ella está consignada por los estatutos, lo que la ley admite. Esta excepción se refiere a la exclusión del accionista que se encuentre en mora del pago de su aporte, y es establecida como suspensión o privación de la calidad de socio (1).

82.—*Otras personas.*—En principio, siendo la asamblea la reunión de los accionistas de la sociedad anónima, solo estos deberían poder tomar parte en ella. Sin embargo, ya con el criterio de garantizar a ciertos acreedores o ya a fin de asegurar una mejor deliberación se admiten varias excepciones, que podemos enumerar en la siguiente forma:

a) El representante o representantes de los obligacionistas, es decir, de los poseedores de las obligaciones emitidas por la sociedad. Este representante tiene también el derecho de convocar a la asamblea general. La facultad de tomar parte en las deliberaciones de las asambleas solo puede ser concedida a dicho representante de los obligacionistas (C. C. italiano, art. 2418; C. de las O. suizo, art. 1160), y no a todos estos, criterio que ha seguido el Código argentino (art. 352) extendiéndola a todos los portadores de bonos y obligaciones.

b) Los miembros de la administración y del consejo de vigilancia aunque no sean accionistas. Es evidente la necesidad de la presencia de estas personas, a fin de que puedan informar a la asamblea general de las diversas cuestiones sobre las que delibera.

c) En la Argentina, por medio del decreto reglamentario de la Inspección General de Justicia, del 27 de abril de 1923, y

(1) Ver *supra* No. 65.

en Chile, con el decreto con fuerza de ley, del 20 de mayo de 1931, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio; se admite la intervención controladora de inspectores en las asambleas generales de accionistas de las sociedades anónimas, a fin de vigilar el cumplimiento de las disposiciones referentes a la convocación, depósito de documentos de información, quorum, etc. y controlar la votación, la transcripción de documentos en el acta y la constancia de oposición de los socios que la formularan. Este criterio de intervención es exagerado y no encuentra doctrina sobre la cual sustentarse, habiendo encontrado seria oposición, especialmente en la doctrina argentina. Puede admitirse la intervención de ciertos representantes fiscales de control, cuando haya sido pedida por los accionistas, para garantizar la regularidad de la asamblea, y como meros notarios de fé pública, sin que pueda extenderse hasta una extensa facultad controladora.

d) El incremento de las sociedades anónimas y su aplicación a la explotación de servicios públicos, permite admitir la intervención en las asambleas de delegados de entidades públicas a cuyo cargo están esos servicios, como son las municipalidades y ciertas oficinas administrativas. En este sentido se pronuncia el Código suizo en acertada disposición (art. 762), que a la letra dice: "cuando una corporación de derecho público como la Confederación, un cantón, un distrito o una comuna tenga interés público en una empresa, los estatutos pueden conferirle el derecho de delegar representantes en los órganos de la administración y de control, aunque ella no sea accionista".

e) Por último, ya no con el carácter obligatorio que tiene la asistencia de las personas enumeradas anteriormente, puede la asamblea admitir la intervención de asesores técnicos a fin de asegurar un mejor resultado de la deliberación en las resoluciones que se adopten. Esta admisión va siendo más general a medida de que las sociedades extienden sus actividades en operaciones que escapan al conocimiento general de los accionistas, habiendo sido inicialmente conferida a uno o más expertos contables, quienes colaboraban en la asamblea general para la aprobación del balance y cuentas anexas.

Todas las personas autorizadas a participar en la asamblea, se encuentran, como los accionistas, en la obligación de probar su calidad para poder intervenir en la deliberación.

CAPITULO IV

DERECHO DE VOTO

I.—GENERALIDADES

83. Concepto.—84 Caracteres del derecho de voto.

83.—*Concepto*.— El derecho de voto es la manifestación de la voluntad individual de los accionistas, destinada a formar la voluntad social mediante su emisión en la asamblea general. El derecho de voto deriva de la participación del accionista en la formación del capital social, y se establece en relación a dicha participación, naciendo con el pago de la cuota correspondiente sobre las acciones suscritas, y que los estatutos establecen. Si estos no establecieran una cuota mínima como primer aporte sobre las acciones suscritas, el derecho de voto no podría nacer sino con el pago íntegro del aporte, y en el caso contrario, cuando se admiten pagos parciales sobre la obligación total de aportar, es lógico establecer que cada cuota da derecho a un voto, o que se ejercerá de acuerdo con el capital pagado, sumando a ese efecto las cuotas pagadas sobre cada acción, ya que no es posible mantener un criterio igualitario cuando los aportes, esenciales en la sociedad de capitales, no son los mismos (1).

El derecho de voto es, en principio, conferido a aquellos que tienen "affectio societatis", es decir, la voluntad de comportarse como asociados, voluntad que se exterioriza con la participación en los riesgos sociales y en la persecución del bien colectivo. Sin embargo, la libre cesibilidad de las acciones permite la ingerencia de nuevos socios, que persiguen como único fin, su provecho individual. El remedio sería poder determinar la exclusión de los asociados que obstaculizaran la marcha de la sociedad, como lo sostiene *Gaillard*, de acuerdo a la idea de institución de la teoría que sustenta para explicar la anturaleza de la sociedad anónima (2).

Por ese carácter propio de la sociedad anónima, cual es la libre cesibilidad de las acciones, no es posible admitir como garantía de que el voto sea emitido en interés de la sociedad y no

(1) C. de las O. suizo, art. 694; ley alemana, art. 114, I.

(2) Ver *supra* No. 30.

en el individual, otra cosa que el derecho de impugnación, por los accionistas minoritarios, de los acuerdos de la asamblea que atenten contra ese fin. La posibilidad de delegar por los accionistas sus derechos sociales en terceras personas, las que actúan como "hombres de paja" o testaferros, hace utópica cualquier restricción que se quiera imponer a fin de garantizar la actuación del socio en el interés de la sociedad o de impedir el predominio de ciertas mayorías, que actúan, posponiendo los intereses de la sociedad y los de la minoría, en el suyo propio y particular. Por otro lado, la restricción a la libre transmisibilidad de las acciones no consigue otra cosa, además de suprimir un carácter tan especial de la anónima, que impedir su desarrollo económico y jurídico.

84.—*Caracteres del derecho de voto.*— Pueden determinarse como caracteres del derecho de voto los siguientes:

a) Es un derecho *indivisible*, en el sentido de que no puede ejercerse por varias personas en virtud del mismo título;

b) Es un derecho *inderogable* del accionista, destinado a formar la voluntad social. Su supresión significa atentar contra la existencia misma de la persona jurídica, al desaparecer su medio de exteriorización y su capacidad de querer;

c) Es un derecho *no cesible* independientemente del título que representa. Sin embargo, la realidad del funcionamiento de las sociedades anónimas nos demuestra que la delegación en los bancos y en los "voting pools", le dan cesibilidad, pues aquellas instituciones emiten el voto en las asambleas, sin consideración a los intereses del accionista o accionistas propietarios de los títulos, y, al contrario, actúan en su propio y directo interés. En la segunda forma de delegación, esto es, los "voting pools", de existencia en los Estados Unidos, la separación entre la delegación del derecho de voto atribuido a la acción y los demás derechos del título, se hace más notable ya que el accionista no tiene derecho a revocar la delegación sino cuando el pacto que la hiciera fuera inválido o ilegal; apareciendo el "pool" como propietario legal de las acciones emitiendo certificados especiales a los efectos de evidenciar los derechos de los accionistas en la sociedad *Dillavou and Howard* (3). La misma doctrina americana reacciona contra estos pactos de delegación del derecho de voto, considerándolos nulos por ser contrarios al orden pú-

(3) DILLAVOU AND HOWARD. Principles of Business Law. New York, 1943. Pág. 335.

blico, salvo casos de excepción, como cuando se tratara de asegurar los fines y la economía de la sociedad. Y, no puede ser de otra manera, pues si bien es cierto que la sociedad anónima es capitalista por excelencia, no es menos cierto que su sustrato se halla formado por las personas que la constituyen, que son las que expresan su voluntad de querer y poder, mediante la emisión del voto en la asamblea general, debiendo ser conferido éste a los que posean "*affectio societatis*", es decir, voluntad de obrar en el interés de la sociedad, y no en el de sí mismo. Es así que creemos que no debe admitirse el voto por los bancos o instituciones similares, salvo que actuaran éstas como meros representantes del accionista, sujetos a su mandato, revocable a su voluntad y responsables por el mal uso o el abuso del voto cuyo ejercicio se les otorga (4).

d) El voto debe ser emitido con *espontaneidad*, y todo pacto que tienda a vincularlo es nulo de pleno derecho, porque atenta contra la expresión legal de la voluntad social, convirtiéndola en falsa. Es dable aquí citar las expresas prohibiciones de la ley alemana (art. 299) a estas vinculaciones, estableciendo precisas sanciones después de enumerar las prohibiciones, y que pueden referirse a la aceptación de ventajas especiales para votar o no votar, o para hacerlo en determinado sentido, alcanzando las sanciones también a quienes ofrecen esas ventajas.

La emisión del voto vinculado en la asamblea, vicia el acuerdo sólo en cuanto haya contribuido a formarlo. Es decir, que el acuerdo no es nulo si el voto vinculado no era necesario para dar la decisión mayoritaria que lo formula.

e) El derecho de voto debe ser *legal*, es decir, que se emita conforme a las reglas legales y estatutarias. Constituyen abuso del derecho de voto la participación del accionista moroso cuando esa misma circunstancia fuera causal de prohibición; el uso por tercera persona de acciones que le confieren el derecho de voto que en manos de su real propietario no lo tendrían; el uso de acciones de una tercera persona que no ha prestado su consentimiento; el voto emitido con acciones que no han sido integradas en la proporción fijada por los estatutos o por la ley para que puedan dar el derecho de voto; y en general, el voto emitido en condiciones tales que pueda ser tachado por vicio. La emisión del voto en todas estas circunstancias vicia el acuerdo en tanto ha

(4) Ver *infra* No. 95.

sido necesario ese voto para la mayoría requerida a adoptar el acuerdo. Por otra parte, la ley debe sancionar al accionista que se comporte en esta forma mediante multa (5) o exclusión de la sociedad según la gravedad de la falta cometida.

II.—ATRIBUCION DEL DERECHO DE VOTO

A.—Diversas clases de acciones

85. Principio general.—86. Acciones ordinarias.—87. Acciones de industria o trabajo.—88. Acciones con derechos económicos preferenciales.—89. Acciones con otros derechos preferenciales.—90. Acciones de voto plural.—91. Acciones o partes de fundador.—92. Bonos o acciones de goce.

85.—*Principio general.*— El derecho de voto es atribuido, en principio, con criterio igualitario. Toda acción da derecho a un voto. En esta forma, el número de votos que posee cada accionista es proporcional al capital que ha aportado a la sociedad. Este criterio general del derecho admite excepciones, que él mismo contempla, mediante la creación de acciones preferenciales o de otro género, las que otorgan diversos derechos en cuanto al voto. La necesidad en que puede encontrarse la sociedad obliga a sanear sus finanzas recurriendo al público, mediante la emisión de nuevas acciones, las que para su fácil colocación llevan consigo derechos preferentes o de garantía, que implican el desconocimiento del principio general de voto igualitario en proporción al capital aportado. Para determinar esta situación hemos de estudiar las diferentes clases de acciones y los diversos derechos que confieren. Por otra parte, el principio igualitario es también restringido por las limitaciones que al derecho de voto se establecen, y que veremos detalladamente en la parte III de este capítulo.

86.—*Acciones ordinarias.*— Las acciones ordinarias son aquellas que representan las partes en que se halla dividido el capital social, confiriendo iguales derechos en los beneficios (dividendos y cuotas de liquidación) y en la administración y control de la sociedad (derecho de voto, información, capacidad de colaborar, etc.). Estas acciones son conferidas al accionista por el pago de su aporte a la sociedad—aporte que puede consistir en dinero o en especie—y atribuyen el derecho de voto en forma igual.

(5) Ley alemana, art. 300.

87.—*Acciones de industria o de trabajo.*— En aquellas sociedades anónimas en que, por estipulación contractual, se establece una prestación de trabajo personal con participación en las utilidades, se acostumbra otorgar las llamadas acciones de industria en pago de los servicios que se han de prestar a la sociedad. ¿Constituyen estas prestaciones un aporte a la Sociedad? Se considera que ellas pueden asimilarse a los aportes "in natura" y que el pago se va realizando por períodos, en forma de un aporte sucesivo, a medida que se van prestando los servicios a la sociedad. En nuestra opinión, las acciones de industria no constituyen aportes, porque en la sociedad anónima es de esencia un aporte de capital, en dinero o en especie, que pueda avaluarse y que constituye el patrimonio social en garantía de terceros. ¿Podría, acaso, exigirse el cumplimiento de una obligación de hacer en caso de quiebra de la sociedad? Por otro lado, los títulos que con derecho a la participación a las utilidades se otorgan en pago de servicios, no nos parece que puedan llamarse acciones (partes en que se halla dividido el capital social), pues, además de no representar un real aporte, no tienen participación en la cuota de liquidación y no pueden ser transferidas, desde que representan servicios personales, transferencia que constituye calidad particular de las acciones de la anónima, que cuando es limitada no obedece a causas propias de su esencia. En este sentido constituyen bonos, títulos, certificados que representan un mero derecho de intervenir en el reparto de las utilidades, y a los cuales no puede atribuirse el derecho de voto. Evidentemente lo dicho no rige cuando las acciones son conferidas con utilidades logradas y en pago de ellas por el derecho de participación del prestatario de los servicios, pues en este caso se asimulan a verdaderas acciones ordinarias de capital.

La situación se nos presenta distinta en las acciones de trabajo que se otorgan en las sociedades anónimas de participación obrera. Esas acciones dan al obrero, individual o colectivamente, el derecho a participar en el beneficio, a una parte del activo en caso de liquidación y a la colaboración en la marcha de la sociedad anónima, mediante la participación en la asamblea general. Sin embargo, no es dable considerar a estas acciones como partes del activo social, si este es el patrimonio de la sociedad destinado a la realización de sus operaciones y a la garantía de los terceros que contratan con ella. Por otro lado, es necesario admitir que las acciones de capital han de tener un derecho preferente a los benefi-

cios y a la cuota de liquidación, pues los obreros gozan de un salario que retribuye su trabajo, mientras que la inversión se halla respaldada únicamente por la posibilidad de eventuales ganancias. De manera tal que las acciones de trabajo constituyen una especie de derecho de crédito a los beneficios sociales y a la cuota de liquidación, con el derecho correlativo de participar en la administración y en la expresión de la voluntad social de la anónima. Esta no funda exclusivamente su desarrollo y desenvolvimiento en el capital que aplica a la realización de sus operaciones, sino que también contribuye a ellos el trabajo y esfuerzo, en cualquier forma que sea, de quienes son sus obreros y empleados. Reconocer que los beneficios obtenidos derivan conjuntamente del capital que se invierte y del esfuerzo de aquellos, es determinar la realidad de un fenómeno que la ley no puede ni debe desconocer, y que debe ser calificado en su justa proporción. Se otorga así al obrero y al empleado la participación en los beneficios y el derecho de colaborar en la dirección de los destinos del ente cuyos fines contribuyen a realizar.

Esta participación ha sido reconocida por la ley francesa de 1867 (arts. 72 a 79), ampliada en abril de 1917, estableciendo la cooperativa de mano de obra, titular y propietaria de las acciones de participación en la sociedad, fijando éstas en proporción a las acciones de capital, y sobre la base del salario más bajo de un empleado de 21 años. La cooperativa elige sus representantes en asamblea, contándose tantos votos como sea el salario anual en relación al fijado para el empleado de 21 años que reciba el más bajo, debiendo estos representantes intervenir en la asamblea general de la sociedad con el número de votos que las acciones de trabajo otorguen a la cooperativa en proporción a las acciones de capital, proporción que rige también para la nominación de los miembros al consejo de administración, debiendo estar representada la cooperativa cuando menos con uno de dichos miembros. A la disolución de la sociedad el activo se reparte entre las acciones de trabajo y las de capital, previo pago de estas últimas.

No es este el criterio general para establecer la participación del trabajo, y así la ley mexicana (art. 114) deja en libertad a la sociedad para regular el régimen de las acciones de trabajo, mientras que el C. de las O. suizo (art. 673) no legisla sobre ellas, pero acepta la creación de fondos destinados a sostener obras de beneficencia para obreros y empleados de la sociedad.

Entre nosotros la creación y regulación de las acciones de

trabajo, u otra forma de participación del obrero y empleado en los beneficios y control de la sociedad, daría cumplimiento al precepto constitucional contenido en el art. 45, que establece que "el Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas,".

88.—*Acciones con derechos económicos preferenciales.*—Las acciones con derechos económicos preferenciales, llamadas también privilegiadas, simplemente preferenciales o de prioridad, otorgan derechos distintos y con preferencia a los que importan las acciones ordinarias. Esos derechos pueden referirse ya a los beneficios, ya a la cuota de liquidación o ya a ambos, y pueden consistir en la preferencia para el reparto, en dividendos fijos, en dividendos mayores, en reembolsos parciales con las utilidades, etc., y que tienen por objeto inducir a su suscripción a fin de aumentar el capital de la sociedad. El derecho de voto es atribuido a estas acciones en la misma calidad que a las acciones ordinarias, salvo que por disposición establecida en las condiciones de emisión, se restrinja o se suprima el derecho de voto, en compensación por los privilegios que otorgan.

Las acciones privilegiadas sin voto se van generalizando hoy en día, obedeciendo a la tendencia general del pequeño accionista de no interesarse en la marcha de la sociedad, adquiriendo más un carácter de obligacionista o mero inversionista, en que le son más importantes las garantías de su crédito y una seguridad de beneficio, que la persecución del interés social.

La limitación o supresión del derecho de voto es perfectamente válida y la ley la admite, debiendo garantizar únicamente el cumplimiento de las preferenciales otorgadas. La no ingerencia de estas acciones en la vida social permite que los administradores dirijan la sociedad en forma tal, que no se repartan los dividendos fijados en las acciones preferenciales, por lo que es necesario garantizar la intervención en la administración de la sociedad cuando no se cumplan los requisitos y condiciones de su emisión. En este sentido la ley alemana de 1937 (art. 116, II) va más lejos que cualquiera otra, estableciendo la adquisición del derecho de voto por estas acciones si después de un año de no pagarse dividendos (en la ley brasileña son tres años, art. 82), no se les pagara en el otro los correspondientes a ambos, mientras que es general de exigir el consentimiento de los poseedores de estas acciones para cualquier resolución de la asamblea que les suprima o limite los derechos preferenciales.

89.—*Acciones con otros derechos preferenciales.*— La concesión a las acciones de derechos no económicos como es la representación en la administración de la sociedad no altera su carácter, y gozan del mismo derecho de voto que todas las demás acciones, salvo que para el ejercicio de la preferencia se concediera un voto especial en la elección de los miembros del consejo de administración. Vale decir lo mismo si la preferencia se refiriese a elección de miembros del consejo de vigilancia.

90.—*Acciones de voto plural.*— A raíz de la ingerencia del capital norteamericano en las sociedades alemanas, nacieron las acciones de voto plural (de voto diferencial para *Rivarola*; denominación que abarcaría todos los casos de diferencia en la atribución del voto: acciones con más de un voto y un voto con más de una acción) a fin de asegurar la continuidad de la dirección en manos de alemanes. De allí se extendieron, generalizándose su uso, por Europa como medio de impedir el control de las sociedades nacionales por el capital extranjero (6). Sin embargo, su uso en manos de accionistas inescrupulosos pronto devino en contra de la misma sociedad, vinculando permanentemente la administración a un grupo determinado de aquellos, que la manejaban a su antojo, en detrimento de los demás accionistas, motivando el que hoy todas las legislaciones prohíban esta clase de acciones.

91.—*Acciones o partes de fundador.*— A los promotores de la sociedad se acostumbra otorgar, o ellos estipulan en los programas o prospectos tratándose de fundaciones sucesivas, una participación en las utilidades que se representa por títulos que llevan el nombre de acciones o partes del fundador. Esta participación en las utilidades no puede tener el carácter de acción, desde que no hay aporte alguno y todo el derecho se limita a la participación referida, y por ende, no dá derecho de voto. Por otro lado, las diferentes legislaciones limitan el porcentaje y el plazo en que esa participación puede ser conferida al promotor, en garantía de la sociedad y de los accionistas que suscriban el capital.

Entre nosotros en la práctica se otorgan estas partes del fundador bajo el nombre de *acciones liberadas*, y como si constituyeran parte del activo social, pues luego son asentadas en los libros como porción cierta del capital, y no es raro que una socie-

(6) GAILLARD.—op. cit. pág. 174.—cita a éste efecto el caso de las sociedades "Citroën" y "Peugeot" en Francia, que evitaron, mediante la creación de acciones de voto plural, su absorción por la General Motors, que por otro lado, no es el único.

dad anónima gire con un capital en el que una gran parte está constituida por acciones liberadas. Esta práctica, propicia a graves abusos, debe ser desterrada mediante rigida reglamentación que la prohíba, autorizándose únicamente la participación de los promotores en las utilidades.

92.—*Bonos o acciones de goce.*— La sociedad puede emitir títulos que representen el derecho a una participación en las utilidades en pago de servicios, a los acreedores con intereses, a los accionistas como reembolso del capital, a los fundadores, o a otras personas "que estén en relación con la sociedad con otro título análogo" (7). El derecho conferido se limita pues a una porción del beneficio neto, o a una parte en la liquidación, o al derecho preferencial en caso de emisiones futuras, sin que esos bonos confieran el derecho de goce, como muy bien establece el mismo Código Suizo. Sin embargo, la ley mexicana (art. 137) admite que los estatutos puedan otorgar a los bonos de goce el derecho de voto, lo que implica ya desconocerles su carácter, pues el ejercicio del derecho de control en la asamblea general es ya ajeno a la idea de mero disfrute que importan esos bonos.

B.—Diversa situación jurídica de las acciones

93. Acciones en comunidad.—94. Acciones en usufructo.—94. bis. Acciones en prenda y embargadas.—95. Acciones en depósito o préstamo.—96. Acciones materia de operaciones de bolsa.

93.—*Acciones en comunidad.*— Si son varios los propietarios de una misma acción, el derecho de voto no queda conferido a todos ellos, sino que debe ejercitarse por medio de un representante común (8). Ello deriva del principio de indivisibilidad que caracteriza al derecho de voto, e igualmente a las acciones como partes en que se halla dividido el capital social. El representante común por otro lado, es el único también que puede ejercer los demás derechos conferidos a las acciones.

94.—*Acciones en usufructo.*— Cuando las acciones se hallan en usufructo, se admite generalmente que si son al portador ejercerá el derecho de voto quien deposite los títulos respectivos en la administración de la sociedad (9). Pero si la convocatoria se

(7) C. de las O. suizo, art. 657.

(8) C. de las O. suizo, art. 690; C. C. italiano, art. 2347.

(9) HOUPIN ET BOSVIEUX, *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales et des associations*. París, 1929. Tomo II. pág. 288.

tuviera que hacer por cédulas personales según los estatutos, ¿a quién se convocará?. Este problema limitado a la convocación en las acciones al portador, comprende el mismo derecho de voto tratándose de las acciones nominativas.

La doctrina no se halla de acuerdo y así mientras que, por ejemplo, *Lyon-Caen et Renault* (10) sostienen que ese derecho incumbe al nudo propietario, por ser quien tiene el mayor interés en el incremento del valor del título; *Houpin et Bosvieux* (11) y *Soprano* (12) opinan que debe ser ejercitado por el usufructuario, por tratarse de un acto de administración, consecuencia del goce atribuido por el usufructo. La tendencia legislativa moderna apoya esta última opinión otorgando el derecho de voto al usufructuario (13). Sin embargo, la ley brasileña (art. 84) establece que el derecho de voto sólo podrá ser ejercido mediante acuerdo entre el nudo propietario y usufructuario. Este criterio, que algunos remitían al juez en caso de conflicto, no resuelve nada, pues ni el juez tiene pauta en cuyo sentido pronunciarse, sin la existencia de una norma que pueda inspirar su fallo.

Consideramos que el usufructo constituye un derecho de goce "que importa el pleno disfrute del bien" (C. de C. art. 924), a cuyo efecto es necesario la administración de la cosa dada en usufructo. Por otro lado, el derecho de voto importa el derecho de administración, destinado a hacer posible y a asegurar la percepción de los beneficios que su derecho otorga al usufructuario. Por su parte, el usufructuario se halla en la obligación de hacer buen uso del derecho de voto, en la defensa tanto de sus intereses como en los del propietario, y será responsable ante éste por la negligencia o desidia con que actúe (14).

Sin embargo, si las acciones otorgaran derecho de opción o preferencia en la suscripción de nuevas emisiones de ellas, este derecho debe ser ejercitado por el propietario del título, y creemos que en su negligencia puede serlo por el usufructuario, quien tendrá en nuestro concepto, el derecho de gozar del nuevo título, previo pago al propietario, pues en forma contraria su derecho de go-

(10) LYON CAEN ET RENAULT. *Traité de Droit Commercial*. París, 1892. Tomo II, páf. 633.

(11) *Op. loc. cit.*

(12) *L'assemblea generale degli azionisti*. Milán, 1914. Prg. No. 45.

(13) C. de las O. suizo, art. 690; C. C. italiano, art. 2352.

(14) Así el C. de las O. suizo.—art. 690.—establece que el usufructuario, en el ejercicio del derecho de voto, debe tomar los intereses del propietario en "justa consideración".

ce se vería restringido, especialmente si las nuevas acciones son privilegiadas (15).

Igualmente, en el caso de que se tratara de nuevas aportaciones o pagos, o el propietario se encontrara en mora, el usufructuario tiene derecho a hacer esas aportaciones o pagos, estando obligado el propietario a la restitución al término del usufructo. De otra manera, el título del usufructuario puede perder su validez, y hacer irreal el goce.

94 bis.—*Acciones en prenda y embargadas.*—Las acciones que sirven de garantía pignoratícia a una obligación, dan al acreedor derecho para cobrar los dividendos (C. C., art. 999), que deben ser imputados a los intereses si fueron pactados, y lo que sobre al capital (C. C., arts. 997 y 1006). De ello se ha derivado que el acreedor pignoratício puede ejercer el derecho de voto en la asamblea general de accionistas (C. C. italiano, art. 2357), salvo convención contraria.

No creemos que sea posible sostener jurídicamente esta tesis, pues el acreedor limita su interés a la posibilidad de enajenar los títulos en caso de que el deudor no le pague su crédito. Carece hasta de interés en la mera percepción de los dividendos, y no tiene ningún interés real en la sociedad como no sea el asegurar la garantía de su crédito, interés que es dable pensar que posee en mayor grado el mismo deudor y accionista. El voto, ya lo hemos sostenido debe ser atribuido a quienes tengan "affectio societatis", y si algunos accionistas pueden actuar sin ella, no es razón para conferirlo a quienes evidentemente no la tienen (16).

Se sostiene que en la entrega de las acciones en prenda puede haber un mandato tácito del accionista al acreedor, para el ejercicio del derecho de voto (17), pero no se puede comprender como esa simple entrega implica un mandato. Al contrario, el derecho de voto no puede ser cedido por el deudor al acreedor pignoratício (18), sin que ello, nos parece, pueda comprender la prohibición de nominarlo representante ante la asamblea.

Cuando las acciones han sido dadas en prenda, se presenta el problema de la legitimación de la calidad de socio por el propietario a los efectos de su concurrencia a la asamblea general. Sostiene la doctrina más generalizada que el acreedor se halla obli-

(15) En cambio, el C. C. italiano.—art. 2352.—establece la venta del derecho de opción.

(16) Ley brasileña, art. 83; C. de las O. suizo, art. 689.

(17) BOUCART, op. cit. pág. 108.

(18) HOUPIN ET BOSVIEUX, op. cit. pág. 290.

gado a depositar su título en la sociedad, para que el deudor y accionista pueda ejercitar su derecho de intervención en la asamblea general, y, en consecuencia, el voto.

Consideramos en este sentido que la prenda debe constituirse en la administración de la sociedad, dejando constancia en el libro de transferencias la calidad con que se entregan los títulos, si fueran nominativas. Puede igualmente recabarse, si el acreedor la considera necesaria, una certificación judicial que pruebe su derecho, quedando siempre las acciones depositadas en la caja de la sociedad, a fin de facilitar la intervención del accionista en la asamblea general.

Los mismos fundamentos que sirven para sustentar que el accionista no pierde su derecho de voto, cuando da en prenda sus acciones, son válidos para sostener que ese derecho no se inhibe cuando las acciones han sido embargadas.

95.—*Acciones en depósito o préstamo.*— Las acciones otorgadas en depósito o en préstamo, no implican ninguna transferencia de derechos, y en consecuencia el derecho de voto debe ser ejercido por el propietario, salvo poder expreso otorgado por éste para que sea ejercido por el depositario o prestatario, quienes deben actuar en nombre y según los intereses del accionista.

Hemos visto que la legitimación de la calidad de accionista, tratándose de acciones depositadas en un banco o institución similar, puede hacerse por medio del certificado correspondiente de depósito (19) pero en los otros casos se habrá de demostrar tal calidad mediante el registro o depósito de las acciones, según sean nominativas o al portador.

Con respecto al ejercicio de voto por los bancos depositarios de acciones, hemos señalado (20) que la realidad demostraba que estas instituciones y sus similares ejercitan el derecho de voto según su propio interés y no el de los accionistas. Las últimas legislaciones prohíben expresamente (21) o tácitamente (22) el voto por estas instituciones, exigiendo el poder escrito del accionista por un plazo limitado (23), pudiendo ser revocado en cualquier momento, y debiendo ejercerse en el interés del poderdante, no aceptándose la tendencia americana de los "votings pools", en que el poder se encuentra vinculado.

(19) Ver supra No. 81.

(20) Ver supra No. 84, c.

(21) Ley alemana, art. 114, IV.

(22) C. de las O. suizo, art. 689.

(23) 15 meses en la ley alemana; 11 en el derecho del Estado de New York.

Sin embargo, el ejercicio del poder que los accionistas otorgan a los bancos, especialmente cuando reúnen varios encargos, no se efectúa en el interés de éste y se emite el voto según las exigencias propias, lo que obliga a establecer la necesidad de sancionar la responsabilidad de estas instituciones ante los accionistas, por el ejercicio irregular o abusivo del derecho de voto, sobre la base de una expresión en sentido tal que no lo hubiera hecho el accionista.

96.—*Acciones materia de operaciones de bolsa.*— En las operaciones de bolsa, las acciones, especialmente al portador se transfieren a término para volverlas a comprar, o viceversa se comprarán para volverlas a vender. En las primeras operaciones llamadas de *réport*, y en las segundas, conocidas como de *déport*, el comprador de las acciones adquiere éstas ya sea a título de garantía por la suma que entrega, o se realiza una verdadera transferencia sujeta a la retroventa en el término fijado. Como en todas las operaciones bursátiles el único fin es la utilidad que pueda rendir la operación según la tendencia bajista o alcista de las acciones materia de la venta y reventa, por lo que no puede buscarse "*affectio societatis*" para atribuir el derecho de voto. No queda otro criterio que otorgar a este a quien sea el propietario en el momento de la reunión de la asamblea donde se ha de emitir, según que en la venta presente para comprar a término o en la compra presente para vender a término, se realice una verdadera transferencia, o las acciones son sólo otorgadas en garantía, cosa que no se considerará si para ese efecto hubiera habido una enajenación.

III.—LIMITACIONES AL DERECHO DE VOTO

96. Limitaciones según el número de acciones poseídas —97. Limitaciones por conflicto de intereses.

96.—*Limitaciones según el número de acciones poseídas.*— El ejercicio del derecho de voto ha encontrado siempre restricciones mínimas y máximas. En cuanto se refiere a las primeras, era costumbre establecer por los estatutos de las sociedades anónimas, que para poder contar con el derecho de voto era necesario la posesión de un mínimo de acciones. Contra este criterio insurgieron las diversas legislaciones estableciendo primero que no se admitirían disposiciones estatutarias que limiten el voto a la posesión de determinado número de acciones, si no se confería al mismo tiempo a los que tengan menor cantidad que el mí-

nimo exigido, el derecho de reunirse para completar el número o valor que se haya fijado como límite, al efecto de nominar un representante que ejerza el derecho de voto (24); y, después que toda acción de derecho a voto en proporción al valor nominal, y que es hoy la tendencia que siguen las legislaciones más modernas (25). Las acciones privilegiadas que no reconoce, en compensación por las preferencias que otorgan, el derecho de voto (26), son las únicas que hoy suprimen este derecho.

No pasa lo mismo con las limitaciones que se establecían a la posesión de un máximo de acciones. Con el objeto de defender a la sociedad de la voluntad incontrolada de las mayorías, se pretendió regular el voto proporcionalmente al número de acciones poseídas, y así tenemos que el C. de C. italiano de 1883 otorgó un voto por acción hasta 5 que fueran las poseídas, y de este número a 100 acciones, cada 25 acciones otorgaban derecho a un voto. La ley belga del 18 de mayo de 1873, determinó que ningún accionista podía tener tantos votos que excedieran la quinta parte de las acciones emitidas y las dos quintas partes de las acciones presentes en la asamblea, criterio este que es el del C. de C. argentino (art. 350), que fija el límite en un décimo y dos décimos respectivamente; mientras que el C. de C. uruguayo (art. 420) establece el rígido sistema de que ninguna persona podrá tener más de seis votos si el número de acciones de la sociedad excede de cien, y más de tres si ese número es inferior.

Las legislaciones más modernas (27), dejan en libertad a los estatutos para establecer esas limitaciones, teniendo en cuenta que ellas pueden ser fácilmente burladas mediante testaferros, especialmente, si las acciones son al portador, y sobre todo en consideración a que los intereses de la mayoría son tan respetables como los de la minoría, y que esta última no debe adquirir una condición igualitaria que su aporte a la formación del capital social le niega. Las mayorías "son, dice *Cellerier* (28) las primeras interesadas en la prosperidad de la sociedad y su opinión es, según toda presunción, más esclarecida que la de los pequeños poseedores de acciones, bastante indiferentes hacia los negocios sociales".—Por otro lado, la reglamentación que la legislación es-

(24) C. de C. argentino, art. 350; ley francesa de 1867, art. 27, agregada por la ley del 1.º agosto de 1893.

(25) C. de las O. suizo, art. 692; ley alemana, art. 114, II; C. C. italiano, art. 2351; ley mexicana, art. 113; ley brasileña, art. 80.

(26) Ver supra No. 88.

(27) Cit. nota No. 25.

(28) *Etude sur les Sociétés Anonymes*. París, 1905. Pág. 99.

tablece, con amplias garantías para terceros y accionistas, otorgando derechos a las minorías en la vigilancia de la expresión de la voluntad social para impugnarla cuando atente contra los fines de la sociedad o los derechos de ellas, suple en mejor forma la limitación al voto según el número de acciones, que escapa a toda realidad y es ajena a los intereses mismos de la anónima.

97.—*Limitaciones por conflicto de intereses.*—Una segunda calidad de restricciones, y donde todas las legislaciones se muestran unánimes, es establecida al derecho de voto en la oposición de intereses que puede tener el que emite el voto con los de la sociedad. En este sentido es negada toda participación en la deliberación a los accionistas a quienes ella puede afectar con la extinción o creación de derechos. Correlativamente, si estos derechos rigen en la esfera interna de la sociedad, no pueden ser creados o extinguidos sin el consentimiento expreso de los accionistas a quienes afecta.

Estas limitaciones se refieren en primer lugar a los accionistas que han colaborado en la gestión de la sociedad cuando la deliberación esté destinada a la aprobación de esa gestión. La colaboración puede haber sido en cualquier forma, y no se extiende a los miembros controladores, desde que ellos ocupan una posición de vigilancia y no de gestión. Actuando la asamblea como juez del encargo encomendado, un fundamento de orden moral apoya esta prohibición, que de no existir, puede, con los votos asignados a las acciones de los miembros de la administración, hacer irreal la misión controladora y vigilante de la asamblea de accionistas.

Una segunda prohibición se establece para los accionistas que deban ser "liberados de obligación" (ley alemana, art. 114, V) o que posean un "interés contrario a la sociedad" (ley mexicana, art. 196). Evidentemente que en este caso el accionista actúa como tercero frente a la sociedad, y es de presumir que su actuación emitiendo el voto ha de estar dirigida por ese interés particular, y no por el interés común que debe perseguir en la sociedad. Carecería de "affectio societatis". Si bien es cierto que ello no puede constituir regla general, la ley se encuentra impedida de juzgar en cada caso la subjetividad del voto, y sanciona esta prohibición, con la mira de evitar que en determinado asunto pueda primar otro interés que no sea el social.

Las prohibiciones, sin embargo, no pueden extenderse hasta determinar la exclusión del derecho de voto, en caso de conflicto de intereses, a todos aquellos en que el accionista actúe como tercero

ante la sociedad, y esta tendencia es fácil de percibir en la ley alemana de 1937, que no consigna ya el parágrafo 252, II, 3 del C. de C. que impedía al accionista votar en el acuerdo del que haya de resultar un vínculo jurídico entre él y la sociedad (29).

Las prohibiciones anotadas alcanzan al accionista por sí y a cualquier representante que pueda elegir para el ejercicio del voto. El acuerdo será nulo cuando el voto emitido, infringiendo las limitaciones expuestas, sirva para constituir la mayoría que produce el referido acuerdo. La mera intervención, al contrario, no es casual, en nuestro concepto, de nulidad, pues ella no altera en nada el resultado de la deliberación social.

CAPITULO V

REPRESENTACION DEL ACCIONISTA EN LA ASAMBLEA

98. Representación legal.—99. Representación voluntaria.—100. Clases de mandato.—101. Revocación del mandato.—102. Requisitos del mandatario.—103. Calidad del mandato.—104. Personas impedidas de ser representantes.—105. Representación oculta.

98.—*Representación legal*.— Pueden tomar parte en la asamblea general de accionistas, los representantes legales de las personas que siendo accionistas, no pueden ejercitar sus derechos por sí mismos. Estos representantes están en la obligación de legitimar ante la sociedad la calidad de accionista de su representado y su calidad de representante, mediante los documentos respectivos.

La representación legal puede derivar:

a) de la incapacidad absoluta o relativa (C. C. arts. 8 y 9), de que adolecen ciertas personas, y serán así representantes legales el padre o la madre por sus hijos menores (C. C. art. 392); el tutor cuando faltaren las personas que ejercen la patria potestad (arts. 474 y 510); y, el curador cuando se tratase de incapaces mayores de edad (art. 554 y 559 a 599), o en casos especiales (art. 600, inc. 1.º, 4.º, 8.º y 9.º).

b) de la situación especial en que se encuentran ciertos bienes, y así el marido es administrador de los bienes comunes (art. 188) y de los bienes dotales (art. 228), mientras que la mujer lo es de los bienes reservados (art. 207); el curador lo es de los bie-

(29) GOLDSCHMIDT. Límites generales del principio mayoritario en el derecho de sociedades anónimas. Jurisprudencia Argentina, 1942, I, 25. s. doc.

nes del ausente (art. 590) o de bienes cuya situación especial así lo exija (art. 600, incs. 2.º, 3.º, 5.º, 6.º y 7.º); y, en la herencia yacente el administrador judicial (C. P. C., arts. 1252, 1260 y 1261).

c) de la calidad de personas jurídicas de ciertas asociaciones, dentro de las cuales están las sociedades civiles y comerciales. Y así como el gerente o administradores de las sociedades civiles o comerciales, y los jefes o presidentes de las corporaciones o entidades con personalidad jurídica, de carácter privado, son sus mandatarios judiciales (C. P. C., art. 3.º), son también quienes ejercen su representación legal. Sin embargo tratándose de estas instituciones pueden nominar otra clase de representantes ante la asamblea general de una sociedad anónima de la que sean accionistas. Cuando participan en la sociedad corporaciones de derecho público éstas no pueden estar representadas sino por delegación expresa, en una determinada persona.

99.—*Representación voluntaria.*— Constituye un derecho inderogable del accionista el hacerse representar en la asamblea general de accionistas, por medio de mandatario nominado al efecto. Se facilita así que todos los accionistas puedan concurrir a la formación de la voluntad social, la que no siempre sería posible si tuviera que asistir personalmente a la asamblea.

Los estatutos pueden limitar este derecho de representación, excluyendo a determinadas personas para poder ejercerla, pero no pueden, en ningún caso, privar a ciertos accionistas del derecho de hacerse representar y de elegir libremente a estos representantes. Así, es nula, en nuestro concepto, cualquier disposición del acto constitutivo o de los estatutos que suprima el derecho a hacerse representar, y a elegir libremente el mandatario. En esta materia la legislación no se halla acorde, y pues mientras que la ley alemana (art. 114, III) establece este derecho sin limitaciones, el moderno C. C. italiano (art. 2372) acepta la representación de los socios sólo en el caso de que los estatutos no lo prohiban. Entre estos dos criterios, que podemos llamar extremos, se encuentran el C. de las O. suizo (art. 689) admitiendo que los estatutos puedan negar el derecho de hacerse representar por quienes no sean simples accionistas y la ley mexicana (art. 192), que establece que el derecho de representación se ejercitará en la forma que prescriben los estatutos.

Consideramos que al hacerse representar en la asamblea constituye el ejercicio de un derecho civil, conocido con el nombre

de mandato, y que la sociedad no puede restringir ese derecho sino en defensa de sus intereses, estableciendo ciertas exclusiones, que de ninguna manera pueden referirse a una categoría tan general de personas como son todos los extraños a la sociedad. Conceptuamos así justa la disposición del C. de C. argentino (art. 353) al establecer que el accionista puede hacerse representar por socios o extraños.

100.—*Clases de mandato*.—El mandato que confiere determinada persona a otra, encargándole el desempeño de ciertos negocios (C. C. art. 1627); puede ser general o especial. El primero sólo autoriza para ejercer actos de simple administración (art. 1632), mientras que el segundo autoriza para disponer la propiedad del mandante o gravarla (art. 1633). En ambas formas de mandato, si el encargo conferido comprende la administración de acciones de una sociedad anónima de las cuales es propietario el mandante, creemos que el representante está autorizado a intervenir en la asamblea general emitiendo el derecho de voto. Ya hemos visto que en las acciones dadas en usufructo (1), el derecho de voto es conferido, por regla general, al usufructuario, teniendo en cuenta que ese derecho constituye un acto de administración propio del disfrute otorgado a éste. De esta misma manera el mandatario, en defensa de los intereses de su mandante, debe ejercer el derecho de voto en la asamblea general, sea su mandato especial o general, y cuando en los bienes encomendados a su administración se encontraran acciones que otorgan el derecho a intervenir en la formación de voluntad social. El mandatario se halla obligado a legitimar su condición de tal mediante la muestra del documento que le otorga el encargo. No será, por otro lado, procedente la intervención del mandatario si se encontrara entre las personas que los estatutos impiden ejercer la representación en la asamblea.

El accionista puede encargar también la simple representación en la asamblea para el ejercicio del derecho de voto, debiendo realizarse este encargo por escrito en documento que quedará en poder de la sociedad. Este mandato debe ser otorgado para cada asamblea, pues la sociedad no puede presumir, a pesar de la indicación general del poder, que el accionista desea hacerse representar en todas las asambleas, cualquiera que sea la orden del día a tratarse en dichas reuniones. Esta prohibición no debe ge-

(1) Ver supra No. 94.

neralizarse para el caso de reenvío de la asamblea a otra fecha para tratar del mismo asunto, ni cuando se hubieran convocado a varias asambleas a las cuales se refiere el poder.

101.—*Revocación del mandato.*—El mandante puede revocar el poder cuando le parezca (C. C. art. 1650). La revocación del poder general o especial debe ser comunicada a la sociedad cuando no hubiera sido realizada por escritura pública, tratándose de poderes otorgados en esta forma, e inscrita en el Registro de Mandatos.

Los poderes otorgadas para varias asambleas o para una y que se quieren revocar antes de su realización, deben ser igualmente comunicados a la sociedad. La intervención en la asamblea de mandatarios cuyo poder haya sido revocado, pero no comunicado a la sociedad no podrá servir de causal para invocar la nulidad de los acuerdos adoptados.

102.—*De los acuerdos adoptados.*—Debe ser nominado mandatario quien tenga capacidad civil (art. 1628), y no podrá sustituirse en el encargo, salvo que se le hubiese facultado para hacerlo (1638), rigiéndose en todo lo demás por las prescripciones de la ley civil.

103.—*Calidad del mandato.*—El poder válidamente otorgado da al representante el derecho de actuar y ser tratado por la sociedad como si fuera el mismo socio. El mandatario ha de actuar, como todo representante, en nombre y en interés del mandante. Consecuentemente es responsable si se excede del encargo, y en relación al derecho de voto, esa responsabilidad también le alcanza cuando hubiere emitido aquel en forma tal que no lo hubiere hecho el accionista.

La asamblea no podrá negar la autenticidad del poder, salvo que pudiera probarlo, y si se excluye al representante cuyo mandato es auténtico, el socio podrá impugnar el acuerdo de la asamblea solicitando su nulidad. De la misma manera, la intervención de un representante cuyo poder no sea válido, motiva la nulidad del acuerdo, siempre que el voto emitido por ese representante haya sido necesario para constituir la mayoría.

104.—*Personas impedidas de ser representantes.*—La legislación se muestra unánime en prohibir a los administradores, miembros del consejo de vigilancia y de cualquier otro organismo creado con fines similares a los de los dos primeros citados, el ejercer la representación de los accionistas. Se supone, con muy buen criterio, que ellos han de actuar según sus intereses, espe-

cialmente cuando se trata del descargo de responsabilidad proveniente de la gestión, burlando las disposiciones de la ley que les prohíben votar en las deliberaciones que tengan por objeto esos acuerdos.

Los accionistas pueden establecer otra calidad de personas impedidas de ejercer la representación de accionistas, pero sin atentar contra la libre elección que éstos pueden hacer de sus mandatarios. Esas personas impedidas pueden ser, por ejemplo, los accionistas morosos en el pago de sus aportes o que tuvieran alguna deuda contra la sociedad, los extranjeros o los que desempeñen ciertos cargos políticos, según la propia naturaleza del objeto de las operaciones de la sociedad; los accionistas cuyos intereses están en oposición a los de la sociedad en la deliberación de la asamblea para la cual ha sido conferido el poder, etc., etc., prohibiciones todas destinadas a evitar que se burle la voluntad social mediante la emisión de un voto viciado o en atención a fines que se apartan de los que la sociedad persigue.

En cuanto, a la representación por los bancos e instituciones similares, hemos establecido ya (2) que deben actuar como meros representantes ordinarios de los accionistas, con responsabilidad ante estos por el mal uso o abuso del derecho de voto que les confiere la representación, debiendo recabar el mandato en la misma forma que la ya establecida, es decir, por escrito, debiendo quedar depositado en la sociedad; y, sobre todo, sin que, por ningún motivo, las acciones depositadas en el banco sirvan de título de cesión del derecho de voto, para ser ejercido por esas instituciones según sus propios intereses.

105.—*Representación oculta.*— La libre cesibilidad de las acciones de una sociedad anónima, especialmente en cuanto se refiere a las acciones al portador, transferibles por simple entrega del título, da lugar a una forma de representación que llamamos oculta, y que escapa a todo control de la sociedad en la vigilancia del ejercicio de voto y demás derechos.

En efecto, la transferencia simulada de las acciones nominativas en el libre registro de ellas que lleva la sociedad, y la transferencia y consecuente depósito del comprador ficticio de las acciones al portador en la caja de la sociedad, legítima ante ésta como propietarios a los que aparecen del libro y a los que depositen esas acciones, respectivamente. Este fenómeno de libre nominación de testaferros, a voluntad de los accionistas prohibidos

(2) Ver supra Nos. 84 (c) y 95.

por los estatutos, por la ley o por resoluciones condenatorias de la asamblea para emitir su voto, ha hecho difícil, a través de toda la historia de esta clase de agrupaciones, el control de la sociedad y de la obligación moral de los accionistas de actuar en el interés de ella, y no en el de los propios. Pero, este carácter de la sociedad anónima, es decir, la libre cesibilidad de las acciones en que se halla dividido su capital, es de su esencia y ha contribuido, por otra parte, a su gran desarrollo. Nuevamente la impugnación de los acuerdos, en que pueda probarse la intervención de accionistas aparentes, es la única manera de defender a la sociedad de la actuación hipócrita de esta clase de socios.

En este último sentido serán anulables los acuerdos de la asamblea general en que hayan votado esta clase de representantes cuando su voto sirvió para constituir la mayoría, pues la misma intervención en la asamblea no puede acarrear esa consecuencia.

CAPITULO VI

LA REUNION DE LA ASAMBLEA

106. Medidas preparatorias.—107. Apertura de la asamblea. Presidencia.—108. Quorum.—109. Segunda convocatoria.—110. Exclusión de socios.—111. La deliberación.—112. Resoluciones.—113. Derechos de las minorías.—114. El acta de la sesión.—115. El acta de la sesión, (continuación).—116. Aprobación del acta.

106.—*Medidas preparatorias.*—Corresponde a la administración de la sociedad anónima adoptar las medidas preparatorias necesarias para la reunión de la asamblea.

A este efecto en el aviso de convocatoria se debe otorgar un plazo prudencial para el depósito de las acciones, si fueran al portador, y para su inscripción en el libro de registro, si fueran nominativas, requisitos que tienen por fin demostrar el derecho de voto de los accionistas que han de intervenir en la asamblea general.

Con los datos que le proporciona este depósito o inscripción, la misma administración debe confeccionar una lista de los accionistas con derecho a intervenir y votar en la asamblea general, con la indicación de sus nombres y domicilios, y el número y la clase de acciones de la que cada uno es poseedor, con los derechos que ellas confieren. En esta lista han de firmar los accionistas

que se presentan a la asamblea general, si ella no fuera consignada en su totalidad en el acta de la reunión, y deben hacerlo sus representantes cuando no concurrieran personalmente. La firma del accionista en la lista de presencia certifica su asistencia a la asamblea, y sirve para probar la existencia del quorum. La ley francesa de 1867 (art. 28) estableció que esta lista debe ser depositada en la sede de la sociedad, y mostrarse a todo recurrente ¿Accionistas y no accionistas?. Sostenemos que a cualquier persona, pues además de los accionistas hay terceros interesados en los resultados de la deliberación de la asamblea, y debe facilitárseles los medios de asegurar la validez de esa deliberación. Interpretando la ley francesa el Tribunal del Sena, en 5 de noviembre de 1906, así lo determinó (1).

Con anterioridad a la fecha de reunión —creemos que desde que se publica el aviso de convocatoria— la administración debe poner a disposición de todo el que lo solicita el libro de registro de acciones, para el conocimiento de la calidad de éstas y su distribución entre todos los accionistas. La administración debe también recabar las cartas poder de los accionistas que hayan nominado representantes, asegurarse de su validez y legalidad, para en caso contrario impedir el acceso a la asamblea general a dichos representantes.

Por último, la asamblea debe tomar las medidas necesarias para asegurar la redacción del acta de la sesión.

107.—*Apertura de la sesión.*— *Presidencia.*— Reunidos los accionistas concurrentes debe asumir la Presidencia de la asamblea, la persona designada en los estatutos, o en su silencio se nominará a uno de los accionistas, actuando interinamente de presidente el mayor accionista, el de más edad o uno de los administradores (2). En seguida el presidente debe asegurarse que está presente el número necesario de accionistas, para poder deliberar, formando quorum, a cuyo efecto pasará lista que se transcribirá al acta, o hará agregar a ésta la lista confeccionada por los administradores y que han firmado los accionistas al momento de su ingreso. En caso contrario, declarará no haber lugar a reunión de la asamblea, indicando a los administradores que deberán

(1) HOUPIN ET BOSVIEUX, op. cit. pág. 324.

(2) Es costumbre, especialmente entre nosotros, nominar por los estatutos al Gerente o Presidente del Directorio para presidir la sesión de la asamblea general; pero, creemos que esto atenta contra la libre expresión de la voluntad social, pues la calidad de administradores de éstas personas las enfrentan a la asamblea que ejerce el control de su gestión.

proceder a la segunda convocatoria. Si hubiere quorum el Presidente declarará abierta la sesión, procediéndose en primer lugar a la designación de los demás miembros de la mesa directiva si los estatutos no proveyeran al efecto, para después entrar a deliberar.

108.—*Quorum*.— Para los efectos de la validez de la reunión de la asamblea es necesaria la asistencia de un número determinado de socios que la ley o los estatutos fijan. Es el criterio general que el quorum legal debe estar constituido, y así se entiende en el silencio de la ley o de los estatutos, por el número de socios poseedores de acciones que representen más de la mitad del capital social. En este caso, debe considerarse, en nuestro criterio, como capital social el suscrito, pero respetándose las disposiciones estatutarias o legales sobre el voto concedido proporcionalmente a las cuotas pagadas sobre cada acción. La mayoría absoluta que otorga el quorum para la sesión puede ser modificada por la ley o por los estatutos estableciéndose otros criterios, según que se trate de asambleas generales ordinarias o extraordinarias. En el primer caso, pueden establecerse mayorías menores que los mismos estatutos podrían modificar, y en el segundo caso, se acostumbra a establecer las llamadas mayorías calificadas, es decir, mayorías más importantes en relación al número de personas que asistan o al capital representado, y que son inderogables por los estatutos. Sobre estas mayorías hablaremos al tratar de las respectivas asambleas.

¿Constituirá quorum la asistencia a la asamblea de una sola persona que representa la mayoría del capital exigido para formarlo, y cuando no sea necesario un número de accionistas presentes? Creemos que sí, pues si bien la sociedad debe formarse con un mínimo de personas, ella es sociedad de capitales, y no puede haber prohibición legal alguna que limite el que determinado número de acciones se reúna en una sola mano. La sociedad anónima reviste tal carácter capitalística, que aún la legislación no está de acuerdo en considerar responsabilidad ilimitada al accionista en cuyo poder se han reunido la totalidad de las acciones, y así mientras que el C. C. italiano (art. 2362) la establece para el caso de insolvencia de la sociedad, la House of Lords, en el derecho inglés, ha negado considerar esa responsabilidad ilimitada para el accionista poseedor de la totalidad de las acciones (3).

109.—*Segunda convocatoria*.— La falta de quorum, es decir,

(3) THE LAWYERS DIRECTORY, Cincinnati, Ohio. 1944. Pág. 1685.

la inasistencia del número de socios que representen la parte del capital social necesaria a constituirlo, impide la reunión de la asamblea. Debe entonces la administración de la sociedad, o el órgano que convocó a la asamblea frustrada, realizar una nueva convocatoria para una segunda asamblea.

La segunda asamblea debe reunirse en las condiciones fijadas en el aviso, para discutir los mismos puntos, y deliberará con el número de socios que constituyan quorum en este segundo caso, si la ley o los estatutos no establecieran que el quorum fijado para la primera asamblea no debe variarse. El quorum para la segunda convocatoria se usa establecer en una proporción menor del capital social representado, que puede ser, por ejemplo, de una tercera parte si en la primera convocatoria se requirió la mayoría absoluta, o menos si ella no fué requerida. Para esta misma segunda convocatoria, o para la tercera, si no hubiera el quorum reglamentario en la segunda, se acostumbra a dar validez a la reunión de la asamblea con el número de socios que concurran. Y no podría ser en otra forma, pues accionistas maliciosos pueden obstruir indefinidamente la marcha de la sociedad con su no concurrencia a la asamblea general.

Para determinados asuntos, generalmente materia de la deliberación de las asambleas extraordinarias, la ley o los estatutos exigen que el mismo quorum necesario a la primera asamblea, se mantenga en las posteriores, hasta la tercera o cuarta convocatoria en que la indiferencia de los accionistas que se han negado concurrir a las citaciones anteriores, autoriza la deliberación de la asamblea, con el número de socios que concurran, pues, nuevamente es valedera la exigencia de proteger el interés de la sociedad, haciendo factible la expresión de su voluntad en la asamblea general.

Con respecto al quorum exigido para ciertas deliberaciones, y la proporción en que debe mantenerse, haremos su estudio en la parte correspondiente a las diversas clases de asambleas.

110.—*Exclusión de socios.*— El impedir legalmente a cualquier socio intervenir en la asamblea, tomando parte en la deliberación y emitiendo su voto, ocasiona necesariamente la nulidad de todo lo acordado. Y, es más, creemos que no procede la excepción contra la acción de impugnación, alegando que el voto del socio no pudo influir en el resultado del acuerdo, pues el derecho del accionista para contribuir a la formación de la voluntad social no se limita a emitir su voto, sino a su intervención personal en la a-

sambla. Debe tenerse en cuenta, también que las razones que dicho accionista pudo exponer podrían haber cambiado el resultado de la deliberación. La voluntad social no se forma únicamente por la expresión de sentir de cada socio en determinado sentido, pues a ella le es necesario la previa deliberación en que todos los socios pueden expresar su manera de pensar, lo que constituye el fundamento del principio de la mayoría, capaz así de obligar a disidentes y ausentes.

III.—*La deliberación.*— Abierta la sesión por el presidente, se someten a la discusión de los accionistas la materia de la orden del día, ya conjuntamente, o ya por separado. Tienen los accionistas el derecho de exigir todos los informes, datos y documentos necesarios al mejor conocimiento del asunto en deliberación, pero sin que ello pueda implicar el exigir cuentas y libros que le son vedados por la ley o por los estatutos. Si se tratara de la aprobación del balance sólo serán presentados los documentos determinados por la ley o por los estatutos. Pueden todavía los administradores rehusar la presentación de ciertas piezas de información, que, porque no ha de recaer acuerdo sobre ella o que a pesar de él exigen ser mantenidos en secreto, pueden perjudicar los intereses de la sociedad.

Cualquier socio puede hacer uso de la palabra, pero la Presidencia tiene la facultad de restringirla para no hacer interminable la reunión, para lo cual puede establecer tiempo o limitar el número de discursos. Para tomar estas medidas el Presidente debe, en lo posible, consultar a la asamblea, y si ellas violaran los derechos del accionista para hacerse oír, éste tendrá el derecho de impugnar el acuerdo, exponiendo detalladamente al Juez la calidad de las medidas y los efectos de ellas en cuanto a sus derechos.

Por lo demás, las asambleas se rigen por las mismas leyes de todo cuerpo colegiado, y se opina (4) que por los usos del comercio si estos existieran, y sobre todo, por las reglas de las asambleas legislativas, en las cuales se inspiran también dichos usos. Así lo sancionó el art. 61 de la ley belga de 1873, al establecer expresamente que en ausencia de normas estatutarias la deliberación de las asambleas se rige por las reglas de las asambleas deliberantes.

II2.—*Resoluciones.*— Una vez agotada la discusión en cada asunto indicado en la orden del día, la asamblea debe tomar

(4) SOPRANO. *L'assemblea generale degli azionisti*. Milán, 1914. pág. 114.

resolución sobre dicho asunto. A ese efecto deben los accionistas emitir su voto en la forma que designen los estatutos o cualquier otra que señale la Presidencia con el acuerdo de la asamblea (aclamación, levantando las manos, por cédulas, etc. (5). La misma presidencia debe proceder al cómputo de los votos y proclamar como resultado de la deliberación de la asamblea, la proposición o moción que haya obtenido la mayoría de votos, resultado que constituye el acuerdo de la asamblea, sobre el que versará el capítulo siguiente.

Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de los votos emitidos por los accionistas presentes, cualquiera que sea el turno (primera, segunda) en que se ha reunido la asamblea y es regla general para todas las deliberaciones. Sin embargo tratándose de ciertos acuerdos materia de las asambleas extraordinarias (allí los trataremos), y generalmente referentes a modificaciones estatutarias, este principio general tiene una excepción estableciéndose que las resoluciones han de adoptarse por una mayoría calificada.

La Presidencia no puede levantar la sesión de la asamblea mientras ésta, en su discusión, no haya agotado la orden del día, salvo el acuerdo de la misma asamblea, en cuyo caso deberá citarse a nueva sesión, efectuándose la convocatoria como si se tratara de la primera asamblea.

113.—*Derechos de las minorías.*— En la misma asamblea, y fuera de ella las minorías tienen ciertos derechos, oponibles a las mismas mayorías, y cuyos fundamentos encontramos en las acertadas palabras de *Boehm* (6) “El principio y el fin de toda verdadera y eficaz protección del accionista es la protección de la propia sociedad”; derechos que estudiaremos aquí en toda su extensión. Ellos son:

a) *Solicitar el revóo de la asamblea.*—Una minoría calificada (accionistas que representen un quinto o un décimo del capital social, por ejemplo), puede pedir que la reunión de la asamblea se remita a otro día, considerándose no suficientemente preparada o informada para participar en la deliberación anterior al acuerdo. En este sentido se han pronunciado la ley mexicana

(5) GAILLARD.—op. cit. pág. 67—, a fin de asegurar una más real expresión de la voluntad social, proponía que se debía admitir que el accionista emitiera su voto por correspondencia, lo que la doctrina impugna (DONATY op. cit. pág. 185). Nuestra solución es negativa pues faltaría al acuerdo el elemento esencial de la previa deliberación.

(6) Citado por FISCHER, op. cit. pág. 267, nota, 12, in fine.

(art. 199) y el C. C. italiano (art. 2374), autorizando a los accionistas que representen un 33 por ciento o un tercio del capital social, respectivamente, para solicitar el aplazamiento de la reunión hasta no más de tres días, y sólo por una vez para cada asunto. La ley mexicana, por su parte, agrega que no es necesaria la nueva convocatoria para esta reunión, opinión que no compartimos, pues aunque se trata de la misma asamblea solamente prorrogada, el nuevo aviso de convocación permite la participación de socios impedidos de concurrir a la primera citación, contribuyendo así a una mejor expresión de la voluntad social.

b) *Acción de responsabilidad contra fundadores, administradores y miembros del consejo de vigilancia.*— No parece discutible el derecho de una minoría, igualmente calificada, para ejercer las acciones de responsabilidad contra fundadores, administradores y miembros del consejo de vigilancia. La minoría tendría así derecho a solicitar de la asamblea el ejercicio de la acción, o podría recurrir a los tribunales en el ejercicio de la misma, en defecto de acuerdo de la asamblea, u optando sólo por la acción directa ante la justicia. La ley alemana (art. 122, I) otorga este derecho a una minoría que represente un décimo, o un vigésimo del capital, si los hechos motivo de la acción fueran generadores de indemnización por los responsables. Correlativamente al ejercicio de la acción, la minoría tendrá el derecho de nominar un mandatario especial para la prosecución del juicio que motive la acción de responsabilidad, y que el juez deberá autorizar a actuar en nombre de la sociedad.

c) *Oposición al nombramiento de revisores.*— El derecho de oposición de la minoría al nombramiento de revisores de la contabilidad, cuentas y otros documentos sociales, sirve también de garantía en la defensa de los intereses de la sociedad y de los socios minoritarios, a fin de evitar que la mayoría pueda ser irreal en la función controladora, mediante el nombramiento como revisores de personas que cumplirían su encargo según los exclusivos intereses particulares de esas mismas mayorías.

d) *Representación en la administración de la sociedad.*— Como garantía para la marcha de la sociedad, y a fin de asegurar su gestión según los intereses de todos los socios, es necesario sostener la representación de la minoría en el consejo de dirección y en el consejo de vigilancia. A este fin no importa el siste-

ma que se adopte, y podemos citar lo establecido entre nosotros por la ley No. 4020, de 7 de enero de 1925, en su artículo único, al determinar el voto acumulativo en la elección de los miembros del consejo de administración, es decir, que cada acción daba derecho a tantos votos como miembros al directorio o consejo de administración había que elegir, y cada accionista podría acumular sus votos en favor de una sola persona. Pudieron así las minorías estar representadas en los consejos de administración, pero, desgraciadamente, esta ley fué derogada por la No. 8996, del 5 de octubre de 1939, a tono con la reforma Plebiscitaria que suprimió toda representación de las minorías.

114.—*El acta de la sesión.*— Del desarrollo de la sesión debe llevarse un acta, la cual debe constar en el libro que a ese efecto lleva la sociedad. Nuestro C. de C., en su art. 33 in fine, establece el carácter obligatorio de este libro de actas, imponiendo, en cuanto se refiere, a su contenido, la necesidad de hacer constar todos los acuerdos. Del precepto legal se deduce que basta para la validez del acta de la reunión, la enumeración, más o menos precisa, de los acuerdos adoptados en la respectiva asamblea.

La vaguedad de la disposición del C. de C. no debe ser mantenida en la cuestión de la redacción y requisitos del acta, y sostenemos así que en su formación debe predominar un criterio más rígido, a fin de que sirva de prueba para la sociedad, accionistas presentes, ausentes y disidentes y para los terceros interesados. Su redacción puede ser privada, por la mesa directiva de la asamblea, o pública, por notario, acostumbrándose entre nosotros transcribir el contenido del acta en la minuta de cualquier acto público que celebre la sociedad, a fin de atestiguar la voluntad de la asamblea. La ley alemana (art. III, I) exige la redacción notarial o judicial del acta para su validez, pero creemos que ella siempre será válida, con efecto para todos los accionistas, presentes, ausentes o disidentes, si la totalidad de los concurrentes la hubieran firmado. A este respecto la ley brasileña (art. 96) no impone la obligación de la firma sino a quienes constituyen la mayoría, lo cual bastará para demostrar la legalidad de la reunión y la de los acuerdos en ella tomados. Sin embargo, cualquier accionista puede impugnar el acta, alegando no haber puesto su firma, debiendo probarlo según los medios que el procedimiento civil consiente, criterio valedero en la misma impugnación del acta. La socie-

dad está facultada, por otro lado, tratándose de acuerdos cuya prueba así lo exija, a hacer redactar el acta por notario, pudiendo en este caso, bajo la fé del funcionario público, firmar solamente el Presidente de la asamblea.

115.—*El acta de la sesión*, (continuación).—En lo que se refiere a la redacción misma del acta, debe ella contener, para su validez y eficacia, los siguientes requisitos y formalidades:

- a) Indicación del lugar, día y hora de la reunión;
- b) la lista de los concurrentes, con indicación del nombre de los accionistas presentes y representados y los representantes de estos últimos, haciendo referencia a la cantidad y clase de las acciones que posean;
- c) la transcripción del texto del aviso de convocación, indicando las veces en que fué publicado o la manera en que fué realizado si ella fuera distinta a la de publicación pudiéndose, también agregar el mismo aviso;
- d) debe explicarse sucintamente las proposiciones y mociones presentadas a la deliberación de la asamblea, indicando las observaciones formuladas durante la discusión;
- e) la redacción íntegra y precisa de todas las resoluciones adoptadas, indicando la forma de la votación y la mayoría con que fué aprobada cada una de ellas; y,
- f) la impugnación y protesta que pueda hacer algún o alguno de los socios, detallándose en qué consiste ella, y con la amplitud con que expresamente lo solicitare el accionista.

116.—*Aprobación del acta*.—La aprobación del acta es propia de la asamblea, y como ella debe ser firmada al término de la reunión para que pueda tener valor probatorio sobre la validez legal de la asamblea, es requisito innecesario que se dé lectura a ella en la próxima sesión, pues ésta suele tener mucho tiempo más tarde.

Los accionistas, y creemos que cualquier interesado, puede solicitar de la administración copias o extracto del acta, para los fines que estimara conveniente, sin que ella pueda negárselos. Los extractos solicitados sobre cualquier parte del acta, deben contener necesariamente las indicaciones sobre el quorum y demás requisitos necesarios a la validez de la reunión y los acuerdos en ella adoptados.

CAPITULO VII

EL ACUERDO DE LA ASAMBLEA

117. Naturaleza jurídica del acuerdo.—118. Actos simples, complejos y colectivos.—119. Crítica.—120. El acuerdo como acto simple y unilateral.—120 bis. El acuerdo es un acto formal.—121. El acuerdo como negocio jurídico.—122. Requisitos del acuerdo.—123. Efectos de los acuerdos.

117.—*Naturaleza jurídica del acuerdo*.— El acuerdo constituye el resultado de la deliberación de la asamblea, que se adopta por la mayoría de accionistas en ella presentes. Es un acto jurídico, es decir, el hecho causado por la voluntad humana con efecto querido por el agente, capaz de devenir eficaz sólo en virtud de lo dispuesto en la norma del derecho objetivo, y que tiene por objeto una adquisición, transferencia, modificación o extinción de derechos (1).

Pero precisa determinar el modo de ser del acto jurídico que constituye el acuerdo de la asamblea. En efecto, el acuerdo ¿es acto unilateral o acto plurilateral?; ¿es acto simple, o acto complejo, o acto colectivo?

Se ha dividido tradicionalmente los actos jurídicos en unilaterales y plurilaterales, “según que baste para la generación del acto la declaración de voluntad de un solo sujeto o sea necesario la conjunción de las declaraciones de voluntad de una pluralidad de sujetos” (2). En ese sentido el acuerdo de la asamblea constituiría un acto plurilateral, es decir, “conjunción de declaraciones de voluntad”. Pero, hay actos jurídicos en los cuales, a pesar de la intervención en su formación de varias declaraciones de voluntad, se exteriorizan como actos unilaterales, y entonces los actos son unilaterales y plurilaterales, según que para su existencia sea necesario la declaración o las declaraciones de voluntad de una sola parte, o que sea necesario las declaraciones de voluntad de varias partes, es decir, en varias direcciones: el contrato (3). Así el acuerdo de la asamblea constituye un acto unilateral como la exteriorización del ente jurídico único que es la sociedad anónima.

(1) LEON BARANDIARAN, J. Comentarios al Código Civil Peruano. Lima, 1938. Tomo I; Acto Jurídico. págs. 8 y sgs.

(2) LEON BARANDIARAN, op. cit. pág. 18.

(3) DONATI, op. cit. pág. 49.

Esta clasificación de los actos unilaterales y plurilaterales, según el número de declaraciones necesarias para la existencia del acto, permite establecer que el acuerdo de la asamblea no puede considerarse un contrato: faltan las declaraciones de voluntad emitidas en sentido recíproco y que se oponen una a otra en la satisfacción de intereses que se excluyen y compensan. Esta primera solución negativa a que hemos llegado, no nos da, sin embargo, la esencia del acuerdo de la asamblea, por lo que debemos recurrir a la clasificación de los actos en simples, complejos y colectivos.

118.—*Actos simples, complejos y colectivos*.—Considerando que en la formación del acto jurídico pueden intervenir varias declaraciones de voluntad determinando una única voluntad singular, varias de las cuales constituyen, según la dirección en que son emitidas, los actos plurilaterales, se clasifica a los actos en simples, complejos y colectivos (4).

Son *actos simples*, o de voluntad simple, "los constituidos por una sola declaración de voluntad". Al lado de estos actos existen otras dos categorías de actos: los *complejos*, o de voluntad compleja, "constituídos por declaraciones de voluntad, formadas por la fusión de varias declaraciones de voluntad (a su vez simples o complejas), encaminadas a un fin único y en el ejercicio de un único poder o derecho"; y, los *colectivos*, "constituídos por distintas declaraciones de voluntad emanadas en el ejercicio de poderes o derechos distintos, unidas por la satisfacción de intereses paralelos". "En los actos simples y en los actos complejos el efecto se refiere al sujeto o al órgano titular del poder o del derecho ejercitado; en los colectivos, en cambio, se refiere distintamente a cada uno de los sujetos y órganos por cuanto ha querido o podido querer ("pro cuota").—Los actos complejos han sido divididos por Kuntze (5), en iguales y desiguales, según que todos los que intervienen actúen en la línea principal, o actúen unos en línea principal y otros en línea accesoria, actos que Donati llama de fusión de voluntades y de integración de voluntades.

La base de esta división tripartita de los actos jurídicos se encuentra, como se ve, en la "dirección unitaria hacia lo exterior de la declaración de voluntad". El acto es así hacia lo exterior

(4) DONATI, op. cit. págs. 43 y sgs.

(5) Citado por SOPRANO, op. cit. pág. 127.

unilateral; es la expresión de una sola voluntad en los actos simples; de voluntades unificadas en los actos complejos; y, de voluntades distintas pero unidas en los actos colectivos.

119.—*Crítica*.—Ahora bien, ¿es posible ubicar el acuerdo de la asamblea dentro de una de estas tres categorías de actos? Veámoslo:

Vivante, Ferrara y Soprano, sostienen la tesis de que el acuerdo de la asamblea constituye un acto colectivo, y así el último expone (6) que es indudable que la voluntad social es esencialmente diversa de la voluntad individual, pero, que no puede considerarse como del todo separada de ella, del mismo modo como el patrimonio social no lo está en relación al patrimonio de los individuos. Y como el punto de partida de la sociedad es el motivo del lucro de los individuos, y como el punto final es la repartición del beneficio logrado entre esos individuos, así la vida social y el organismo social no pueden ser dominados e inspirados sino por la voluntad de los individuos mismos, por cuanto tal voluntad se halla encañalada en el medio común escogido a tal fin del lucro: "es por ello por lo que la voluntad social no es otra cosa que una voluntad colectiva". Más, prescindiendo de los argumentos a los que llega para titular el acuerdo como acto colectivo, éste es el originado por las varias declaraciones de voluntad encañaladas a la satisfacción de intereses paralelos, mientras que en el acuerdo se busca un solo interés: el de la sociedad, que subsidiariamente puede ser el de los socios que la forman, pero que a veces puede ser, también y hasta contrario al de ellos, pues la minoría disidente no encuentra en el acto formado la expresión de sus deseos. Por otro lado, los efectos del acto no se refieren "pro cuota" a cada uno de los socios que asisten sino, ya lo hemos dicho, a la sociedad en general.

120.—*El acuerdo como acto simple y unilateral*.—Eliminada con estas consideraciones la opinión de considerar al acuerdo de la asamblea como un acto colectivo, sostenemos que se trata de acto simple, y demostrado este carácter se refutará, al mismo tiempo, la idea de un acto complejo.

Identificando al acto complejo como la fusión de varias voluntades, encontramos que en el acuerdo de la asamblea no existe esta fusión, pues las diversas voluntades de quienes constituyen la minoría no puede fusionarse con las de la mayoría, a las

(6) Op. cit. pág. 129.

que son contrarias, y que igualmente son las que forman el acto. Se ha dicho que hay adhesión, acuerdo originario para someterse a la voluntad de la mayoría (7), o vínculo de unión entre todos los miembros que quieren, primero un acuerdo determinado y luego cualquier acuerdo. Pero es imposible hacer aparecer lo que constituye el acuerdo de una mayoría como producto del acuerdo unánime de todos los miembros de la sociedad, lograda la incorporación de la minoría en cualquier forma. Por otro lado, ya hemos visto que el principio de la mayoría constituye una necesidad práctica a la existencia misma de la persona jurídica: la única forma de poder desenvolverse (8). Y consecuentemente, tampoco es el acuerdo acto complejo resultante de la fusión de las voluntades de la mayoría, pues representa también a los miembros disidentes (minoría) y a los ausentes. Es pues la expresión de la voluntad de la sociedad, y no la de un grupo de sus miembros.

Luego, pues, los miembros de la sociedad que expresan su voluntad en la asamblea, actúan en dirección a la formación de la voluntad social y no a la realización de un fin determinado. Esa voluntad social es la manifestación de su capacidad de obligarse, reconocida y establecida por la voluntad individual de sus miembros y sancionada por la ley como la expresión del querer del ente. A la formación de esa voluntad contribuyen tanto los miembros de la mayoría como los socios disidentes y ausentes, en una similitud al proceso de una deliberación psicológica, en que mayoría y minoría constituyen el pró y el contra, y en que el individuo declararía su voluntad exterior según el mayor número de razones a favor (mayoría), y sin que hayan desaparecido las razones en contra (minoría). Así la voluntad individual expresada es la única del sujeto que la emite, por más que persistan, en su fuero interno, serias razones que no la apoyan, pues, son más las razones favorables que motivan la expresión de esa voluntad.

El acuerdo de la asamblea se presenta como un acto estrictamente unilateral y simple; reputando como voluntad de la persona jurídica que constituye la sociedad anónima, dicho acuerdo es, en dos palabras la voluntad de *un* ente moral, en nada importa determinar su naturaleza como acto simple el que hayan contribuido las voluntades individuales de varias personas para formarlo. Esta voluntad unilateral puede estar dirigida a formar un negocio jurídico plurilateral, pero a este efecto depende

(7) Ver notas 4 y 5 del Cap. III.

(8) Ver *supra* No. 58.

ya de otras declaraciones de voluntad, emitidas por personas físicas o morales, y que pueden consistir en actos simples, complejos o colectivos.

120 bis.—*El acuerdo es un acto formal.*—El acto unilateral y simple que constituye la declaración de voluntad de la sociedad, esto es, el acuerdo de la asamblea, es también un acto necesariamente formal. Para que la declaración de voluntad pueda ser reputada como la de la sociedad debe realizarse bajo determinadas circunstancias y condiciones. Ellas son: haber cumplido con la convocación; haber permitido la intervención y la emisión del voto de los accionistas con esos derechos; haber estado presentes determinado número de socios; . . . y en general, todos los requisitos necesarios para la validez del acuerdo.

121.—*El acuerdo como negocio jurídico.*—Habiendo determinado el acuerdo de la asamblea como un acto simple, que constituye la declaración de voluntad única de la sociedad, cabe preguntarse; ¿constituye el acuerdo negocio jurídico?

Se considera al negocio jurídico como una especie de los actos jurídicos, y en ese sentido “negocio jurídico y declaración de voluntad son una misma cosa” (9). Siendo el acuerdo de la asamblea la declaración de voluntad de la sociedad, no cabría discutirse que constituye negocio jurídico.

“Más, dice León Barandiarán (10), la declaración de voluntad por sí sola no basta para identificar el negocio jurídico”, y agrega, citando a *Ennecerus*, “que a veces la declaración de voluntad no produce el efecto jurídico por sí sola, sino únicamente en relación con otras declaraciones de voluntad o con otras partes del supuesto de hecho. Entonces sólo es parte del supuesto hecho que denominamos negocio jurídico, e induciría a error y no estaría de acuerdo con el lenguaje del Código Civil (alemán) el calificarle, no obstante, como negocio jurídico” Serán así negocios jurídicos las declaraciones de voluntad fuente inmediata de efectos jurídicos, y actos jurídicos las declaraciones de voluntad que crean efectos determinados por la ley que pueden ser hasta contrarios a los que el sujeto persigue. Con este criterio los acuerdos de la asamblea no son negocios jurídicos, cuantas veces el acto jurídico contenido en él no lo sea. La generalidad de la solución nos obliga a hacer algunas distinciones.

(9) CORNEJO, A. G. Código Civil. Lima, 1937. Tomo II, vol. II. pág. 9.

(10) Op. cit. pág. 12.

A este efecto los llamados acuerdos de procedimiento no constituyen negocio jurídico, sino elemento del proceso formativo de la deliberación autónoma, que sí pueden consistir en negocios jurídicos.

Por otro lado, los acuerdos de la asamblea pueden consistir en una declaración unilateral de voluntad (aprobación del balance y fijación de dividendos por distribuirse, que otorgan al accionista un derecho de crédito contra la sociedad para el cobro de esos dividendos) que en ese sentido constituyen siempre un negocio jurídico, y declaraciones de voluntad tendientes a producir un negocio jurídico, sólo en cuanto, significando aceptación u oferta, se relacionan con otras declaraciones de voluntad (actos jurídicos plurilaterales).

Donati (11) clasifica los acuerdos de la asamblea según formen la voluntad social con eficacia puramente interna, o formen y declaren la voluntad social con eficacia externa o formen una voluntad social, destinada al exterior, que deberá ser declarada al exterior, por los administradores. Las dos primeras categorías constituyen negocios jurídicos y la tercera es sólo un elemento del negocio jurídico. Creemos que los acuerdos que forman la voluntad social con eficacia que llama puramente interna, pueden también a veces constituir simples elementos de un negocio jurídico, y ese es el caso de acuerdos que tengan por objeto modificar las condiciones de ciertas acciones privilegiadas, en que es necesario para los efectos del acuerdo, el consentimiento por separado de los accionistas perjudicados, salvo que se retenga la calidad de terceros de los accionistas y pueda decidirse así que el acuerdo se refiere ya al exterior.

122.—*Requisitos del acuerdo.*— El art. 1075 del C. C. establece los requisitos esenciales de todo acto jurídico, cuando dice “para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley”. Veamos cada uno de estos:

a) *capacidad jurídica.*— La sociedad anónima una vez inscrita en el Registro adquiere personalidad jurídica para todos sus actos y contratos (C. C., art. 42; C. de C. art. 124), estando limitada su capacidad para adquirir derechos y obligaciones únicamente por la imposibilidad de realizar aquellos actos que suponen la condición natural del hombre (C. C. art. 43).

(11) Op. cit. págs. 28 y sgs. y 67.

Pero, la capacidad requerida en el agente debe entenderse también para los socios que contribuyen a formar su voluntad. En este sentido deben tener una capacidad genérica (la civil, consignada en el C. C. art. 8 a 12) y una capacidad especial, la de ser socio y poder ejercer el derecho de voto. Ambas capacidades se requieren para el representante del socio en cuanto se refiere a su propia persona la primera, y en cuanto a la del representado la segunda. La capacidad en cuanto al accionista, sólo es requerida para la validez del voto emitido y no del mismo acuerdo, pues la intervención de personas sin capacidad no lo vicia en cuanto no hayan contribuído a formar quorum y mayoría.

Por último, la capacidad se requiere también en la misma asamblea, en cuanto se refiere a su competencia, entendida ésta como poder de disposición y esfera de atribuciones.

b) *Licitud del objeto*.— El acuerdo no puede ser contrario al orden público, buenas costumbres, o la moral. En general, el objeto materia del acuerdo no debe consistir en nada que la ley prohíba. En este sentido los acuerdos de la asamblea deben limitarse a su propia esfera de atribuciones y no incidir en prohibiciones establecidas por la ley o por los estatutos.

La licitud del objeto comprende también el requisito de ser posible (art. 1123, inc. 2.º).

c) *Forma legal*.— Hemos establecido al calificar al acuerdo de la asamblea, es decir, a la declaración de la voluntad de la sociedad, como un acto jurídico simple y unilateral, que es esencialmente formal. La ley o los estatutos establecen condiciones y requisitos necesarios a su validez, y que deben ser cumplidos para no incurrir en la nulidad del acuerdo así expresado. El requisito de forma se puede referir a la formación del acuerdo o a su expresión.

d) *Consentimiento*.— El consentimiento supone la ausencia de vicios en la voluntad expresada en la asamblea y necesaria a constituir la mayoría que adopta el acuerdo. Sobre los diferentes vicios de la voluntad trataremos en el siguiente capítulo, ocupándonos de la invalidez de los acuerdos de la asamblea. Debe comprenderse también que la manifestación de voluntad individual "responda a una determinación seria, destinada a crear un resultado jurídico", (12) y que en este caso se refiere a la determinación de crear la voluntad de la sociedad. Los vicios de volun-

(12) LEON BARANDIARAN, op. cit. pág. 27.

tad solo invalidan el voto, y subsidiariamente el acuerdo, si los votos nulos fueron necesarios para el quorum o la mayoría que adoptó el acuerdo.

123.—*Efectos de los acuerdos.*— Los acuerdos exteriorizan sus efectos dentro de la misma sociedad y fuera de ella.

a) En cuanto se refiere a lo primero, es decir, a la misma sociedad es regla general que ellos obligan a todos los accionistas es decir, a la mayoría que forma el acuerdo, a la minoría que disintió y a los socios que hubieran estado ausentes, salvo el derecho de oposición o retiro que puedan conceder los estatutos o la ley para cada caso particular. Nuestro C. de C. en su art. 159, establece, dentro de los requisitos que deben constar en la escritura de constitución, “la sumisión al voto de la mayoría de la junta de socios, debidamente convocada y constituida, en los asuntos propios de su deliberación”, que aunque es un principio demasiado parco, sostiene la idea fundamental.

Los acuerdos que puedan ser materia de impugnación surten sus efectos, salvo la suspensión ordenada por el juez, mientras no sea declarada la respectiva nulidad (C. C. art. 1126) (13).

Los acuerdos de la asamblea son obligatorios, con la misma eficacia que la ley y los estatutos, dentro de su esfera de competencia, para todos los demás órganos de la sociedad, quienes deben ejecutar y acatar dichos acuerdos.

b) Con referencia a los efectos externos del acuerdo de la asamblea, es de mencionar únicamente que él constituye elemento esencial del contrato celebrado con terceros, si la materia de él fuera de la competencia de la asamblea. Si la oferta viniera de terceros, la comunicación del acuerdo perfecciona el contrato, según la naturaleza de él, y si fuera la sociedad quien propusiera, mediante el acuerdo de la asamblea, queda condicionada su validez a la aceptación por ese tercero.

Los acuerdos de la asamblea son válidos para surtir su eficacia desde que son tomados, cumplidos los requisitos propios de la reunión de la asamblea; pero, pueden quedar suspensos sus efectos si la ley exigiera otro requisito, como es el de formulación por instrumento público, el cual algunas veces, debe ser inscrito en el Registro.

(13) Ver infra No. 132, 1.

CAPITULO VIII

INVALIDEZ DE LOS ACUERDOS DE LA ASAMBLEA

- I.—Formas de invalidez de los engocios jurídicos: 124. Nulidad y anulabilidad.—11.—Formas de invalidez de los acuerdos de la asamblea: 125. Estado de la Legislación.—126. Tendencia Moderna.—127. La nulidad.—128. Anulabilidad e impugnación.—III.—Acción de nulidad.—129. Casos: a) Inexistencia y capacidad; b) Competencia; c) Convocatoria; d) Reunión; e) Objeto.—130. Caracteres de acción.—IV.—La acción de impugnación.—131. Casos: a) Competencia; b) Convocatoria; c) Reunión.—132. Caracteres de la acción.—V.—Invalidez del acuerdo en el Derecho peruano.—133. Ausencia de normas en el C. de C. y aplicación de las normas del C. C.—VI.—La acción de suspensión.—134. Origen.—135. Naturaleza y caracteres.—VII.—Efectos de la invalidez de los acuerdos.—136. Con respecto a la sociedad y a los socios.—137. Con respecto a los terceros y a los socios como terceros.

124.—*Nulidad y anulabilidad*.—La moderna tendencia en el derecho no reconoce sino dos clases de actos susceptibles de invalidación; actos nulos (nulidad absoluta) y actos anulables (nulidad relativa). Se prescinde de la distinción entre actos inexistentes y actos nulos, aquellos que carecen por completo de uno o varios requisitos exigidos por el derecho, y estos que presentan todos los requisitos, pero que en su contenido o en su causa son contrarios a una ley prohibitiva de interés general, a las buenas costumbres o al orden público; distinción que no tiene valor práctico y cuyo alcance es casi exclusivamente terminológico (1).

Nuestro Código Civil (arts. 1123 a 1131) sigue esta tendencia, conforme a los códigos modernos (2), y así la Exposición de Motivos dice: "El proyecto distingue dos clases de nulidad: la que tiene por principio el interés público, nulidad absoluta; y la que se concede en favor de ciertas personas o intereses, nulidad relativa. Tan sencillo sistema es el preconizado por el proyecto".

La nulidad absoluta de ciertos negocios está taxativamente enumerada en nuestro Código (art. 1123: persona absolutamente incapaz, objeto ilícito o imposible; incumplimiento de forma; declaración de la ley), siendo nulo aquel acto al que se niega defi-

(1) DONATI, op. cit. pág. 123.

(2) C. C. alemán, arts. 105, 119, 123, 125, 134 y 135; C. de las O. suizo, arts. 11, 20, 23, 28, 29; C. C. Brasileño, arts. 130, 145 y 147.

nitivamente la consecuencia jurídica que se califica de querida (3), cuyas características son: a) no tiene necesidad de ser declarado nulo por los tribunales; b) toda persona puede invocar la nulidad; c) el acto no produce efecto alguno; d) la confirmación queda descartada; y, e) la prescripción, aún la de treinta años, no es aplicable (4). Pero, necesitamos identificar el acto nulo para su aplicación a la invalidez de los acuerdos de la asamblea y en ese sentido podemos decir que la ley declara nulo un acto cuando carece de requisitos esenciales, o cuando es contrario a una ley de orden público, sin que olvidemos que dentro de nuestro Código son nulos los actos imperfectos en que ese efecto está expresamente declarado.

La otra forma de invalidez de los negocios jurídicos es la anulabilidad, en que el negocio jurídico produce el efecto a que se rige, por cuanto contiene todos los requisitos esenciales para su validez; pero, en virtud de estar afecto alguno de sus elementos de un vicio, el negocio puede ser impugnado con la consecuencia de ser declarado nulo. Es necesaria la impugnación expresa, para que deje de producir efecto, que sólo puede ser ejercitada por la parte interesada a quien la ley la concede (C. C. art. 1126), siendo subsanable el vicio a que está afecto el acto, por prescripción o convalidación (5). La anulabilidad existe sólo cuando el legislador la ha declarado, y se refiere a la incapacidad relativa del agente y a los vicios del consentimiento (C. C. art. 1125).

Determinada en esta forma la invalidez general de los negocios jurídicos, hemos de estudiar su aplicación a la invalidez específica de los acuerdos de la asamblea general.

125.—*Estado de la legislación.*— Los primeros códigos no contemplaron la acción de invalidez de los acuerdos de la asamblea general (sirve de ejemplo nuestro C. de C. pero, surgió el problema de acuerdos atentatorios contra las disposiciones de la ley, la escritura social o los estatutos, a cuya solución la doctrina y la jurisprudencia sancionaron una forma de anulabilidad mediante la impugnación de los acuerdos ilegales, ejerciendo la acción únicamente los socios que no hubieran aprobado el acuerdo (sea que hubieran votado en contra, sea que se hubieran abstenido, sea que no hubieran asistido, sea que no hubieran hecho

(3) ENNECERUS, KIPP y WOLF. Tratado de Derecho Civil. Tomo I, vol II. pág. 354. Barcelona, 1934.
 (4) LEON BARANDIARAN, op. cit. pág. 191.
 (5) ENNECERUS, KIPP y WOLF, op. loc. cit.

representar), sistema vigente en Francia, hasta que se admite, te incapaz, objeto lícito o imposible; incumplimiento de forma; “por derogación a este principio, que los accionistas que han aprobado con su voto el acuerdo de una asamblea de ellos, pueden ulteriormente invocar la nulidad, si esta nulidad es de orden público” (6).

Este criterio de admitir únicamente la acción de anulabilidad, mediante la impugnación reservada a los socios ausentes o disidentes, se revela también en el C. de C. alemán, (derogado en lo referente a sociedades por acciones y comandita por acciones en 1937) que en sus parágrafos 271 a 273, establecían únicamente la nulidad relativa de los acuerdos imperfectos, debiendo el accionista disidente, para poder ejercitar la acción, haber hecho constar su oposición en el acta (disposición que la ley actual mantiene en su art. 198, I, 1.º). Siguen la misma tendencia el C. de C. argentino (art. 353), que establece también la acción de suspensión; la ley brasileña (art. 156) que estableciendo únicamente la acción de anulabilidad, la confunde con la anulación del voto, al establecer como causas de la acción el error, dolo, fraude o simulación; la ley mexicana (art. 201) que, conforme a la tendencia italiana preconizada por *Ferri*, establece la acción de oposición a los acuerdos de la asamblea general, por una minoría que represente el 33 por ciento del capital social, en contra de casi todo lo hasta ahora legislado y aceptado por la opinión predominante de la doctrina (7); y, el moderno C. de las O. suizo (art. 706) que establece la facultad de los accionistas, extendiéndola ya a los administradores —lo que tipifica la acción como distinta de la anulabilidad del derecho civil— para atacar cualquier acuerdo que viole la ley o los estatutos.

Por su parte, el derecho anglo-americano, en que la capacidad de una corporación (sociedad anónima) se halla limitada en la autorización para realizar determinados actos y está concedida en su carta de incorporación, distingue en acuerdos “in vires”, o “ultra vires”, siendo estos dos últimos esencialmente ilegales y no impugnables por ningún tercero, mientras que los primeros

(6) HOUPIN ET BOSVIEUX, op. cit. pág. 342.

(7) La ley alemana—art. 198, II—la establece también, pero únicamente para los casos de impugnación de acuerdos referentes a amortizaciones, rectificaciones y reservas que pasen de los límites fijados por la ley o por los estatutos, exigiendo una minoría que represente una vigésima parte del capital social.

lo son si infringieran disposiciones legales o estatutarias. (8)
(9).

La necesaria referencia que hemos hecho a la legislación comparada, nos demuestra la opinión casi unánime en consagrar únicamente la acción de anulabilidad por impugnación de los acuerdos de la asamblea general que fueran atentatorios a las normas de la ley, la escritura social o los estatutos.

126.—*Tendencia moderna.*— Las diferencias que se presentan entre la nulidad absoluta y la relativa, por más que la impugnación del acuerdo de la asamblea no sea la misma acción de anulabilidad, obligaban a contemplar la existencia de otra forma de invalidez que la mera impugnación. *Siburu, Vivante y Soprano*, estos últimos interpretando el art. 163 del C. de C. italiano derogado, determinan que para la invalidez de los acuerdos de la asamblea general se aplican íntegramente las mismas normas que para la invalidez de los negocios jurídicos. Aquí no nos interesa conocer como la norma del art. 163 del referido código podía, según el caso como se la interpretara, contener una forma de nulidad absoluta, pero señalamos ya la referencia a esta nulidad de los acuerdos de la asamblea general. El criterio para discriminar cuando un acuerdo era anulable y cuando nulo, fué examinado por *Vivante* caso por caso, sin señalar un criterio distintivo, mientras que *Soprano* (10) distingue entre vicios subjetivos (incapacidad y consentimiento) y objetivos (contenido y forma del acuerdo), lo que da por consecuencia la nulidad subjetiva (incapacidad y falta de consentimiento), la nulidad objetiva (causa ilícita o materia del acuerdo contrario a los estatutos o a la ley) y la nulidad de forma (falta de forma que excluye completamente la posibilidad del acuerdo); mientras que habrá anulabilidad cuando se violen normas dispositivas de la ley, normas estatutarias o hubieren vicios más leves. “La tesis de *Vivante* —dice *Donati* (11) no conduce a un propio y verdadero sistema y la de *Soprano*, al clasificar como casos de anulabilidad las violaciones de normas de la ley derogables por los estatutos, de normas estatutarias o de leves vicios de forma, olvida que los casos de anulabilidad son únicamente los establecidos por el legislador a causa de vicios subjetivos para tutela de

(8) DILLAVOU AND HOWARD, op. cit. pág. 310.

(9) CURTI, A. Manual de Derecho Mercantil Inglés. Madrid, 1931. Pág. 376.

(10) Op. cit. págs. 142 y sgs.

(11) Op. cit. pág. 82.

las personas a quienes afecte el vicio". En este sentido, los vicios subjetivos sólo pueden referirse a la voluntad del que emite el voto para formar el acuerdo, y no a éste mismo. Veremos más adelante que la nulidad de un voto, viciado por incapacidad o vicio de voluntad, no puede traer la nulidad del acuerdo, sino en cuanto haya servido para determinar la mayoría que lo adopta.

Por otro lado, como la acción de anulabilidad no alcanzaba a sancionar los acuerdos nulos de pleno derecho, la jurisprudencia, principalmente alemana y francesa, empezó a reconocerla, aplicando para el caso, en defecto de disposiciones legales, los principios del derecho civil sobre la nulidad absoluta y fijando la categoría de los acuerdos imperfectos materia esta clase de invalidez. Más, el acuerdo como expresión de una persona jurídica tiene características propias, que hace difícil establecer una distinción entre las causales de nulidad y de anulabilidad, a la vez que la forma de nulidad absoluta, contemplada por el derecho civil, somete a los actos realizados por las sociedades anónimas a una amenaza permanente, desde que no es prescriptible, perjudicial a la seguridad del comercio. Se deja sentir la necesidad de una regulación propia de la forma de invalidez absoluta de los acuerdos de la asamblea, necesidad que llenada primero por la jurisprudencia, es hoy materia de regulación en la nueva ley alemana sobre sociedades anónimas del año 1937, que en sus parágrafos 195 a 201, regula la nulidad e impugnación de los acuerdos de la asamblea general, introduciendo en el derecho de nulidades una profunda e importante modificación. Así mismo el C. C. italiano de 1942 sanciona las dos clases de invalidez, y salvando la infeliz redacción del art. 163 del C. de C. de 1883 —motivo de tantas y tan arduas interpretaciones—, establece, en su art. 2377, la impugnación de los acuerdos de la asamblea; en su art. 2378, la acción de suspensión; y en su art. 2379, la nulidad, que, limitada sólo a los casos de imposibilidad o ilicitud del objeto, se rige por las reglas comunes —arts. 1421 a 1423—. El C. de C. Colombiano, sin regular la acción de invalidez (art. 591) declara la nulidad de los acuerdos que versen sobre objetos "ajenos al contrato" o que excedan los límites que prescriben los estatutos.

Determinada la situación con que se presenta el problema de la invalidez de los acuerdos de las asambleas, hemos de fijar el carácter de las dos formas en que puede funcionar esa invalidez.

127.—*La nulidad.*— La nulidad de un acuerdo de la asamblea general es, en el fondo, la misma que la que incide sobre todo negocio jurídico (12) y en ese sentido, es nulo el acuerdo de la asamblea general cuando carece por completo de un elemento o requisito esencial, o cuando es contrario a una ley de orden público.

Enumerados ya los requisitos del acuerdo de la asamblea (13), han de considerarse esenciales, en cuanto al agente capaz; la personalidad jurídica y la existencia de la asamblea con competencia para deliberar y acordar sobre determinado asunto; en cuanto al objeto; que éste sea lícito y posible, y, que el acuerdo no viole disposición legal de carácter prohibitivo; en cuanto a la forma; que ella se cumpla si es requerida "ad substantiam", y, en cuanto al consentimiento: que se reúnan los requisitos necesarios para que pueda ser reputado como voluntad del ente, requisitos que inciden en su formación y declaración. Este tendría que ser el criterio para determinar la invalidez de un acuerdo de la asamblea en defecto de norma legal (caso de nuestro Código) y para ubicar dentro de ésta los diversos casos que pudieran dar lugar a la acción de nulidad.

La ley alemana (art. 195) ha seguido este criterio enumerando taxativamente los casos de nulidad absoluta, y así se refiere a la voluntad de la sociedad declarando nulo el acuerdo adoptado por una asamblea convocada por personas incompetentes, o si en los avisos no se indicó la razón social, el lugar o la fecha (inc. 1.º); o, si también, no se llevó el acta (inc. 2.º). Se refiere, en segundo lugar a imposibilidad o ilicitud del objeto (declarando nulo el acuerdo contrario a los caracteres esenciales del contrato o violatoria de disposiciones destinadas a proteger a los acreedores u otro interés público (inc. 3.º) o contrario a un acuerdo de aumento del capital bajo condición, (es decir, con derecho preferencial de los acreedores en la suscripción del capital); o, contrario a las buenas costumbres (inc. 4.º); o, cuando un acuerdo ha sido declarado nulo, al inscribirse en el registro de comercio, por ser contrario a las disposiciones imperativas de la ley o si la nulidad es exigida por el interés público (inc. 5.º; art. 144 de la ley de jurisdicción graciosa). Se refiere a la forma cuando declara nulo el acuerdo sobre reducción y aumento (art. 181, No.

(12) Ver. *supra* No. 124.

(13) Ver. *supra* No. 122.

II) o reducción con aumento (art. 189, II), del capital, sino se inscribe en el registro en el plazo de seis meses las dos primeras y de tres la última; o cuando declara nula la deliberación sobre aprobación de balances sino se hubiera nombrado revisores (art. 135, I).

En cambio, el C. de C. italiano (art. 2379) sólo admite la nulidad por imposibilidad o ilicitud del objeto materia del acuerdo de la asamblea, remitiéndola a las normas de la nulidad civil.

Sin embargo, como ya lo hemos dicho en otro lugar, los acuerdos de la asamblea reúnen características propias que los diferencian de los demás actos, y exigen no presentarse en situación de poder ser declarados nulos en cualquier momento, base de la seguridad de todo el comercio, por la misma acción de nulidad en materia de acuerdos parece diferenciarse de la nulidad civil. En efecto, ésta no puede ser convalidada ni por el transcurso del tiempo ni por acto posterior, lo que operando en el campo del derecho mercantil sometería a los acuerdos de asamblea general a una incertidumbre permanente con grave riesgo del desarrollo de la misma empresa. Así lo ha entendido la ley alemana (art. 196) al establecer en los casos de nulidad por incompetencia de los órganos que convocan, defecto en el mismo aviso de convocatoria, inexistencia del acta o acuerdos atentatorios contra las buenas costumbres, ella no puede ser invocada después de la inscripción en el Registro de Comercio (inc. I); que en los casos de nulidad por acuerdos contrarios a los caracteres esenciales de la sociedad o violatorios de disposiciones dictadas en garantías de terceros u otro interés público, ella tampoco puede ser invocada después de tres años de inscrito el acuerdo (inc. II). En esta forma la única nulidad no susceptible de ser subsanada es la que consigna el inciso V del referido artículo, o sea aquellos acuerdos que siendo violatorios de reglas imperativas de la ley, o en que el interés público así lo exige, pueden ser declarados de oficio nulos. Dice *Baudouin—Bugnet* (14) “el sistema del parágrafo 196 tiene la ventaja de poner a la sociedad al abrigo de demandas de nulidad intentadas después de años, muchas veces por motivos fútiles o de “chantage”. De otra parte, el Tribunal guarda la libertad de anular de oficio los acuerdos que él considere contrarios al orden y al interés público”.

(14) *Les sociétés par actions en Allemagne. Loi du 30 janvier 1937. Paris, 1939. Pág. 289.*

128.—*Anulabilidad e impugnación.*— Sobre la base del art. 271 del C. de C. alemán derogado que sancionaba la impugnación del acuerdo de la asamblea, y del art. 163 del C. de C. italiano de 1883, se ha establecido que la impugnación en materia de acuerdos de la asamblea es diferente a la anulabilidad del derecho civil. Así Moss (15) interpretando la moderna doctrina italiana (16), dice al respecto: “el resultado práctico a que se llega en todas partes es no aplicar estrictamente las reglas de los contratos o negocios jurídicos al acuerdo de la asamblea pero si disciplinarla con reglas más adecuadas para reconocer la voluntad social como válida y exenta de defectos individuales”.

En efecto, si bien es cierto que las dos acciones son paralelas, o mejor, si se quiere similares, pues mientras que en la anulabilidad se defiende el interés de aquél con respecto a quien se verifica el vicio, en la impugnación se defiende el interés de la sociedad; no es posible dejar de tener en cuenta que en la impugnación no se sanciona un vicio, como en la anulabilidad, sino que falta en el negocio un requisito necesario para su plena validez; que en los acuerdos de la asamblea susceptibles de impugnación no pueden darse la incapacidad relativa del agente ni los llamados vicios de voluntad que sanciona la acción de la anulabilidad (C. C., art. 1125), pues la voluntad de la sociedad es producto de una formación jurídica y no de una elaboración psicológica. Fuerza es ver que si ambas son similares, una se refiere a la sanción de la voluntad individual, la otra a la sanción y regulación de la voluntad colectiva. En ese sentido cabe que el socio pueda ejercitar la acción de anulabilidad con referencia a la nulidad del voto que emitió en la asamblea, pero declarada la nulidad de él no ha de acarrear necesariamente la nulidad del acuerdo de la asamblea, sino únicamente, en forma subsidiaria, cuando ese voto haya servido para constituir el quorum exigido para la deliberación o la mayoría que forme el acuerdo. Pero, también en este caso habrá que ejercer la acción de impugnación, desde que la falta de uno de esos requisitos no constituye una nulidad de pleno derecho.

Separamos así la acción de anulabilidad de la acción de impugnación, considerando a ésta como “*sui generis*”. Ahora, veamos su naturaleza.

(15) Citado por MASI, A. Las acciones individuales del socio que autoriza el artículo 353 del C. de C. (argentino). LA LEY, T. 25, 1942. Buenos Aires.

(16) DONATI, op. cit. pág. 83.

Refiriéndose la nulidad e impugnación de los acuerdos de la asamblea general a falta de requisitos en la formación del acuerdo, tendremos que diferenciar primero ambas acciones, diferencia que dificulta la referencia de ambas a los mismos elementos y el carácter propio del acuerdo de la asamblea. No es posible recurrir en este sentido a las normas del derecho civil, y queda entonces como criterio de diferenciación, prescindiendo de criterios de distinción sobre el carácter coactivo o dispositivo de las normas, la solución negativa "son impugnables todas aquellos acuerdos contrarios a la escritura constitutiva, a los estatutos o a la ley, que no sean nulos o que, por otro lado, no sean válidos a pesar de la violación" (17). La solución antedicha, acogida por la doctrina italiana sobre la base del art. 163 del C. de C. de 1883; por la alemana con referencia al art. 271 del C. de C. derogado; y, que han consignado las últimas legislaciones: ley mexicana, (art. 201, inc. 3.º); ley brasileña (art. 156), C. de las O. suizo, (art. 706), es también la de la ley alemana (art. 197, I) y el C. C. italiano (art. 2377), que son los dos cuerpos de leyes que legislan sobre nulidad en materia de acuerdos de las asambleas generales.

Consagrada la tesis de que la acción de impugnación pueden hacerla valer también los administradores (18), y los miembros del consejo de vigilancia (19), no puede mantenerse la consideración de su carácter personal, con referencia a la anulabilidad, como la acción ejercitable sólo por aquél respecto del cual se verifica el vicio; y, pueden, en cambio, sostenerse con *Donati* (20), "que el legislador ha atribuido al socio el derecho y la acción de impugnación *"exclusivamente"* para la tutela del ordenamiento jurídico de la sociedad, de cuya base corporativa es este un elemento.

129.—*Casos.*— a) *Inexistencia y capacidad.*— 1) Cuando no existiere la persona jurídica es evidente que cualquier acto de una supuesta asamblea ha de ser nulo. 2) En cuanto se refiere a la capacidad, nuestro C. C. (art. 43) establece que las personas

(17) DONATI, op. cit. pág. 140.

(18) C. de las O. suizo, art. 706; ley alemana, art. 198, I, 4.º; C. C. italiano, art. 2377.

(19) Ley alemana y C. C. italiano, art. cit. supra nota 18.

(20) Op. cit. pág. 112.

jurídicas pueden adquirir los derechos y contraer las obligaciones que no son inherentes a la condición natural del hombre. Desde este punto de vista, el acuerdo no sería nulo si no en el caso de que se refiriese a aquellas relaciones de la persona física (21). No sucede lo mismo en el derecho anglo-americano, en que la corporación (sociedad anónima) sólo puede realizar aquellos actos que le autoriza su carta de constitución ("in vires") (22) (23), y en el francés, por el principio de especialidad que "implica el que las personas morales no reciban derechos y no celebren actos sino de acuerdo con su objeto" (24).

b) *Competencia*.— Con relación a la competencia son nulos aquellos acuerdos de la asamblea que entrañen un poder de disposición que la sociedad ni la asamblea como su voluntad, puede tener. Esos casos son: 1) alteración o modificación de los derechos de terceros o de los socios como terceros, salvo, por supuesto, la renuncia de estos ya que se trata de un derecho a sólo ellos concedido y que pueden disponer libremente. 2) Igualmente son nulos los acuerdos de la asamblea que se refieren a los límites fijados a su competencia por los derechos inderogables de cada socio (25), independientemente de que sean o no renunciabiles. Todos estos acuerdos tienen objeto imposible lo que fundamenta la nulidad.

c) *Convocatoria*.— En cuanto a la nulidad por razón de la convocación debe ser declarada cuando por razón de ella, la asamblea no es meramente irregular, sino que puede considerársela como inexistente. Este supuesto se da, además de los dos casos contemplados por la ley alemana, esto es, 1) incompetencia del que convoca (26) y 2) falta en el aviso de un número de requisitos mínimos (razón social, indicación del lugar y tiempo, calidad de la asamblea) que hagan imposible la asistencia de los socios a la reunión (27); 3) cuando al aviso de convocación le faltaran los requisitos de forma, especialmente la publicación (28), y, especialmente, 4) cuando el aviso de convocación fuera inexis-

(21) Ver supra No. 112, (a).

(22) DILLAVOU AND HOWARD, op. cit. pág. 310.

(23) CURTI, op. cit. pág. 376.

(24) PLANIOL y RIPERT, Tratado. Tomo I. pág. 77.

(25) Ver supra No. 64 a 68.

(26) Ver supra No. 71: capacidad para convocar.

(27) Ver supra No. 75: contenido del aviso de convocación.

(28) Ver supra No. 74: forma del aviso de convocación.

tente, salvo el caso de la asamblea sin convocatoria en que se hallan reunidos todos los accionistas (29), en cuyo caso, pese a la violación de la norma si la ley o los estatutos no contemplaran el caso, el acuerdo es válido, porque se ha defendido todos los intereses que la ley trataba de proteger mediante la regulación de las condiciones previas a la deliberación.

d) *Reunión*.— Con referencia a la reunión un acuerdo será nulo cuando la asamblea pueda reputarse como no reunida, por falta de requisitos esenciales a ese fin. Se dan estos casos por 1) falta de quorum (no sería asamblea la reunión de un número menor que el fijado por la ley o por estatutos para reputar a los acuerdos como voluntad social, y no sería más de una simple reunión de los socios 2) cuando se excluyeron socios sin razón justificada (31) o cuando intervinieron personas extrañas para formar el quorum o la mayoría; 3) cuando la mayoría fuera aparente por posterior nulidad de los votos emitidos en ella (atribución a quien corresponda) (33), no legitimación; (34) conflicto de intereses; (35) 4) cuando el acuerdo fuera declarado en diversa forma al que aprobó la mayoría, pues en este caso no existe, desde que no han intervenido en su formación los requisitos necesarios para su validez; (36) y 5) cuando faltaran los requisitos de forma en la declaración del acuerdo, como son la transcripción en el acta del proceso de su formación o la escritura pública, cuando ella fuera exigida (37).

e) *Objeto* 1) Son nulos los acuerdos que versen sobre un objeto imposible física y jurídicamente, y que sean ilícitos, “esto es, contrarios a la ley imperativa prohibitiva establecida en interés general o en consideración a las buenas costumbres o contrarios a normas prohibitivas de la ley dictadas en interés general o de terceros, particularmente para la disciplina de las sociedades anónimas” (38).

2) Por ilicitud del objeto deben sancionarse también como causa de nulidad los acuerdos que alteren el objeto esencial de la

(29) Ver supra No. 74, in fine.

(30) Ver supra No. 108: quorum de la reunión.

(31) Ver supra No. 110: exclusión de socios.

(32) Ver supra Nos. 80 y sgs.: derecho de intervención en las asambleas.

(33) Ver supra Nos. 85 y sgs.: atribución del derecho del voto.

(34) Ver supra No. 81: legitimación del derecho de intervención.

(35) Ver supra Nos. 97: limitaciones al derecho de voto.

(36) Ver supra No. 112: resoluciones.

(37) Ver supra Nos. 114 y 127: el acta y la acción de nulidad.

(38) DONATI, op. cit. pág. 260.

sociedad o sean contrarios a las buenas costumbres. Estos principios establecidos por la ley alemana para la nulidad de los acuerdos (art. 195), habían sido ya admitidos por la jurisprudencia y la doctrina declarando nulos los acuerdos cuando atenten contra el objeto social, o cualquier regulación de orden público.

130.—*Caracteres de la acción.*—1) Como toda nulidad absoluta no se requiere pronunciamiento judicial que declare que el acuerdo es nulo. El acuerdo no produce ninguno de sus efectos, ni siquiera provisionalmente. De ello también deriva que puede ser alegada hasta de oficio. 2) En principio la acción de nulidad no puede ser convalidada ni ser subsanable por prescripción o confirmación. Sin embargo, y como ya lo hemos hecho notar, el acuerdo de la asamblea general tiene características propias que limitan esta regla general de toda nulidad, y en ese sentido puede decirse que un "nuevo" acuerdo puede ser adoptado, con prescindencia del vicio del anterior, a fin de llenar los mismos fines que perseguía el primero. Pero esto no da razón para considerar a la asamblea que adopta este nuevo acuerdo como que se reúne a fin de "cubrir" o "subsanan" el acuerdo inválido, pues el acuerdo que tome ha de ser siempre uno nuevo, no relacionado en nada con el primero ineficaz (39).

Por otro lado, la seguridad que las operaciones comerciales exigen, obliga a sostener que no es posible considerar la nulidad en materia de acuerdos de la asamblea, en la misma extensión que los demás actos jurídicos, y manteniendo sus caracteres esenciales en cuanto se refiere a la ninguna eficacia del acto nulo, debe establecerse la posibilidad de la subsanación por prescripción o inscripción en el Registro para los acuerdos cuya naturaleza así lo puede permitir. Este es el criterio que ha seguido la ley alemana en su art. 196.

3) La nulidad de los acuerdos puede ser invocada por cualquier persona interesada inclusive el Ministerio Público (debe entenderse también para el funcionamiento del Registro o los funcionarios de la entidad fiscalizadora de sociedad anónima si la hubiera) y en cualquier forma (por vía de acción, por vía de excepción, dentro y fuera de un proceso y en cualquier ocasión).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad representada por sus administradores, y si éstos interpusieran la acción por la persona que designe el juez (40).

(39) HOUPIN ET BOSVIEUX, op. cit. pág. 345, nota. 3.

(40) Ver infra No. 132, 6.

131.—*Casos.*— Hemos determinado que los casos de impugnación se refieren a los acuerdos violatorios de las normas estatutarias o legales, que sin ser válidos ni nulos, poseen todos “los requisitos esenciales, pero uno, o algunos de ellos o todos están viciados, o bien cuando en su contenido pugnan con una norma imperativa prohibitiva de la ley, dictada en interés particular, o con una norma imperativa prohibitiva de la escritura constitutiva o de los estatutos” (41). Pero la determinación de esos requisitos esenciales no es siempre fácil y sobre todo precisa, además que es necesario distinguir la impugnación de la nulidad cuando ambas inciden sobre la misma calidad de requisitos, por lo que hemos de tratar de analizar los casos en que se da la acción de impugnación.

a) *Competencia.*— Dentro de la esfera de poder en que se distribuyen las funciones de la sociedad anónima, la asamblea de desarrollar su actividad en su propio campo (42) 1) El ejercicio de poderes y atribuciones distintas implica una violación de las normas legales o estatutarias que determinen esos poderes, dando lugar a la impugnación. No puede acarrear nulidad desde que los demás poderes de la sociedad sólo existen por un fin práctico, facilitar el desarrollo y desenvolvimiento de las operaciones sociales y que garantiza a terceros y accionistas minoritarios, pero permaneciendo siempre la asamblea como la expresión única de la voluntad social.

2) Por otro lado, “la doctrina y la jurisprudencia de muchos países admiten la impugnación, cuando la mayoría, sin violar una disposición especial perjudique a la minoría por intereses particulares extrasociales, justificando este resultado “las opiniones culturales predominantes” (que en definitiva determinan el carácter del derecho) que en esos países no toleran hoy en día el sacrificio de la minoría por intereses particulares de la mayoría fuera de las finalidades de la sociedad”. (43). En este sentido cabe mencionar la norma contenida en el inciso 3.º del párrafo 195 de la ley alemana, que declara la nulidad de los acuerdos contrarios a los fines esenciales de la sociedad o violatorios de normas dictadas en garantía de terceros y otro interés público. Sin embargo, no creemos que puedan regular los casos que violan intereses de la minoría dentro de la acción de nulidad, pues ésta

(41) DONATI, op. cit. pág. 150.

(42) Ver supra No. 60: División de la esfera de atribuciones en la anónima.

(43) GOLDSCHMIDT, op. cit. en Jurisprudencia Argentina.

exige una enumeración taxativa, que no permite que pueda ejercerse la acción sin freno alguno. Al mismo tiempo, esas causales deben estar perfectamente determinadas, sin que una declaración vaga pueda comprender infinitos casos que sólo el juez podría decidir si están o no comprendidos en la nulidad. Por otro lado, ¿quién, si no es el mismo accionista, puede determinar mejor cuando un acuerdo atenta contra sus intereses?, y el no ejercicio de la acción implica la conformidad con el acuerdo.

b) *Convocatoria*.— En relación a la convocación los acuerdos de la asamblea deben reputarse impugnables, cuando existiendo la convocatoria sufre ella de un vicio, y así 1) será el caso del no cumplimiento de los términos fijados para la publicación y entre ésta y la misma reunión (44); 2) será el caso que cumplidas las formalidades requeridas no lo fueran en perfecta conformidad con las normas que las establecen (45); 3) será el caso de convocación en el lugar distinto al señalado por los estatutos o por la ley (en este caso de la no indicación de lugar hay nulidad) (47) 4) será el caso del no cumplimiento de la indicación de tiempo que consta en el aviso de convocatoria (48); 5) será el caso de violación de los requisitos del aviso de segunda convocatoria (49); y 6) será el caso de que en el aviso de convocatoria faltara la orden del día, es decir, la indicación de las materias a tratarse (50); pese a la doctrina contraria de *Vivante y Navarrini* que *Donati* combate, y que es el criterio que ha seguido la ley alemana al no consignar dentro de las causales de nulidad por vicio en la convocatoria, más que las enumeradas en el inc. 1.º del art. 195 (51).

c) *Reunión*.— En cuanto se refiere a la impugnación del acuerdo por vicios en la reunión, además de los vicios de convocación que la hacen inválida, debe considerarse como susceptible de ser impugnada cuando existiendo legalmente con todos sus requisitos alguno de estos padezca de vicio que convierta a la reunión en irregular. La reunión es así irregular 1) cuando faltara la lista de los asistentes y no se hubiera computado el quorum

(44) Ver supra Nos. 72 y 73: términos para la convocación.

(45) Ver supra No. 74: forma del aviso de convocación. (2.º y 3er. párrafo).

(46) Ver supra No. 75, b.: contenido del aviso de convocación.

(47) Ver supra No. 129, c. 2: nulidad por defecto en la convocatoria.

(48) Ver supra No. 75, c.: la indicación de lugar en el aviso de convocación.

(49) Ver supra Nos. 79 y 109: la segunda convocación.

(50) Ver supra No. 76: la orden del día.

(51) Ver supra No. 129, c. 1 y 2: nulidad por inexistencia e incapacidad.

y la mayoría (52); 2) cuando no se hubiera designado la mesa directiva de la asamblea en conformidad con lo dispuesto en los estatutos (53), 3) cuando se tratara de otras materias además de las contenidas en la orden del día (54; 4) cuando no se cumplieran las prescripciones estatutarias sobre la deliberación (55); 5) cuando la declaración del acuerdo no guardara relación con el formulado, en sus requisitos exteriores (56); 6) cuando no se hubiera accedido a la solicitud de la minoría para el reenvío a la asamblea o cuando no se tomó en cuenta la oposición al nombramiento de revisores (57); 7) cuando no se hubieran cumplido con los requisitos en la formación del acta que no firmaron los accionistas, no se dejó constancia en el aviso de convocación, no se anotaron las oposiciones formuladas, etc. (58); 8) cuando la mayoría fuera aparente por posterior anulación de los votos emitidos (casos de incapacidad relativa y vicios de la voluntad: error, dolo, violencia, falsa causa; C. C. art. 1079 a 1093), pues el acuerdo se mantiene eficaz mientras no se declare la anulabilidad de los votos que contribuyeron a formarlo, y, ya hemos visto que, la nulidad de esos votos significa también la nulidad del acuerdo (59), 9) cuando se rehusaran al socio los elementos de información que la ley o los estatutos prescriben, especialmente en cuanto se refiere a balances y cuentas (60).

Hemos procurado así determinar los posibles casos de impugnación; pero, es necesario declarar que no pretendemos que la enumeración realizada, sobre todo con objeto de diferenciar nulidad e impugnación, pueda alcanzar a todos los casos en que los acuerdos de la asamblea son imperfectos y susceptibles de una de esas dos formas de invalidez.

132.—*Caracteres de la acción.*— 1) *Eficacia provisional.*— El acuerdo de la asamblea general susceptible de impugnación, como los actos afectados de anulabilidad, es perfectamente eficaz mientras no se declare nulo. Esta eficacia alcanza a todos, socios, administradores y miembros del consejo de vigilancia, y debe en-

(52) Ver supra Nos. 106 y 107: medidas preparatorias y presidencia de la asamblea.

(53) Ver supra No. 107: apertura de la reunión.

(54) Ver supra Nos. 76 y 131, b, 6.: la orden del día.

(55) Ver supra No. 111: la deliberación.

(56) Ver supra No. 111: la deliberación.

(57) Ver supra No. 113, a y, c.: reenvío y oposición al nombramiento de revisores.

(58) Ver supra No. 114 y 115: el acta de la reunión.

(59) Ver supra No. 129, d, 3: mayoría aparente.

(60) Ver supra No. 111: la deliberación.

tenderse que si el acuerdo fuera la aceptación de una oferta de tercero, éste no podría alegar el vicio del acuerdo, mientras no sea declarada la nulidad, a fin de retirarla, pues la oferta sería siempre obligatoria (C. C. art. 1330: "contrario sensu"); y por su parte la sociedad no puede alegar el vicio del acuerdo, si ella hubiera hecho la oferta que el tercero quiere hacer valer.

La sentencia que declara nulo el acuerdo impugnado opera, también como en la anulabilidad, "ex tunc", esto es, desde el momento en que se produjo el acuerdo a que aquella se refiere.

El acuerdo materia de impugnación adquiere una eficacia definitiva por el rechazo de la acción. Se torna también el acuerdo eficaz definitivamente cuando se emitió ejercer la acción dentro del plazo de prescripción, y cuando fuera renunciada con posterioridad a la aparición del vicio. El acuerdo que adquiere eficacia definitiva es idóneo para producir efectos nuevos y declarar válidos los que ya hubiera producido (61).

2) *Carácter social*.— Hemos ya determinado que la acción de impugnación no se concede en defensa de los intereses de cada socio, sino en el del ordenamiento jurídico de la sociedad, y en tal carácter es inderogable, lo que da por consecuencia que la acción no sea transferible independientemente de la calidad de socio, y no puede ser renunciada preventivamente por el accionista, el cual no puede disponerla, ni ser materia de transacción con la sociedad, la que tampoco podrá establecer en sus estatutos que la tan frecuente cláusula de someter las diferencias entre ella y los socios, a árbitros (criterio seguido por el C. de C. de 1853) alcance a la acción de impugnación. Sin embargo, la acción facultativa, lo que se desprende del mismo carácter del acuerdo susceptible de ser impugnado que es eficaz mientras no se haga valer la acción, y en tal sentido puede ser renunciada con posterioridad a la producción del acuerdo ineficaz, aunque la simple omisión de ejercitar la acción hasta lograr el mismo resultado.

3) *Convalidable*.— El acuerdo imperfecto susceptible de impugnación puede ser convalidado por una nueva asamblea, que se reúna al efecto de subsanar el vicio que afectaba el primitivo acuerdo. Al contrario del acuerdo susceptible de nulidad, la nueva asamblea no toma decisión distinta adoptando un acuerdo completamente válido, sino que perfecciona el anterior que surtirá sus efectos desde que fué adoptado por primera vez, sin que se hu-

(61) DONATI, op. cit. pág. 273.

biera hecho valer, en el interregno entre una y otra asamblea, la correspondiente acción de impugnación.

4) *Prescriptible*.— La acción de impugnación, como la de anulabilidad, prescribe por el transcurso del tiempo. Más, ¿cuál será este tiempo?. Por su similitud con la acción de anulabilidad algunas legislaciones consignan el plazo propio de éstas, esto es, por regla general, dos años (C. C. II 68, 3.º), y en este sentido se ha pronunciado la ley brasileña (art. 156); aunque, como ya lo hemos señalado, esta ley consigna en el mismo dispositivo la acción de impugnación por violación de las normas de la ley o de los estatutos y la de la anulabilidad por las emisiones individuales del voto, viciado por las causas propias de esa acción, como son los vicios de voluntad. Pero, agregando a la propia seguridad y firmeza de todo negocio jurídico, motivo del corto plazo de prescripción, la definitiva eficacia que deben tener los negocios comerciales y la consideración de que los acuerdos susceptibles de anulación obstaculizan la buena marcha de la anónima, la doctrina se muestra de acuerdo en reducir el plazo de la prescripción de la acción de anulabilidad a uno mucho más corto todavía en cuanto se refiere a la acción de impugnación. La tendencia doctrinaria se ha visto consagrada en la legislación, y, así: la ley mexicana (art. 201) establece que la demanda debe interponerse a los 15 días de clausurada la asamblea; la ley alemana (art. 199, 1) determina que la demanda debe entablarse dentro del mes que sigue el acuerdo; el C. de las O. suizo (art. 706) consigna que la acción se extingue si no es interpuesta a más tardar a los dos meses que sigue a la asamblea general; el C. C. italiano (art. 2377) fija en tres meses el plazo dentro del cual debe ser interpuesta la acción, a partir de la adopción del acuerdo.

5) *Personas*.—(a) En primer lugar corresponde el ejercicio de la acción a todo socio, siempre que esté investido de la calidad de tal. En este sentido debe tenerse presente las normas establecidas en la atribución del voto en lo que se refiere a la diversa situación jurídica en que se encuentran las acciones, y así la acción debe ser ejercida por el representante común en las acciones, en comunidad; por el usufructuario de las acciones dadas en usufructo, por el propietario en las acciones en prenda o embargadas; por el mismo propietario en las acciones en depósito o préstamo (los bancos depositarios no la pueden ejercer en nuestro concepto); y, por el que aparezca como titular en las acciones

materia de operaciones de bolsa. Debe ser ejercida por el que aparece legitimado como titular en la lista de accionistas si las acciones fueran nominativas, o que presente una acción si ellas fueran al portador.

Pero por lo que se refiere a los diversos titulares de derecho de goce o participantes en los beneficios de la sociedad, creemos que también pueden ejercerla, a pesar de que su título no les otorga la calidad de socio, en consideración a que si la acción de impugnación defiende el ordenamiento jurídico de la sociedad, las violaciones de las normas establecidas en cuanto reglan los derechos de esas personas, importan el desconocimiento de dicho ordenamiento, además de ser el único medio de defensa contra los acuerdos que conculcan sus legítimos intereses, establecidos por normas estatutarias o legales, cuya violación es sancionada mediante la referida acción de impugnación. Así pueden ejercer la acción de impugnación, los propietarios de partes del fundador, acciones de industria, acciones sin derecho de voto y bonos o acciones de goce.

Se discute si la acción puede interponerse por cualquier accionista, o si solamente por aquéllos que no hubieran votado a favor del acuerdo. La mayor parte de la doctrina italiana sostenía, sobre la base del art. 163 del C. de C. de 1883, que quedaban excluidos del ejercicio de la acción aquellos que hubieran votado a su favor. *Vivante, Vighi, Navarrini*, etc. Pero, el C. C. de 1942 no permite esa interpretación al establecer que se ejerza por los socios con "derecho de voto limitado", cuyo significado no alcanzamos. La ley alemana (art. 198) ha adoptado el sistema referido, al consignar que la acción de impugnación debe ser ejercida por aquellos que hicieron constar su oposición en el acta de la sesión si estuvieron presentes, y se torna más rígida cuando establece que los ausentes sólo podrán ejercerla cuando no hubieran sido admitidos a la reunión teniendo derecho o la asamblea no hubiera sido convocada o no se hubiera anunciado su objeto con regularidad, estableciendo así una sanción a los que no concurren, presumiendo, en nuestro concepto, la falta de interés del accionista en la marcha de la sociedad; admitiendo el ejercicio de la acción por todo accionista únicamente en el caso de que el ejercicio de voto por un accionista de mala fé hubiera procurado a él o a otro un beneficio personal, extraño a la sociedad.

Pero, dice *Donati* (62), "al socio le pretenese solamente el voto, y no el acuerdo que es un acto de la sociedad; por último, en el voto conforme no puede verse una renuncia a la impugnación, porque, prescindiendo del hecho de que el voto ha sido emitido en la ignorancia del vicio, la renuncia al ejercicio de la acción de impugnación, siendo ésta irrenunciable en vía preventiva, puede ocurrir solo después del vicio que la origina, mientras que en el momento de la votación, no habiendo surgido todavía el acuerdo, no existe aún el vicio". Esta solución queda afirmada por el carácter que hemos atribuido a la acción de impugnación, como aquella que se ejerce en interés social, en defensa del ordenamiento jurídico de la sociedad, y no en el interés de cada socio, y podrán así ejercer la acción de impugnación todos los accionistas de la sociedad, independientemente que hayan adquirido su calidad de tales con posterioridad al acuerdo materia de la acción de impugnación.

La legitimación de la calidad de socio para el ejercicio de la acción se hace por la presentación de una sola acción, y en este sentido se ha pronunciado expresamente el C. C. italiano (art. 2378).

b) Los administradores y miembros del consejo de vigilancia también tienen, en nuestro concepto, la facultad de ejercer la acción de impugnación. Sin embargo, se sostiene (63) que siendo los administradores órganos, entendidos en el sentido de función, no puede proceder en vía contenciosa contra la persona jurídica de que forma parte (teoría organista); (64). Esta cuestión de ninguna importancia cuando los administradores debían ser nominados entre los accionistas o si no lo eran, adquirirían su condición de tales al prestar garantía por su gestión con acciones de la sociedad, deviene hoy diferente con la nueva evolución de las sociedades anónimas, que exigen, para la buena marcha de la empresa, una administración en manos de técnicos, que pueden no ser accionistas, autorizándose al efecto la caución en otra forma que con acciones de la sociedad (C. C. italiano, art. 2387: títulos emitidos y garantizados por el Estado). Prescindiendo de que consideramos a los administradores en relación de representación con la sociedad y no como formando una parte de ella (65),

(62) Op. cit. pág. 291.

(63) DONATI, op. cit. pág. 288.

(64) Ver supra No. 53.

(65) Ver supra No. 54.

los administradores ejercen sus funciones en el interés de la sociedad, y no es posible que mantengan un acuerdo que en cualquier momento devenga inválido. Y constituyendo la acción de impugnación como el mismo *Donati* lo sostiene (66) un derecho de administración y "precisamente derecho de control de la observancia del ordenamiento jurídico de la sociedad por parte de sus órganos", deben ser los primeros, que en el interés de una buena administración y por la seguridad y eficacia de las operaciones que realizan, puedan ejercer la referida acción. Así lo han consagrado las últimas legislaciones. (67).

6) *Sujeto pasivo de la acción.*— La acción se ejerce contra la sociedad, la cual ha expresado su voluntad mediante el acuerdo de la asamblea, representada por sus administradores (C. P. C. art. 3.^o), y no está encaminada contra estos individualmente ni contra el consejo de vigilancia, ni contra los socios que hayan formulado el acuerdo. Si fueran los administradores los que intentaran la acción puede el juez designar un representante de la sociedad (C. de las O. suizo, art. 706), nominación que en nuestro concepto debe recaer en el accionista que ejerció la Presidencia de la asamblea que adoptó el acuerdo impugnado, salvo oposición de una minoría de accionistas que se puede fijar en el 10%, debiendo en este caso nombrar a un accionista con un carácter inapelable.

7) *Causa de la acción.*— La acción de impugnabilidad nace y encuentra su razón en el momento en que la asamblea adopta un acuerdo que, presentando un vicio, es susceptible de devenir inválido. No interesa a la acción en que el acuerdo pueda ser ventajoso para la sociedad, que perjudique a uno o más accionistas, que se haya cumplido, etc.

8) *Garantía.*— Es evidente el derecho que tiene la sociedad de exigir, y el juez de determinar, que el accionista demandado garantice la eventual posibilidad de daños y perjuicios que pudieran resultar para la sociedad por una demanda mal fundada. La misma defensa del ordenamiento jurídico de la sociedad y el interés social exigen que no sean perturbados por accionistas maliciosos u obstruccionistas. La regla ha sido consignada por la ley alemana (art. 199, 4.^o y 200, 2.^o) y el C. C. italiano (art. 2378).

(66) Op. cit. pág. 278.

(67) C. C. italiano, art. 2377; C. de las O. suizo, art. 706, sólo para los administradores; ley alemana, art. 198, IV y V, limitándola para los miembros del consejo de vigilancia para los casos en que la ejecución del acuerdo comprometa su responsabilidad.

133.—*Ausencia de normas en el C. de C. y aplicación de las normas del C. C.*—Nuestro Código de Comercio, no contiene disposición alguna sobre la invalidez de los acuerdos adoptados por la asamblea. Sin embargo, como no puede sostenerse que cualquier acuerdo que adopte la asamblea pueda ser eficaz, con prescindencia de los vicios que presente, en materia de acuerdos de las asambleas deben regir las disposiciones de la ley civil. El art. 1125 del Código Civil contempla la anulabilidad de los negocios jurídicos en el que haya intervenido agente con incapacidad relativa o que estén viciados por error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude. Hemos señalado que el acuerdo no puede padecer de alguno de estos vicios, sino solamente el voto emitido, y por razón directa con la persona que lo ejerce. En este caso la acción de anulabilidad sólo podría presentarse para la declaración de nulidad de voto que contribuyó a la formación del acuerdo, y subsidiariamente, declarada esa nulidad, podría impugnarse el acuerdo, si el voto contribuyó a formar la mayoría que lo adoptó.

Pero, ¿con qué acción ha de pedirse esa nulidad y cuál ha de ser también la acción en los casos de nulidad absoluta?. La solución no puede ser otra que la acción de nulidad consignada en el art. 1123 del Código Civil.

El Código enumera los casos de nulidad absoluta. “Por lo mismo—dice *León Barandiarán* (68)— que se trata de una enumeración, ella es restrictiva, a que como advierte el Código argentino (art. 1037), no se puede declarar otras nulidades que las decretadas por la ley”. Ahora bien, que casos pueden comprenderse en el art. 1123 del C. C. Evidentemente que en lo que se refiere al inciso primero, la persona jurídica una vez inscrita en el registro (art. 42) adquiere la plena capacidad para todos aquellos actos que no refieren a la condición natural de hombre (art. 43). Bajo este inciso sólo serían nulos los acuerdos que pudieran referirse a esa condición natural, caso bastante hipotético por cierto.

Dentro del segundo inciso habría que comprender los acuerdos cuyo objeto fuera ilícito o imposible jurídica y físicamente, es decir, “no referirse a la moral, buenas costumbres, orden público, ni ser, repudiado por el derecho”.

(68) Op. cit. pág. 185.

En lo que respecta al tercer inciso, sólo podría pedirse la nulidad de los acuerdos que infringieran las disposiciones contenidas en el segundo párrafo del art. 175 del C. de C., que establece que para las asambleas en que debe discutirse el aumento o reducción del capital, la convocatoria debe indicar que en esa junta se votarían y discutirían esos asuntos.

Y en lo que se refiere al cuarto inciso la ley no establece ningún caso de nulidad de los acuerdos de la asamblea general.

Cabe entonces preguntar ¿en qué situación quedan los demás acuerdos imperfectos por falta de un requisito esencial (nulidad absoluta) o porque uno de esos requisitos padezca de vicio (nulidad relativa)? La nulidad del art. 1123 debe extenderse a todos los casos, interpretando, quizá forzadamente, que los requisitos que exige la ley en la constitución de las sociedades anónimas (C. de C. art. 159, prfs. 9, 10, y 11 para asambleas), son de orden público, y un acuerdo que infringiera las normas establecidas como consecuencia de la exigencia de la ley, quedaría comprendido dentro de la causal del inciso 2.º del art. 1123. En efecto, refiriéndose a la ilicitud del objeto dice *León Barandiarán* (69) "de aquí que en esto vá implícito que el objeto no puede consistir en nada que la ley prohíba".

Así la violación de normas estatutarias, ya que legales no existen, daría lugar a la acción de nulidad, como único medio de defender el ordenamiento jurídico de la sociedad. Bien se comprende que esta solución es peligrosa en demasía, pues los acuerdos de la asamblea no podrían considerarse jamás definitivos, desde que la prescripción de la acción de nulidad está fijada por el C. C. en treinta años (art. 1669). El remedio es tan desastroso como la enfermedad. Y no puede aplicarse la disposición del art. 958 del C. de C., que establece que las acciones que asisten al socio contra la sociedad, ó viceversa, prescribirán por tres años, pues el mismo artículo determina que ese plazo se cuenta a partir de la exclusión del socio o de la disolución de la sociedad, y la acción de nulidad no se refiere exclusivamente al socio. Puede ser ejercida por cualquier interesado, y si se la quisiera equiparar a la impugnación sólo puede ser ejercida por el socio que tenga la calidad de tal, y no por el que dejó de pertenecer a la sociedad.

En lo que respecta a los efectos de los acuerdos imperfectos, encontramos que el Código de Comercio establece (art. 164) la

(69) Op. cit. pág. 22.

responsabilidad de los administradores, además de la infracción de la ley y de los estatutos, la contravención de los acuerdos "legítimos" de la asamblea. La regla debe interpretarse en el sentido de que no están obligados a ejecutar los acuerdos nulos de pleno derecho, que dentro de nuestro sistema serán los más, pero en cuanto se refiere a los anulables creemos que ellos, es decir, los administradores, responden de su infracción y no podrán excepcionarse en el juicio de responsabilidad, si ellos no fueran declarados nulos.

134.—No parece discutible la autorización concedida al socio para solicitar la suspensión de un acuerdo que sea contrario a la ley, a los estatutos o a la escritura constitutiva y que es propio del derecho italiano (C. de C. de 1883, art. 163; C. C. de 1942, art. 2378) al que han seguido el C. de C. argentino (art. 353) y la ley mexicana de 1934 (art. 202), ésta sobre la base del proyecto de la Comisión Real italiana, que sirvió de base al Código de 1942.

135.—*Naturaleza y caracteres.*— a) La acción de suspensión es relación procesal de jurisdicción contenciosa y no voluntaria desde que no es de carácter de esta última la falta de contradicción, sino la falta de partes, pues también en un procedimiento contencioso puede haber ausencia de la contradicción, pero siempre son dos partes, y porque como aquella tiene por objeto la integración del derecho objetivo.

b) Es un proceso cautelar, "aunque—dice el mismo *Donati*—se dispute sobre si se trata de un proceso cautelar autónomo o incidental, cuestión que no tiene aquí importancia..... Ya se inserte en el proceso definitivo (proceso incidental), ya se desarrollen los dos procesos de modo independiente, no es concebible ningún caso de proceso cautelar sin el presupuesto, sin la posibilidad de un proceso definitivo. Así, pues, con la norma misma que concede expresamente una acción..... tendiente a una providencia cautelar, el legislador atribuye implícitamente una acción encaminada a una providencia de actuación definitiva de la ley.....".

c) Constituye una declaración constitutiva conservatoria, ya que tiende precisamente a conservar la actual situación de hecho evitando que se cambie por la ejecución del acuerdo (*Donati*).

d) La acción de suspensión sólo puede ser ejercitada mientras puede ser ejercida la acción de impugnación o la acción de nulidad, y tiene carácter temporal mientras no se resuelvan

las acciones anteriores, y como dice *Chiovenda* (70): "la medida provisional responde a la necesidad *efectiva y actual* de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la declaración definitiva".

e) Pueden ejercitar la acción de suspensión las mismas personas a quienes se atribuye el derecho de impugnar un acuerdo de la asamblea general, pero si esta acción hubiera sido ya interpuesta sólo podrán ejercerla quienes son parte en el proceso.

f) Para el ejercicio de la acción, y para que el juez pueda dictar la condigna providencia, que debe ser motivada, es necesario que se dé la apariencia de un vicio posible de permitir la impugnación o la anulación (71). Es también requisito esencial de la acción que exista la posibilidad de un daño. El juez tiene amplia facultad para determinar y decidir sobre esa calificación a su prudente arbitrio.

g) La acción de suspensión constituye un proceso sumario, en el que deben ser oídos los administradores y miembros del consejo de vigilancia, antes de determinarse la orden de suspensión la cual debe ser notificada a los administradores, e inscrita en el Registro, si el acuerdo lo hubiera sido (C. C. italiano, art. 2378), de lo que resulta que como en la acción de impugnación la acción debe entenderse con la sociedad, representada por sus administradores.

136.—*Con respecto a la sociedad y a los socios.*— a) En lo que respecta a la nulidad ya hemos dicho que el acuerdo que sufriera un vicio que la motive, es nulo de pleno derecho, inexistente, y no puede producir ninguna clase de derechos u obligaciones. La declaración judicial no hace sino reconocer esa inexistencia. Al contrario, si la nulidad alegada no existiera el acuerdo es válido, con plena eficacia, desde que se formuló. Los administradores no pueden ejecutar los acuerdos nulos, y deben estar sujetos a responsabilidad por dicha ejecución.

b) Por lo que se refiere a la acción de impugnación, debemos distinguir las dos hipótesis del caso anterior:

1) La acción de impugnación es admitida. Por la admisión el acuerdo deviene nulo "ex tunc", es decir que se lo considera nulo desde que fué formulado, con eficacia "erga omnes", esto es,

(70) Instituciones de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1936. Vol. II, pág. 299.

(71) Según DONATI, op. cit., éste es el sentido del adverbio "manifiestamente" en el artículo 163 del C. de C. italiano de 1883, que diera lugar a tan debatidas cuestiones, que el C. C. de 1942 ha puesto fin mediante la frase "si concurren graves motivos" que consigna en su art. 2378.

para la sociedad, para sus socios y para administradores y comisionarios, aunque no hayan sido parte en el proceso y, para los terceros. Todos los derechos y obligaciones a los que iba dirigido no pueden ya originarse, y si se hubieran producido quedan sin efecto (C. C., art. 1126). A este fin la administración se encuentra obligada a tomar las medidas correspondientes, bajo su responsabilidad. (C. C. italiano, art. 2378; ley alemana, art. 200, I).

2) La acción de impugnación es rechazada. Cuando la acción de impugnación es rechazada se presenta el problema de los límites de la cosa juzgada; ¿vale el rechazo de la acción sólo con respecto al socio que la entabló? o ¿se extiende ella a las acciones que podían hacer valer los demás socios? Ambas soluciones presentan inconvenientes. En cuanto se refiere a la segunda, cabe el peligro de colusión entre administradores e impugnantes, a fin de matar la acción actuando en el proceso de manera tal que se la rechace, y por otro lado, se dice que la acción es conferida individualmente al socio y que por ello los demás mantienen su derecho. Pero si es así, nos encontramos con que se pueden prolongar indefinidamente las acciones de impugnación por un mismo vicio, con grave peligro de la seguridad que exigen las operaciones sociales, y que han motivado que la ley alemana establezca la subsanación de la nulidad (art. 197). Este fin práctico que persigue el legislador encuentra otro argumento "en la unidad indivisible de la situación y, por consiguiente, la necesidad de la coordinación del destino de las acciones" (72). Pero, a fin de garantizar a los demás accionistas hay necesidad — *Vivante* (73 — de contemplar un procedimiento que con la debida publicidad y solemnidad pueda representar a todos los socios en la acción de impugnación, lo que ha originado la adopción por las legislaciones de dos clases de medidas: a) la reunión de todas las acciones de impugnación que se deben sustanciar al mismo tiempo y debe ser resueltas por una sola sentencia (C. C. italiano, art. 2378; ley alemana, art. 299, III); b) que el procedimiento, presentadas las demandas, no se puede iniciar hasta el vencimiento del plazo de caducidad, a fin de que producida la sentencia tenga ésta un valor definitivo, lo cual sirve de nuevo argumento al corto plazo que se establece para la prescripción (leyes citadas). Dice a este efecto el proyecto de la Comisión Real italiana (art. 215 que sirvió de base al 2378 del Código): "el procedimiento se disciplina de ma-

(72) DONATI, op. cit. pág. 329.

(73) Op. cit. No. 528, pág. 279 y sgs.

nera que todos los socios sean notificados de la oposición y puedan coadyuvar, y la nulidad del acuerdo tenga efectos frente a todos los socios”.

137.—*Con respecto a los terceros y a los socios como terceros.*— a) La declaración de nulidad, siendo de orden público, no crea efectos ni para terceros, aunque estos actúen de buena fé. El acuerdo es inexistente y lo que no existe nada crea. Sin embargo, se ha sostenido el derecho de demandar a los administradores la responsabilidad por la ejecución de un acuerdo nulo, si esa nulidad era tal que no podía ser conocida por el tercero. Pero, discutible como es este derecho, con relación a la misma sociedad, no se crea ninguna clase de vínculos.

b) En lo que se refiere a la acción de impugnación, el rechazo de ella reputa al acuerdo válido desde que se produjo, y todos los efectos que haya producido son eficaces.

Pero si la acción es admitida ¿cuál ha de ser la situación de dichos terceros? Por regla general, el tercero debe sufrir las consecuencias de la invalidez del acto, y así sostienen *Ferreira y Alves de Araujo* (74) “que por el principio esencial de derecho, que nulos o anulados se reputan todos los negocios de ellos derivados, la sentencia que juzga procedente la anulación de los acuerdos de la asamblea general produce efectos contra los terceros contratantes por ellos beneficiados”, más—dice *León Barandiarán* (75) refiriéndose a la anulabilidad civil en algunos casos—fuera de la hipótesis de la prescripción positiva, el tercero, si procedió de buena fé e hizo la adquisición a título oneroso, queda indemne frente a una acción de impugnación. Así lo establece el Código tratándose de la simulación (art. 1097) y de la acción revocatoria (Art. 1100). Solución tan plausible es digna pues de toda alabanza; pero precisamente por eso, hubiera sido de desear que se hubiera generalizado para todo caso de nulidad relativa”. Creemos que así debe entenderse para el caso de la impugnación de los acuerdos, pues a la seguridad del comercio, la buena fé del tercero y el carácter oneroso del acto, hay que agregar que tercero actúa con la sociedad por medio de los administradores de ésta, que en todos los casos le presenta una voluntad ya formada, de la cual él no puede conocer los vicios que incidieron en dicha formación, e ignora, por regla general, que esfera de atribuciones ha actualizado la voluntad que se le presenta, y si conforme

(74) *Apelação Civil No. 5012, Sao Paulo, 1939. Pág. 31.*

(75) *Op. cit. pág. 204.*

a los estatutos esa voluntad debe ser la de la asamblea. Los derechos del tercero de buena fé han sido expresamente consagrados por el C. C. italiano (art. 2378) estableciendo "que en cualquier caso quedan a salvo los derechos de terceros, adquiridos de buena fé por actos celebrados en la ejecución del acuerdo".

En cuanto se refiere a los socios como terceros, la doctrina dominante considera que el acuerdo que fija los dividendos le otorga un derecho de crédito frente a la sociedad para el cobro de esos dividendos. Producido el referido acuerdo, siendo susceptible de anulación y declarada ésta ¿queda el accionista que lo recibió de buena fé obligado a la restitución? La aplicación del principio general para el tercero de buena fé supone que el socio no está obligado a restituirlas, y así el C. C. italiano (art. 2433) establece que los dividendos pagados con la violación de las normas fijadas en su distribución no son repetibles si el socio obró de buena fé y fueron realizados sobre un balance regularmente aprobado. *Donati* (76) sobre la base del art. 181 del C. de C. italiano de 1883 sostenía esta tesis; pero la frase "balance regularmente aprobado" obliga a sostener, que la anulación del acuerdo de una asamblea que aprobó el balance y el consiguiente reparto de utilidades implica que la aprobación no fué "regularmente realizada", por lo que en criterio de la ley italiana el socio estaría obligado a la restitución.

Con este argumento al que hay que agregar que, por regla general, la buena fé se daría sólo en los casos en que el accionista no concurra a la asamblea o se desatienda de la sociedad en lo que no signifique el cobro de sus dividendos, cabría sostener también que el accionista que recibió el dividendo sobre sus acciones debe restituirlas a la sociedad; aunque, conspira contra esta solución la dificultad de la restitución tratándose de acciones al portador, y la tutela del derecho de los accionistas, hoy equiparado casi a simples inversionistas, que no buscan en la sociedad otra cosa que el buen rédito de sus títulos. Resolvemos pues el problema en el sentido de que no cabe la restitución, pero teniendo en cuenta la sociedad, si la clase de títulos lo permitiera, el reparto realizado para la nueva distribución, en cuanto se benefició con los dividendos mal pagados.

BALDO SERKOVIC L.

(76) Op. cit. pág. 335.