

sentante de todos los socios, incluso de los disidentes y ausentes. La mayoría que tomase acuerdos en su propio favor y en menoscabo de la minoría, usurparía un poder que no tiene, porque nadie puede crearse a sí mismo el título del propio derecho contra otro, y dejaría de ser el órgano del interés social para convertirse en órgano del propio interés. (*Nemo sibi ascribi potest.*)

Se suele deducir este principio elemental del art. 164, confundiendo situaciones diferentes. Este artículo no tienen ninguna oportunidad en este problema, porque si se aplicase se debería admitir que cuando la escritura social concediese a la mayoría el poder de sacrificar a la minoría en interés propio, ello podría ser obligatorio para la minoría; consecuencia incompatible con la función esencial de la Asamblea.

El art. 164 presenta, por el contrario, la hipótesis de varias categorías de acciones y de accionistas creados por la escritura social o por los Estatutos con derechos diferentes, por ejemplo, acciones privilegiadas, accionistas que tengan derecho a un voto o bien a dos, y declara válidas estas desigualdades. Esta facultad reconocida por la ley a la Asamblea, no lastima a aquel principio de igualdad, porque el acuerdo de emitir acciones privilegiadas no vulnera tal principio, ya que todos los accionistas actuales tendrán derecho de concurrir o de no concurrir en la misma medida con la que hayan adquirido las acciones privilegiadas.

Pero puesto que conviene conciliar esta situación con el principio esencial que niega a la mayoría el poder de crear desigualdades entre los accionistas, así en esta hipótesis, siguiendo el ejemplo de las leyes extranjeras más recientes (1) será necesario que los Estatutos en que existan diferentes categorías de acciones alejen sus eventuales conflictos disponiendo que cada categoría delibere en una propia Asamblea acerca de la proposición que venga después sometida a la Asamblea general, que es el órgano de la voluntad social. De lo contrario, el órgano esencial de la Sociedad, cual es la Asamblea, se encontraría en la imposibilidad de tomar acuerdo alguno que pueda vulnerar los derechos de los accionistas privilegiados sin el consentimiento de todos éstos;

b) cuando se trate de los derechos concedidos al accionista

(1) Ley francesa de 16 de Noviembre de 1903, art. 1.º; Código alemán (1900), §§ 275 y 278. La incompetencia de la Asamblea para crear una condición desigual entre los accionistas se halla reconocida también por la jurisprudencia francesa: Apelación París, 30 de Noviembre de 1899; *Dalloz*, 1901, II, 234; *id.*, 26 de Julio de 1887; *id.*, 1888, II, 154; *id.*, 15 de Marzo de 1890; *id.*, 1893, I, 115.

como órgano de defensa social, ya individualmente (1), ya cual miembro de la minoría (2);

c) cuando se trate de derechos esenciales al contrato de Sociedad: así la Asamblea no podría suprimir por un voto de mayoría el derecho de los socios a los dividendos o dedicar todo el patrimonio social a fines de beneficencia (núm. 448), y

d) cuando se trate de derechos que por una cláusula de los Estatutos no pueden ser modificados sin el consentimiento unánime de los socios. Es cierto que en las Sociedades anónimas la escritura social puede ser modificada por la mayoría. Pero dicho derecho derivado de la primitiva unanimidad de los socios, expresa una voluntad cualificada y querida de modo permanente y dominante en aquella Asamblea. Si la unanimidad no se puede alcanzar, la mayoría podrá acordar la disolución de la Sociedad y reconstituirla (núm. 485 bis).

**490.** La Asamblea es un órgano esencial para la existencia de la Sociedad. Los Estatutos que relegasen en los Administradores las funciones de la Asamblea, como la discusión del balance o la elección de los Administradores y de los Síndicos o que les concediesen la facultad de recoger el voto de los socios sin reunirlos en Asamblea, no serían legítimos. Aunque los Administradores obtuviesen la adhesión de la mayoría o de todos los socios, la Sociedad no quedaría obligada. De aquel conjunto de adhesiones no saldría la voluntad social, porque ésta no puede formarse más que mediante la reunión de los socios debidos y previamente avisados de las materias acerca de las cuales debe deliberar, libres para discutir y para aplazar la reunión y hechos más independientes en el ejercicio de su derecho de voto por el apoyo de los otros socios y por la facultad de votar cuando lo crean conveniente y en papeletas cerradas.

**491.** La Asamblea se convoca por los Administradores (artículo 157), por los Síndicos (art. 184) y por aquel a quien encárgue de ello la autoridad judicial (art. 153). Los accionistas, cualquiera que sea su número, no tienen derecho a convocarla directamente; pero cuando representen la quinta parte del capital social, pueden obligar a los Administradores, y por negativa de éstos, a los Síndicos, a que lo hagan (3). En tal caso los Administra-

(1) Arts. 97, 135, 142, 152, 163, 179, 198 y 206.

(2) Arts. 135, 152, 153, 159 y 162.

(3) Arts. 159 y 184 núm. 8.º

dores deben convocarla dentro de un mes. La ley concede este plazo a fin de que el Consejo, frecuentemente constituido por personas que viven lejos del domicilio social, pueda reunirse y deliberar. El plazo de un mes es de orden público y no puede ser prolongado por los Estatutos. Tiene también este carácter la disposición que señala el número de socios requerido por la ley para pedir la convocatoria: los Estatutos no podrán hacerla más dificultosa elevando dicho mínimo, porque no es ésta una disposición que permita la ley se derogue por los Estatutos (artículo 89, núm. 10).

Los Administradores cumplen su deber si convocan la Asamblea dentro de un mes de la petición. A quien sostuviese que debe celebrarse dentro del mes, se puede responder que el legislador no creyó ocuparse en el art. 159 del plazo dentro del cual deba reunirse la Asamblea, porque a esto provee el art. 155, que se remite a los Estatutos o a los Administradores, contentándose con fijar el plazo mínimo que debe transcurrir entre la invitación y la reunión, a fin de que los socios tengan tiempo de informarse sobre las materias puestas en el orden del día. Las razones que pesaron en los Estatutos para fijar un plazo eventualmente superior a un mes, tomadas del carácter local, nacional o internacional de la Sociedad, sirven necesariamente aun en el caso de que la Asamblea sea convocada por iniciativa de los socios: ¿se querrá, quizá, negar a los socios el tiempo necesario para llegar al domicilio social sólo porque la Asamblea fué convocada por voluntad de los accionistas? Se objetará el que tal interpretación deja al arbitrio de los Administradores el poder demorar indefinidamente la reunión. Pero a este peligro provee, además de la sanción de responsabilidad por la violación del mandato (art. 122), la posibilidad de hacer convocar más prontamente la Asamblea por obra del Juez (art. 153). Los accionistas que deben alcanzar la quinta parte para hacer que se convoque la Asamblea, encontrarán de seguro en las fascas de aquél la octava parte que se requiere para promover la intervención del Tribunal (1).

**492.** Los Estatutos expresarán dónde deba reunirse la Asamblea; si no lo expresan, deberá reunirse en el domicilio social. La ley implícitamente lo quiere así, pues que de lo contrario habría ordenado se indicase el lugar de la reunión en el aviso que convoca a los socios (arg., art. 155). Es más, lo quiere implícitamente la ley, porque ordena que se publiquen todos los anuncios, y especialmente los referentes a la situación patrimonial y al

(1) En contra, NAVARRINI, núm. 390 y MARGHERI, 3.ª edición, núm. 459.º

balance, por los cuales pueden los accionistas tomar informes para dar su voto, en el domicilio de la Sociedad (1).

El acuerdo tomado por una Asamblea convocada fuera de su domicilio es nulo, porque la reunión en otro lugar puede hacer más gravoso a los socios el ejercicio de su derecho y equivaldría a veces a despojarlos del mismo. El accionista no perderá el derecho de oposición porque se hubiese celebrado la Asamblea otras veces fuera del domicilio sin oposición o porque el mayor número de accionistas habitara en la población en que la Asamblea se celebrara (2).

**493.** Los accionistas deben ser avisados para la convocatoria, en la «Gaceta Oficial del Reino», por lo menos quince días antes de la reunión, no incluyéndose en éstos el día en que el aviso fué publicado (3): este plazo no puede reducirse por los Estatutos ni por las Asambleas ordinarias ni extraordinarias (4). Los quince días concedidos al accionista para que se informe acerca de las materias que han de tratarse, pueden servir también para la Asamblea en segunda convocatoria; de forma que si se le invita a entrambas mediante el mismo aviso, la ley queda cumplida cuando para una y otra se le avisó el accionista con quince días de anticipación (art. 155).

La presencia de todos los socios excluye la nulidad de la Asamblea por omisión de su anuncio si se comunicó a cada socio el orden del día y ellos no adujeron reparos sobre el mismo. Para negar la validez de la Asamblea, no se puede invocar el interés de terceros en conocer la convocatoria y su orden del día, porque la Asamblea es un órgano interno de la Sociedad que delibera en interés de los socios, y todo acuerdo que sea de interés para terceros carece de eficacia frente a los mismos mientras no se publi-

(1) Código de Comercio, arts. 177, 179, 91, 92, 94, 96 y 100.

(2) Apelación Turín, 22 de Mayo de 1899; *Giurispr. ital.*, 514; RENAUD, *Aktiengesellschaft*, pág. 480; RING, 2.ª edición, art. 248, pág. 580; STAUB, art. 238, § 1.º, pág. 389; Tribunal Supremo del Imperio, 12 de Mayo de 1899; *Monatsschrift* 1899, pág. 168. En sentido contrario, Apelación Génova, 5 de Noviembre de 1899; *Foro*, 1910, 271, justamente criticada por A. SCIALOJA en la *Rivista di dir. comm.*, 1912, 1, 60.

(3) Vid. art. 43, Código de procedimiento civil; Tribunal com. Roma, 25 de Junio de 1878; *Foro*, 637. En contra Apelación Milán, 6 de Noviembre de 1896; *Monitore*, 1897, 148.

(4) Arts. 155 y 250; Tribunal de Roma, 19 de Abril de 1889; *Foro*, 606. Por tanto no se hallan conformes con la ley los Estatutos de la «Società Risparmio» de Nápoles, en cuyo art. 16 dicen: «Las Asambleas generales se convocarán con veinticinco días de anticipación al fijado para la reunión y las Asambleas extraordinarias con diez días de anticipación». Conforme también, A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1912, 1, 60.

que. Sólo desde este momento (arts. 100 y siguientes y 195 y siguientes), y no desde el momento de la convocatoria, corren los plazos establecidos por la ley en defensa de los intereses de los mismos (1).

494. La Asamblea en segunda convocatoria no está imperativamente ordenada por la ley, y los Estatutos pueden suprimir esta prueba, porque el art. 89, núm. 10, coloca delante de todo la voluntad de los socios. La supresión de la segunda convocatoria, mediante la consiguiente facultad concedida a la primera Asamblea para tomar acuerdos, cualquiera que sea la parte de capital que en ella esté representada por los socios presentes, es compatible con el ordenamiento de la ley. Se objeta que con la supresión de la segunda convocatoria se obliga a la primera a que delibere con cualquier número. Pero este inconveniente no se subsana tampoco con la segunda convocatoria, porque la segunda Asamblea también sería definitiva y válida, cualquiera que fuese el número de acciones representadas por los socios presentes. Tan Asamblea es la primera como la segunda, y si ésta es válida con cualquier número de presentes, se infiere que hay un mínimo admisible para la validez de los acuerdos si alcanza el número de tres, que es el necesario para toda colectividad (2).

Los que sostienen la necesidad de la doble convocatoria escriben bajo la impresión de que este sistema de las dos Asambleas defiende mejor a los accionistas que una sola que tome acuerdos con cualquier número de presentes. Nosotros no lo creemos.

El de las dos Asambleas es un sistema que sacrifica a los accionistas puntuales que acuden a la primera aun cuando sean en mayor número que los que asistan a la segunda, en beneficio de los accionistas negligentes que asisten a esta última: es el acostumbrado inconveniente de las citas inseguras. Es un sistema equívoco que no consigue el fin de obtener una Asamblea numerosa, porque muchos no se presentan a la primera previendo que quede desierta por falta de número, otros no van a la segunda porque ya fueron inútilmente a la primera, y, por fin, hay quienes no sabiendo cuál será efectivamente la Asamblea deliberante, no van ni a una ni a otra. Es, por último, un sistema insidioso, porque se presta al siguiente juego, bastante frecuente.

(1) Conforme, Apelación Milán, 5 de Agosto de 1914; Apelación Catania, 17 de Septiembre de 1917; *Monitore*, 1918, 604, y Apelación Milán, 24 de Mayo de 1920; *Fore*, 896.

(2) Conforme Apelación Bolonia, 3 de Febrero de 1911 y A. SCIALOJA, en *Rivista di dir. comm.*, 1912, 1, 63 y 64; en contra, MADONNA, *Cronache commerciali*, 15 de Noviembre de 1916, 211.

\*Cuando, por ejemplo, los fautores del Consejo de Administración, al comenzar la primera Asamblea se encuentran en minoría y se retiran, dejando a los que se quedan ante la imposibilidad de deliberar por falta de número. En el intervalo de la primera a la segunda convocatoria, el Consejo y sus fautores se preparan para la victoria armándose de acciones adquiridas en riporto, o desarmando a algunos adversarios con oportunos ajustes. Así, muchas veces, los Administradores que veíanse amenazados en la primera Asamblea por una mayoría contraria, hacen retirar a los amigos antes del voto, y comprobada la insuficiencia de los presentes, relegan la decisión a la segunda Asamblea, la cual preparan con astucia después de la primera experiencia.

Nosotros nos valemos a menudo en la redacción de Estatutos de nuestra convicción de que la segunda convocatoria no es necesaria, para suprimirla, estableciendo en ellos una Asamblea única que después de una hora de espera delibera con cualquier número de presentes. Así, aquellos equívocos e insidias resultan imposibles. Si los Administradores hacen retirar a sus amigos, caen en la red tendida a los adversarios, porque después de una hora éstos deliberan con cualquier número.

**494 bis.** El erróneo presupuesto de que la segunda convocatoria está *impuesta* por la ley como una defensa para los accionistas, ha inducido a algún Juez a sostener que las dos Asambleas convocadas para el mismo día forman una sola Asamblea y que por ello la segunda sirve como Asamblea en segunda convocatoria. Estimamos arbitraria esta sanción de nulidad por tres argumentos que recogen la cuestión en sus distintos aspectos:

a) La Asamblea en segunda convocatoria, aunque celebrada en el mismo día, por ejemplo, por la tarde, es siempre una Asamblea autónoma y diferenciada, que puede tener todos los requisitos esenciales y formales de una Asamblea subsistente por sí misma: un propio orden del día que desenvolver, un propio oficio de presidencia, un acta propia, una diferente composición de accionistas, ya que pueden acudir quienes por la diversidad de sus ocupaciones, por la dificultad en los horarios, por el retraso de los trenes y por las solicitudes de los amigos no asistieran a la primera. Si se afirmase que la segunda Asamblea se confunde con la primera porque ocupa su puesto, se aduciría un argumento que prueba demasiado y que por consiguiente nada prueba, ya que toda segunda Asamblea ocupa el puesto de la primera.

b) Sosteniendo que la segunda Asamblea debe convocarse al menos para el día siguiente a aquel en que se celebró la primera, no sólo se introduce en la ley una sanción que no existe en ella,

y todos saben que las sanciones sólo pueden introducirse por el legislador, sino que se contradice a la ley, la cual prescribe en el art. 155 que el aviso de convocatoria debe insertarse en la «Gaceta Oficial» no menos de quince días antes al fijado para la reunión. Ahora bien, si la segunda Asamblea debiese ser convocada para el día siguiente al convenido para la primera, habría entre el aviso de convocatoria de la segunda Asamblea—que puede hacerse en el mismo aviso publicado para la primera (art. 157)—, y su reunión efectiva, un intervalo de dieciséis días y una sanción de nulidad por la inobservancia de este plazo, de lo que no existe el menor indicio en la obra legislativa. Observad el término de quince días para el aviso previo de todas las Asambleas, dice el legislador, y mis exigencias quedan salvadas: observad uno de dieciséis días, dice el intérprete que nosotros combatimos y que viola la ley introduciendo un término que no existe. Este decisivo argumento espera aún su respuesta.

c) Por fin, si la segunda Asamblea es facultativa y puede suprimirse por los Estatutos, parece que con mayor razón podrá suprimirse ese intervalo de días entre las dos Asambleas, que sería, según la tesis que nosotros combatimos, una garantía más de su independencia. Ya que dentro de lo más está lo menos, la facultad de suprimir la segunda Asamblea implica la de regularla con menor pérdida de tiempo, con mayor respeto para los accionistas que respondieron a la primera convocatoria y con menos peligros de combinaciones insidiosas (1).

**495. El orden del día.**—El aviso de convocatoria debe contener el orden del día, es decir, la nota de las materias sobre las cuales la Asamblea está llamada a deliberar.

El orden del día tiene una función positiva: debe informar a los socios de las materias sobre las que deben deliberar, a fin de que puedan tomar parte en la Asamblea con maduro consejo, y tiene una función negativa: debe impedir que se sorprenda la buena fe de los ausentes deliberando sobre temas respecto de los cuales creían con razón que no se habría tratado. A este doble fin responde el orden del día cuando indica las materias que se deben tratar.

Las *materias* por tratar (vid. arts. 155 y 159) constituyen el contenido *legal* del orden del día, no las soluciones concretas que

(1) Vid. 494. La jurisprudencia es fluctuante. Vid. en sentido conforme: Apelación Bolonia, 18 de Marzo de 1913; *Foro*, 499, y las críticas del Profesor SCIALOJA a las distintas opiniones; en contra, MADONNA, *Cronache Commerciali*, 15 de Noviembre de 1916, 211.

los Administradores proponen. Cuando los Administradores acompañen el orden del día con particulares de la proposición, suplantando las funciones de la Asamblea, y por tanto, las indicaciones específicas añadidas al tema propuesto se deberán considerar como meros consejos que la Asamblea penetrada del problema puede seguir o no, modificando, ampliando o restringiendo la proposición, porque el art. 155 no dice que la Asamblea deba *aprobar* o *rechazar* el orden del día propuesto, como diría si se hallase obligada a ello, sino que dice que la Asamblea debe deliberar en torno de aquél. El pensamiento del legislador fué, pues, el de dar al orden del día el valor de una nota de las materias por discutir, no el de un texto de los acuerdos que hayan de tomarse por la Asamblea (1). Así ha interpretado a la ley la jurisprudencia considerando que de esta manera se concedía a la Asamblea libertad de iniciativas y libertad de críticas a la actuación de los Administradores que tan frecuentemente abusan de órdenes del día de antemano preparados para hacerlos votar con pies forzados. La jurisprudencia estima que la Asamblea puede deliberar también sobre materia no expresamente consignada en el orden del día cuando constituya una necesaria consecuencia; que puede ampliar el orden del día cuando estime que esto sea el mejor modo para alcanzar su fin; que, por ejemplo, puede votar el aumento del capital a ocho millones cuando el aviso proponía que fuera a seis, y que puede prorrogar la Sociedad por veinte años, cuando la prórroga se proponía para diez. Se trata indudablemente de apreciaciones de hecho, pero deben ser dominados por aquel criterio jurídico (2).

Por las mismas razones aplicadas a casos opuestos no será suficiente un aviso genérico o incompleto como éste: «para diferentes asuntos», o «para modificaciones en los Estatutos», porque no dejan descubrir el argumento de las discusiones. ¿Sobre qué materias podrían los socios concentrar sus reflexiones o sus informes? ¿Cómo podría presumirse la adhesión de los socios ausentes al acuerdo de la mayoría cuando el orden del día por su ge-

(1) Esto no es mera conjetura sino historia del Código, porque habiendo propuesto la Cámara de Comercio de Turín que en el art. 155 se dijese: «cualquier acuerdo tomado sobre su objeto no especificado en el orden del día es nulo», el Ministro FINALI hizo que se desechara la proposición, porque sujetaba a la Asamblea en su libertad de discutir y de tomar acuerdos; vid. *Relaz. lav. prep.*, II, 2, 111; VIVANTE, *Foro it.*, 1909, 66, y NAVARRINI, núm. 392.

(2) Conforme Apelación Roma, 6 de Julio de 1909; *Foro*, 1.038; Apelación Génova, 5 de Noviembre de 1909; *Rivista di dir. comm.*, 1910, 270; Casación Turín, 4 de Abril de 1888; *Giurispr. Ital.*, 1888, 466; Apelación Génova, 14 de Mayo, de 1886; *Eco*, 193. Vid. también la jurisprudencia citada por A. SCIALOJA, *Foro*, 1915, 697 y *Rivista delle soc. comm.*, 1912, 51, y VIVANTE, *Foro*, 1909, 66.

neralidad no determinaba el campo de las deliberaciones? No se subsanaría esta insuficiencia remitiendo a los socios a examinar el programa depositado en las oficinas sociales o en otra parte, porque el socio alejado a quien llegue el aviso de la convocatoria en la «Gaceta Oficial» no puede verificarlo (1).<sup>¶</sup>

495 bis. Debe tenerse en cuenta que aun en caso de silencio del orden del día sobre el particular, están en el mismo comprendidas siempre, virtualmente, las cuestiones sobre responsabilidad de los Administradores y sobre su remoción. No se puede admitir que la Asamblea deba dejar en la administración de la Sociedad hasta la convocatoria de una nueva Asamblea a quien se demostró indigno de su confianza, ni que deba dejarle en las manos la hacienda social, en peligro de que haga desaparecer las pruebas que lo condenan. Esta facultad, comprendida implícitamente en todo orden del día, por efecto de la función misma de Administrador que es esencialmente revocable (art. 121, Código de Comercio), lleva consigo la de reemplazar a los Administradores revocados, porque la Sociedad no puede quedar sin los órganos necesarios para su administración y representación.

No se suprime con esta interpretación la sanción de nulidad establecida en el art. 155 para todo acuerdo tomado sobre un punto no indicado en el orden del día, porque esta disposición debe entenderse unida con el párrafo que inmediatamente la precede, de modo que se obtenga este significado: cualquier acuerdo tomado sobre un punto que debía haberse expresado en el orden del día y que no fué inserto en ella, es nulo. Pero cuando el argumento fué incluido *ope legis*, como este de la revocación del mandato y como podría ser el de la aprobación del balance en una Asamblea ordinaria convocada sin orden del día, entonces la sanción de nulidad está fuera de lugar, porque es inútil incluir expresamente en el orden del día lo que ya fué allí incluido por el legislador (2).

(1) Si bien la ley alemana en su art. 180 (Código de Comercio, 1900, § 256), ha usado una fórmula más genérica que el Código italiano: «al fin de la reunión debe darse a conocer siempre en el acto de la convocatoria», sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia exigen que el aviso sea tal que baste por sí solo para informar a los socios de los puntos puestos a deliberación, sin referencias a los Estatutos, de los que pueden hallarse privados por su alejamiento del domicilio social: RENAUD, *Aktiengesellschaft*, pág. 483; RING, pág. 579, y STAUB, *Komm.*, 7.ª edición, § 256, núms. 8 y 11.

(2) Vid. el estudio más completo que hicimos de este problema en el *Foro*, 1909, 62. Conformes, Apelación Génova, 17 de Marzo de 1894; *Foro*, 800; Apelación Génova, 14 de Mayo de 1886; *Eco*, 1886, 193; MARGHERIT, 3.ª edición, número 444; Apelación París, 7 de Enero de 1882; Apelación ARGEL, 30 de Diciembre de 1890; Casación francesa, 5 de Julio de 1893; *Dalloz*, 1894, 1, 41; HOFFMANN,

495 ter. El orden del día atribuye a la Asamblea la competencia sobre las proposiciones que en el mismo se indican: ésta puede aceptarlas, rechazarlas o también modificarlas. Las proposiciones discutidas y acordadas salen del orden del día; la Asamblea no puede volver sobre ellas en la misma reunión para modificarlas, pues que, volviendo, se podría sorprender la buena fe de los socios que después de votar se alejaren de la Asamblea.

496. El aviso debe publicarse en la «Gaceta Oficial del Reino», y este es el mínimo de publicidad establecido por la ley, que no puede ser derogado por los Estatutos (1), etc. Si éstos prescriben otros medios de publicidad, deben observarse puntualmente, siempre bajo la misma pena de nulidad de la deliberación (2). Los accionistas proveerían mal a la defensa de sus propios intereses dejando la elección a los Administradores: no sabrían en qué diarios buscar el aviso de convocatoria y facilitarían a los Administradores un medio para corromper la imprenta con el pretexto de las inserciones (3). Si todos los accionistas intervienen, el defecto de estos anuncios queda subsanado (núm. 493).

497. En las Asambleas cada accionista tiene derecho a un voto, y a este derecho se acompaña el de participar en las discusiones y presentar proposiciones en la forma establecida por los Estatutos: estos derechos son intangibles, y no pueden reducirse por vías encubiertas (4). Por tanto, son ilegales las cláusulas de

*Sociétés par actions*, 1, núm. 501; VAVASSEUR, 4.ª edición, 11, núms. 795 y siguientes; ROUSSEAU, *Traité*, 1, núms. 2.132 y 2.372. En contra, Tribunal Roma, 21 de Noviembre de 1908; *Foro*, 1909, 62; Apelación Roma, 8 de Julio de 1909; *Foro*, 1.098, y NAVARRINI, pág. 537, nota 1.

(1) Apelación Génova, 14 de Mayo de 1886; *Eco*, 1886, 193. Sin embargo, afirma la Casación de Turín, 14 de Mayo de 1895, *Monitore*, 470, que se puede subsanar la falta de la publicación en la *Gaceta Oficial* mediante la comunicación personal a cada socio.

(2) Apelación Milán, 27 de Septiembre de 1899; *Monitore*, 1900, 210; Casación Turín, 17 de Julio de 1896; *Monitore*, 1897, 52, y MARGHIERI, 3.ª edición, número 443. En contra: NAVARRINI, núm. 391.

(3) Según una sentencia, Apelación Bolonia, 18 de Julio de 1899, *Giurisprudenza italiana*, 838, no se pueden considerar conformes con la ley los Estatutos de una Sociedad que prescriba se inserte el anuncio, además de en la *Gaceta Oficial* y en el *Boletín Oficial* de la Prefectura, en los diarios más difundidos de la provincia, porque los diarios deben indicarse nominativamente. Nos parece que el Tribunal ha ido demasiado lejos en sus exigencias: si bastaban los dos diarios oficiales para que resultará válida la publicidad, la incertidumbre de los otros no podía perjudicarla (*utile per inutile non vitiatur*).

(4) La interpretación del art. 164 ha dado lugar a alguna incertidumbre, porque no falta quien crea que es legal la cláusula de los Estatutos que conceden el derecho de voto sólo a aquellos socios que tengan cierto número de acciones:

los Estatutos que niegan el derecho de voto a las mujeres o a los extranjeros, que suspenden en su ejercicio al accionista que dió en prenda las acciones o que reservan el derecho de voto sobre los más graves acuerdos—por ejemplo, sobre la disolución anticipada de la Sociedad o sobre su función—, a los accionistas fundadores. No es válido siquiera el pacto que concede el derecho de voto sólo a quien posea las acciones desde algún tiempo, porque priva de tal derecho a quien en la fecha de la reunión no alcanzase todavía dicha antigüedad. Si fuese lícito ese pacto, se podría llegar a tanto que sólo se reservase el derecho de voto a los accionistas que fueran tales al tiempo en que la Sociedad se constituyó. Y no se puede defender su validez por la validez no impugnada de aquel otro pacto tan frecuente que obliga a los accionistas a que depositen las acciones algún tiempo antes de la reunión si quieren participar en ella, porque el depósito hecho por el vendedor aprovecha al comprador de la acción, que puede ejercitar su derecho, cualquiera que sea la fecha de su adquisición (r).

Sería nula la Asamblea si se prohibiese a un accionista la entrada en la reunión, pues de este modo se le privaría del derecho de asistir, que es intangible. La Asamblea sería nula aunque su voto no hubiese podido desviar a la mayoría, porque su palabra habría podido modificar el acuerdo o inclinar a la Asamblea a diferirlo (art. r62).

497 bis. El accionista que diere en prenda las acciones o que

vid. VIDARI, II, 1.194, 1.316 y 1.331, y esta interpretación se pone en práctica por muchos Estatutos: vid. núm. 452, texto y nota 65. Pero no es admisible, porque viene contradicha por el tenor de dicho artículo como por sus trabajos preparatorios: vid. *Relaz. MANZINI*, pág. 362: «El principio de que cada acción deba tener a lo menos un voto en la Asamblea general parece indiscutible si no se quiere que las Sociedades mercantiles constituyan otras tantas oligarquías y que se convierta en un privilegio de pocos el derecho más natural y legítimo de todos aquellos que aportaron las cosas propias para fin común»; Apelación Génova, 16 de Mayo de 1898; *Temi gen.*, 360; Apelación Florencia, 14 de Marzo de 1890; *Foro*, 555; Tribunal Milán, 5 de Agosto de 1888; *Foro*, 1889, 434; NAVARRINI, número 396; DANIELI, núm. 248; DEODATI, *Temi ven.*, 1885, 365 y 381; SACERDOTI, *Dir. comm.*, 1887, 666, y E. SCIALOJA, en una meritoria nota publicada en el *Foro* supradicho. Vid. además lo que hemos escrito sobre títulos múltiples (núm. 462).

(1) En un libro rico en estimables proposiciones, *CANONICA, Pensieri sopra la riforma delle società anonime*, 2.<sup>a</sup> edición, Turín, 1891, se aconseja conceder el voto sólo a los propietarios de acciones nominativas inscritas a su nombre desde un año o desde el día de la constitución de la Sociedad: vid. págs. 121 y siguientes; pero el mismo autor reconoce que este pacto no es concillable con el derecho vigente. El pacto que nosotros consideramos ilegal, se hallaba consignado a menudo en los Estatutos anteriores al Código vigente: vid. los Estatutos de la Banca Nazionale del Regno, art. 501 y Banca Nazionale Toscana, art. 71; y se repite a veces aun hoy día: Italia, *Società di riassicurazione* (a. 1883), art. 20.

sufriese su embargo, conserva el derecho de voto, porque continúa con su cualidad de accionista. El acreedor pignoraticio y el que promoviere el embargo consignarán los títulos en la caja designada por la Sociedad, y el accionista, con el justificante del ingreso, participará en la Asamblea (1).

498. El accionista podrá también darse el voto para las cargas sociales de Administrador o de Síndico. Su interés no se halla aquí en conflicto con el de la Sociedad, porque él puede perfectamente templanlo en su conciencia con el interés social. Quizá el legislador ha considerado que la prohibición habría resultado ineficaz, ya que es fácil eludirla con el secreto del voto o con la cesión de la acción; quizá haya reflexionado que cuando el accionista tiene el mayor número de las acciones, sin su voto no sería posible alcanzar la mayoría, y habrá resuelto que el mejor partido en estos casos es el de fiarse de la conciencia del socio interesado y en la perspicacia de los otros (2).

Pero su voto emitido en los asuntos de su incumbencia y que debe estipular con la Sociedad, anula el acuerdo, si su dicho voto ha determinado la formación de la mayoría y, por tanto, la formación de la voluntad social, porque él no puede determinar con un acto de su propia voluntad la voluntad de la persona con quien contrate (3).

No estamos ya en el caso anterior de intereses que se concilian. En este caso el socio, como órgano de la Asamblea, es naturalmente incapaz de dar su voto en interés de la Sociedad. No se puede argüir que él entró en la Sociedad para buscar el propio interés, porque al entrar en la Sociedad subordinó o al menos coordinó, en virtud del contrato social, el propio interés al interés

(1) Arts. 164 y 160; VIGHI, págs. 85, núm. 34; VAVASSEUR, II, 905; A. LYON 21 de Diciembre de 1894; *Dalloz*, 1895, 478; HOUPIN, I, núm. 490. Niega el derecho de voto al accionista en caso de embargo, PAPINI, *Riv. di dir. comm.*, 1922, 181.

(2) Conforme LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 846; HOUPIN, 2.ª edición, núm. 903; ROUSSEAU, *Traité*, núm. 2.335; Casación francesa, 26 de Octubre de 1896; *Dalloz*, 1898, 65. Sólo el Código alemán, arts. 221 y 190 (§§ 252 y 237 del Código vigente), con una fórmula general niega a los socios el derecho de voto en las delib. acciones que conciernen a sus asuntos o por las cuales puedan ser exonerados o liberados de una obligación; vid., sin embargo en el sentido del texto, una sentencia del Tribunal Supremo del Imperio, 23 de Febrero de 1905, *Rivista di dir. comm.*, 1906, II, pág. 475, núm. 17; LEHMANN, *Aktiengesellschaft*, II, 362; STAUB, *Komm.*, 8.ª edición, § 252.

(3) Varias leyes privan del derecho de voto a los socios que aportan bienes en especie en la Asamblea que debe valuarlos. Ley francesa de 24 de Julio de 1866, arts. 4 y 24; Código húngaro, 156; suizo, § 619. La fórmula del Código alemán es más general: vid. ASQUINI, *Riv. di dir. comm.*, 1919, II, 652.

colectivo, y se encuentra él en una posición incompatible con este interés colectivo cuando está dominado por el propio.

El art. 150 del Código ofrece un primer punto de apoyo a esta prohibición, porque él mismo es la concreta manifestación del principio general por el que la misma persona no puede crearse a sí misma el título del propio derecho administrando el ajeno. Entre los dos casos, el del Administrador excluido del voto en las deliberaciones del Consejo (núm. 561) y el del socio excluido del voto en la deliberación de la Asamblea, hay sólo una diferencia de cantidad, ya que el Administrador participa en la deliberación del asunto más directamente que el socio que lo vota en la Asamblea; pero el comportamiento doloso o indirecto de uno o de otro, vicia la voluntad del órgano deliberante, por la mala fe que inficiona al miembro que lo compone entre otros. Bien dice ASQUINI: «El voto que con tal prohibición se quita al socio no es el voto concedido por la ley dirigido al interés social, sino el voto enderezado contra la Sociedad, incompatible con la naturaleza esencial y con la función característica que según la ley tiene el derecho de voto.»

**499.** Con tal que se respete el derecho que cada socio tiene de asistir y de votar en las Asambleas, su ejercicio puede ser regulado por los Estatutos (art. 89, núms. 10 y 184, núm. 5.º). Por tanto, es válido el pacto, generalmente admitido, que obliga al accionista a depositar las acciones algunos días antes de la reunión en la que desea tomar parte y a que retire un billete personal que le permita asistir a la misma, así como el pacto que le obligue cuando no quiera asistir personalmente a hacerse representar por un socio provisto de un poder depositado en el domicilio social (art. 160). El derecho de hacerse representar puede someterse a estas u otras condiciones, pero no puede ser suprimido: esto equivaldría a privar del derecho de voto a quien por ausencia o enfermedad, verbigracia, no pudiese participar en la Asamblea.

**499 bis.** El accionista no puede comprometerse válidamente a votar según la voluntad ajena, ni ceder a otro su derecho de voto mediante entrega precaria de las acciones. Estas convenciones son ilegales para el accionista, el cual debe concurrir con su libre voto a formar la voluntad de la Asamblea (art. 164).

a). Si quienes no son accionistas pudiesen votar en interés propio con los títulos ajenos, se daría el resultado de que los propietarios de las acciones no votarían, y, en cambio, los que tomasen.

acuerdos no serían propietarios, es decir, no emitirían el voto con la prudencia que proviene del peligro de perderlas. El grupo dominante que hubiese concentrado en sus propias manos la mayoría de las acciones y el derecho inderogable de votar por las mismas, por ejemplo, un Sindicato de especuladores de Bolsa, un Sindicato de industriales que deseen regular el mercado de su propia industria, o bien el Director de un Banco que quiera sostener artificiosamente la marcha del mismo, tomarían las más imprudentes iniciativas sin el freno que crea la propiedad de las acciones y el peligro de perjudicarlas, y sin ponderar suficientemente los riesgos que esta especulación lleva consigo en menoscabo de los accionistas. Por ello conviene reconocer a estas situaciones, aun cuando estén provistas de las formas y sanciones más rigurosas, el carácter de situaciones precarias, *de hecho*, que vive al día mientras son observadas, hasta que alguno de los partícipes se rebele. Si cualquiera de los accionistas sindicados reclama al Sindicato el poder ejercitar su derecho de voto, por ejemplo, mediante el depósito de las acciones en un Banco, el Juez debe reconocerle este derecho.

b) Al constituir el ordenamiento de las Sociedades anónimas y de sus Asambleas, la ley sujetó a los socios ausentes y disidentes a la voluntad de la mayoría, suponiendo libertad en la discusión y en el voto, que son elementos esenciales en toda Asamblea, mejor dicho, en toda deliberación colectiva. Un pacto que tendiera a formar artificiosamente la mayoría o a supeditar un socio a otro, conculcaría aquellas presunciones de la ley, y la minoría quedaría vinculada con acuerdos que no surgieron del voto de los accionistas ejercitado como un derecho y un deber colectivo, sino del voto comprometido antes de la reunión, de la discusión y de la votación, mediante un concierto enderezado a suprimir la función material y legal de la Asamblea.

c) Que el derecho de voto sea inseparable de la propiedad de las acciones se deduce de la facultad concedida al socio de nombrar representante (art. 160), es decir, de expresar su voluntad por medio de quien lo represente, por lo que la voluntad del socio se halla presente en la Asamblea por medio del representante.

La perfecta coincidencia de estas dos voluntades está garantizada mediante la facultad reconocida al accionista por los derechos civil y mercantil (arts. 1.757 y 1.758 Código civil, y 365 Código de Comercio) de revocar *ad nutum*, siempre y sin restricciones, el mandato, y de acudir personalmente a la Asamblea para colocarse en el puesto de su representante. Sólo dentro de estos límites, que confirman el principio de la absoluta e irreducible

soberanía del accionista sobre su propio derecho de voto, le es permitido expresarlo por medio de un tercero (1).

**500.** Los votos que corresponden a un socio no se igualan de ordinario al número de acciones, antes al contrario, el número de los votos de que el socio puede disponer va gradualmente restringiéndose, a fin de que nadie pueda ejercer influencia dominante en la gestión social. Hasta las primeras cien acciones, la ley concede al accionista un voto por cada cinco acciones; para las que excedan de ciento, un voto por cada veinticinco (art. 157). Esta proporción puede ser modificada por los Estatutos, que pueden moverse entre estos dos extremos: o conceder un voto por cada acción o un solo voto por cada accionista; predominando en el primer caso la influencia del capital y en el segundo la de las personas. Naturalmente que no se pueden barrenar estas disposiciones de la ley y de los Estatutos repartiendo las propias acciones entre testáferros (2).

**501.** La ley no dice quién preside la Asamblea ni ordena que lo indiquen los Estatutos, Ante el silencio de éstos decidirá la Asamblea de cuando en cuando. El Presidente puede ser socio o no, y si la gravedad de los asuntos lo exige, se puede llamar para tal oficio a un Notario o a un Juez. Generalmente la Asamblea se halla presidida por el Presidente del Consejo de Administración.

(1) VIVANTE, *Riv. Dir. comm.*, 1914, 1, 173; LA LUMIA, *id.*, 1915, 11, 68; A. SCIALOJA, *Foro*, 1912, 1, 181; A. VIGHI, *I diritto individuali degli azionisti*, números 35 y 36; Tribunal Nápoles, 6 de Agosto de 1909, *Foro*, 1909, 1, 1.298; Apelación Milán, 11 de Diciembre de 1911, *Foro*, 1912, 1, 181; *Riv.*, 1.012, 11, 314; *id.*, 24 de Abril de 1920, *Foro*, 1920, 608; Tribunal Roma, 14 de Julio de 1914; *Riv.*, 1915, 68, y Tribunal Milán, 3 de Agosto de 1919; *Foro*, 813.

(2) Vid. la jurisprudencia en la nota 9 del núm. 465. Acerca de los fraudes más en uso para admitir en la Asamblea a quien no sea propietario de las acciones y acerca de las penas establecidas para estos fraudes, vid. LYON-CAEN ET RENAULT, 11, 852; ROUSSEAU, *Traité*, 1, núm. 2.388 y *Manuel*, 5.ª edición, números 1.455 y siguientes; ley francesa 1867, arts. 13 y 45; Código de Comercio alemán §§ 317 y 318, y ley belga, art. 131. En el Congreso de Sociedades económicas de Turín, de 1893, y por los honorables DANEQ Y FERRARIS, fué presentada la proposición de establecer penas para quien se valiese de accionistas ficticios para conculcar la ley y los Estatutos; vid. *Atti* del mismo, pág. 23 y siguientes. Fué reproducido por nosotros en los debates para la reforma del Código de Comercio, pero se rechazó por la mayoría, especialmente porque resulta muy fácil eludirla con los contratos de riporto (*Relazioni e Verbali*, Roma, 1895, págs. 71, 217). Un medio para asegurar la sinceridad de las Asambleas se buscó en los orígenes de las Compañías anónimas haciendo jurar a los socios que participaban en la Asamblea, que eran legítimos propietarios de las acciones: RING, *Asiatische Handlungs-Comp.*, pág. 33 y VIGHI, *Notizie storiche sugli amministratori e i sindaci*, Camerino, 1898, pág. 43 y 2.

**502.** Los acuerdos se toman todos, incluso los referentes a la elección de los Administradores y de los Síndicos, por mayoría absoluta de votantes, y ésta puede comprobarse ya por aclamación, ya por levantamiento de manos, ya por división, por llamamiento nominal o por escrutinio secreto, a elección de la Asamblea y, en nombre de la misma, por su Presidente, si los Estatutos no prescriben otra cosa. Al computar la mayoría no se tienen en cuenta los que se abstengan de votar: la ley es aquí menos exigente que para la Asamblea constituyente, donde los que se abstuvieron se computan entre los presentes, y, por tanto, elevan el mínimo de la mayoría absoluta (1). En caso de empate se rechaza la proposición: el acuerdo no se llega a tomar porque no ha sido querido por la mayoría. Sin embargo, los Estatutos pueden establecer que en caso de empate decida el voto del Presidente, y que en las elecciones sea preferido el de más edad, quien ocupase ya el mismo cargo o quien poseyese mayor número de acciones.

**502 bis.** Los Estatutos pueden sujetar libremente a mayorías extraordinarias incluso las materias ordinarias. Pero hay acuerdos conexos por su materia que deben tomarse por las mismas mayorías, de forma que los Estatutos no podrían someterlos a mayorías diferentes (núms. 533 y 639): tales son los acuerdos que aprueban el balance, que separan a los Administradores y que deciden la acción de responsabilidad contra los mismos. Su conexión estriba en que cuando la Asamblea ordinaria pudiese desaprobar el balance y no pudiese separar a los Administradores culpables ni perseguirlos judicialmente, la desaprobación del balance no implicaría nada porque continuarían en el cargo quienes habían dilapidado el patrimonio social y quedarían inmunes de la obligación de resarcir el daño ocasionado. De ese modo, la función soberana de la Asamblea competente para discutir acerca del balance, se reduciría a una burla. Es incompatible con las exigencias del orden público el que el órgano llamado a comprobar el abuso, no pueda exigir indemnización del culpable.

**503.** El acta de la sesión puede redactarse por un Notario o también por un empleado de la Sociedad; en la segunda hipótesis deberá escribirse o transcribirse en su correspondiente libro de comercio llevado con arreglo a ley (art. 140, núm. 2.º) y tendrá la fuerza probatoria concedida a los libros de comercio. Ella contendrá el aviso de la convocatoria, el orden del día, el nombre de

(1) Confróntense las dos distintas fórmulas usadas en los arts. 156 y 157. Vid. núm. 438.

los socios presentes y el número de sus acciones, los acuerdos tomados y cuando se efectúe votación nominal, el nombre de los adheridos y de los disidentes: todo socio podrá hacer registrar sus protestas. Pero puesto que la ley no indica cuál debe ser el contenido del acta, no se le podrá llamar nula, ni aun menos calificar de nula a la sesión por la irregularidad del acta.

A cualquier socio le será lícito completarla o combatirla con los medios de prueba que su naturaleza de instrumento público o privado permita. El silencio del acta no hace presumir que la formalidad que se silencia se haya omitido, sino que deja intacta la presunción de que la Asamblea ha sido convocada y celebrada regularmente, y que el número legal de socios, comprobado al comenzar la reunión, no ha disminuído durante toda ella. Incumbirá al socio que afirme la existencia de una irregularidad para derivar de ella un derecho, el cuidado de desechar aquella presunción, aportando la prueba necesaria (1).

**504.** Las Asambleas son *ordinarias* o *extraordinarias*: las primeras difieren de las segundas por su periodicidad y por el objeto de sus acuerdos.

Las Asambleas *ordinarias* deben reunirse por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses del cierre del ejercicio social y acordar sobre materias que se presentan periódica e imprescindiblemente (2): el balance y la elección de los Administradores y de los Síndicos. Delegar estas funciones en el Consejo o en los Síndicos es ilegal (3). Son funciones eventuales de las Asambleas ordinarias: la determinación de la retribución de los Administradores y de los Síndicos. Los Estatutos pueden fijarla de una vez para siempre en una suma total para todos o en una suma divisible entre los varios miembros en razón de su tarea, y pueden conceder, en lugar de la retribución fija, una participación en las utilidades líquidas o una medalla de presencia (núm. 535). Si no se ha dis-

(1) Casación Turín, 4 de Abril de 1888; *Annali*, 437; Apelación Génova, 14 de Mayo de 1883; *Eco*, 193; Apelación Venecia, 28 de Enero de 1889; Casación Florencia, 30 de Junio de 1890; *Temi ven.*, 232. Sobre la reforma que deben experimentar tales actas, vid. los fallos de 31 de Mayo de 1911 del Tribunal de Milán, y 19 de Junio de 1911 de la Apelación de Milán, citados por A. SCIALOJA, en la *Rivista di dir. comm.*, 1912, 1, 66.

(2) Art. 89, núm. 10, en que no se refiere al art. 154, y art. 154, núm. 4.º, que supone que la Asamblea puede ser privada por la escritura social de la sola facultad de determinar la retribución de los Administradores y de los Síndicos.

(3) Arts. 154, 89, núm. 10, y 125 (proceden a reemplazar al que falte hasta que se convoque la Asamblea general). «Si hay un solo Administrador, en caso de renuncia debe ser convocada la Asamblea general», etc.). y art. 161 (que excluye a los Administradores de la aprobación de los balances).

puesto otra cosa, la Asamblea debe determinar la retribución a los Administradores y a los Síndicos, de vencido, es decir, la misma Asamblea que discute su obra, debe determinar su retribución (1).

A la inversa, no hay un plazo periódico para la convocatoria de las *Asambleas extraordinarias* ni una materia preestablecida para sus deliberaciones. Pueden celebrarse también en ocasión en que se reúne la Asamblea ordinaria, con tal que se constituyan con arreglo a la ley o a los Estatutos: éstos pueden prescribir que se constituyan como las Asambleas ordinarias (art. 158, al principio).

**504 bis.** Tanto las Asambleas ordinarias como las extraordinarias, cuando se haya comprobado su legal constitución, pueden ser prorrogadas, ya para continuar el desenvolvimiento del orden del día, ya a petición de una minoría determinada por la ley (art. 162). El número de la minoría no puede ser aumentado por los Estatutos, tanto porque el art. 89, núm. 10, no comprende esta norma de ley entre las que por los Estatutos pueden ser modificadas, como porque el aumento ilimitado de dicho mínimo podría reducir a cero aquel derecho de las minorías.

La deliberación en que los accionistas acuerdan la prórroga a petición de la minoría (art. 162) debe considerarse referente al mismo objeto que la deliberación, en la cual los accionistas entienden informarse más a fondo, y por esto, los Administradores, que no pueden votar sobre su propia responsabilidad y sobre el balance, no pueden votar para facilitar el aplazamiento con su propio voto, ya que si tuviesen estas armas en las manos, se arreglarían según los humores de la Asamblea para hacerla tomar acuerdos o para aplazarla.

### Sección 2.<sup>a</sup>—*Modificaciones de los Estatutos*

**Sumario.**—505. Modificaciones de los Estatutos: esta facultad queda reservada a la Asamblea.—506. Casos en que la modificación esté ya prevista y determinada por los Estatutos.—507. Cómo debe estar constituida la Asamblea que modifica los Estatutos.—508. Qué modificaciones pueden introducirse. Prórroga.—509. Reducción del capital social.—510. Oposición de los acreedores.—511. Complemento.—512. Aumento del capital.—513. Emisión de nuevas acciones.—514. Forma y caracteres jurídicos de la nueva emisión.—515. Emisión de acciones privilegiadas.—516. Cambio del objeto social.—

(1) Vid. núm. 544 bis.

517. El derecho de renuncia. Si puede suprimirse en la escritura social o en los Estatutos.—518. Por quién y cuándo puede ejercitarse. — 519. La renuncia debe publicarse.—520. Reembolso de la acción.—520 bis. Determinación del valor de la acción.

**505.** La Sociedad puede en cualquier momento modificar las reglas de su existencia. Gracias a esta libertad de proveer a las mudables exigencias de su vida, la Sociedad puede alcanzar más eficazmente su fin, que es el beneficio de los socios.

Este supremo poder se halla confiado por la ley exclusivamente a la Asamblea y no puede delegarse en los Administradores, pues que si estas delegaciones fuesen legítimas, se podría llegar paso a paso a la supresión de la Asamblea, que es un órgano esencial de la Sociedad anónima (núm. 490).

Es cierto que el art. 89, núm. 10, permite que los Estatutos determinen cuáles sean las facultades de la Asamblea; pero los límites de esta libertad están señalados en oportunos artículos, en los que se indican las atribuciones a las que la Asamblea no puede renunciar (1). En esta interpretación estriba el remedio contra la dictadura de los Administradores: si la Asamblea pudiese confiarles la facultad de modificar los Estatutos, esta facultad se convertiría en una cláusula usual y ellos serían árbitros de la existencia de la Sociedad y podrían sustraerse más fácilmente por medio de maliciosas reformas, por ejemplo, con el aumento del capital, con la fusión o prórroga de la Sociedad y disimulando las pérdidas sufridas, a las consecuencias de la propia responsabilidad (2).

**506.** Pero la reforma puede hallarse prevista y determinada por los Estatutos, tanto los primitivos como los posteriormente modificados. En tal hipótesis, el Consejo que desenvuelve y actúa aquellas previsiones no usurpa los poderes de la Asamblea, porque es ella misma la que ha acordado y declarado la voluntad social en su forma más amplia como órgano legislativo, y los Administradores no hacen más que ejecutarla, determinando sus condiciones concretas.

(1) Arts. 123<sub>2</sub>, 124<sub>1</sub>, 125, 143 y 154, núm. 4.

(2) En este sentido se manifiesta el concepto dominante en los trabajos preparatorios, si bien no faltan ambigüedades. Se estudian aquellos con diligencia por VIGHI, págs. 88 y siguientes, que concluye conforme al sentido manifestado en el texto aun cuando por otros motivos. Conforme A. SCIALOJA, *Foto.* 1905, 437; GAMBARDILLA, *Rivista di dir. comm.*, 1905, 580; Apelación Bolonia, 10 de Abril de 1899, *Giurisprudenza ital.*, 683; Apelación Turin, 22 de Junio de 1901; *Tem. genov.*, 666, y las otras citadas en la nota siguiente.

También en este caso obran los Administradores como mandatarios (vid. volumen I, núm. 254) porque cooperan con su propia voluntad a que se cumpla la del órgano mayor de que dependen y que puede siempre detener su ejecución con una declaración en contrario (núm. 488, letra f). El texto legal se manifiesta en este sentido, pues que si en la importantísima materia referente a la emisión de obligaciones quiere que la Asamblea acuerde la emisión *aunque haya sido prevista en la escritura social* (art. 172), no exige la confirmación del acuerdo ya tomado en tal escritura cuando se trate de modificaciones de los Estatutos (art. 158). Por tanto, se considerará superfluo que la Asamblea acuerde el aumento del capital si los Estatutos declaran que los Administradores pueden emitir nuevas acciones y determina los límites de la emisión. Cuando los socios teman abusos, pueden, mediante una reforma de los mismos, retirar a los Administradores la facultad de que les han investido.

Las circunstancias imponen frecuentemente este procedimiento, porque si la Asamblea debiese acordar incluso la ejecución de la reforma, por ejemplo, el contrato de fusión o el contrato por el que se coloquen las nuevas acciones, los Administradores no podrían sacar partido de las distintas ofertas para mejorar las condiciones del negocio y deberían tratar con las manos atadas por el consabido voto de la Asamblea. El acuerdo previo debe, no obstante, ser bastante concreto y determinado para que cuando se publique (art. 96) dé a los socios y a terceros suficiente noticia de la facultad concedida a los Administradores (1).

Es cuestión de apreciación el decidir si el acuerdo de la Asamblea tomado en la escritura social o en sus posteriores modifica-

(1) Conforme con el texto A. SCIALOJA, *Studi di dir. privato*, págs. 236 y siguientes y 240; NAVARRINI, núm. 418; Casación Roma, 3 de Enero de 1896; *Foro*, 121: «El aumento de capital, hecho conforme a las previsiones de los Estatutos, los aplica y no los modifica, no debiéndose confundir la modificación del capital, que es cosa de hecho, con la modificación de los Estatutos, que consiste en separarse de sus disposiciones»; Casación Florencia, 20 de Febrero de 1896; *Temí ven.*, 212: «La Asamblea acuerda definitivamente la reducción del capital cuando indica dos modos o sistemas y confía la elección al Gerente; son éstas funciones administrativas y ejecutivas que pueden delegarse en el Gerente»; Apelación Turín, 2 de Abril de 1891; *Giurisprudenza tor.*, 884; *id.*, 22 de Diciembre de 1902; *Foro*, 1903, 818; Apelación Génova, 19 de Febrero de 1904; *Foro*, 432; Casación Turín, 31 de Mayo de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 531; Apelación Génova, 26 de Marzo y 14 de Agosto de 1906; *Foro*, 695 y 1.383; Apelación Turín, 6 de Febrero de 1906; *Monitore*, 238; Casación Roma, 29 de Marzo de 1906; *Monitore*, 619; Apelación Parma, 7 de Junio de 1910; *Giurisprudenza torin.*, 1.086; Apelación Milán, 8 de Marzo de 1911; *Foro*, 698; Casación Turín, 5 de Julio de 1911; *Foro*, 1912, 176. En contra, Apelación Bolonia, 29 de Octubre de 1909; *Temí*, 779 y Apelación Roma, 24 de Mayo de 1907; *Foro*, 1.099.

ciones contiene una declaración definitiva de la voluntad social, confiada para su ejecución a los Administradores, o solamente el propósito de querer acordar para el porvenir, según los tiempos y circunstancias, la modificación de los Estatutos. Y la jurisprudencia seguiría una tendencia poco conforme con las exigencias de la actividad mercantil cuando, por desconfianza en los Administradores, exigiese de la Asamblea un segundo acuerdo de la modificación ya prevista por los Estatutos y, por tal motivo, otorgase a los socios disidentes la posibilidad de ejercitar el derecho de retirarse, poniendo en peligro la estabilidad y el caudal de la empresa (1).

**507.** La escritura social es soberana para determinar la forma en que debe constituirse la Asamblea que pueda modificar los Estatutos sociales. Establece si se puede llegar a una segunda convocatoria y si también para ésta es necesario un mínimo de acciones y de accionistas presentes y votantes, o si, por el contrario, se constituye válidamente con cualquier número de unos y otros.

Creyó el legislador que no se debían someter a una regla uniforme Sociedades que puedan tener un número tanto reducido como extendido de acciones, las cuales podían ser colocadas así en Italia como en el extranjero, y dado el rápido movimiento actual de los hombres y de las cosas, incluso en los más apartados países. ¿Cómo se habría podido imponer inflexiblemente a la Sociedad el que deliberase con la presencia de tantos socios como se precisan para representar las tres cuartas partes del capital social, si hay Sociedades cuyas acciones se cuentan por centenares de miles y éstas se hallan tan repartidas que pocos socios querrían hacer un viaje para emitir su voto en las Asambleas? ¿Cómo se habría podido imponer a las Sociedades constituídas mediante el concurso de capitales extranjeros en cuya escritura de fundación se lee que la mitad o los dos tercios del capital es de origen extranjero y que, no obstante, tienen por razón de su industria su do-

(1) Estimamos legal la práctica constante de confiar a los Administradores la facultad de introducir en los Estatutos las modificaciones que ordenase la autoridad judicial (art. 91, Código de Comercio) para conformarlos con la ley, ya que la intención dominante de los socios que quisieron constituir la Sociedad fué la de subordinar su constitución a la observancia de las leyes de orden público: en este caso, el acuerdo contiene una declaración de voluntad jurídicamente determinada. Conforme Tribunal Nápoles, 25 de Agosto de 1905; *Rivista di dir. comm.*, 578; GAMBARELLA, *Rivista cit.*, 1905, II, 580, en que combate justamente las tendencias restrictivas de SRAFFA (*Rivista, cit.*, pág. 578); Apelación SCIALOJA, *Foro*, 1906, 195, y *Rivista di dir. comm.*, 1912, I, 50. En contra, Apelación Bolonia, 10 de Abril de 1899; *Giurisprudenza ital.*, 683.

micilio en Italia o actualmente también en nuestras colonias? ¿Cómo se habría podido imponer aquel mínimo a tantas Sociedades cooperativas que frecuentemente por causa de su ordenamiento recogen sus socios dondequiera que ejercen su industria, en los lugares más distantes del domicilio social? Si la ausencia de una cuarta parte de estos socios bastase para impedir la reforma, tales Sociedades se verían, por lo general, obligadas a renunciar a toda útil transformación. Por ello el legislador en el art. 89, núm. 10, deja a los Estatutos *el cuidado de determinar los requisitos para la validez de los acuerdos de la Asamblea*; en el 157 regula el derecho de voto *sólo para el caso en que la escritura social o los Estatutos no modifiquen la ley*, en el 158 determina la mayoría *en cuanto los Estatutos o la escritura social no dispongan otra cosa*, y en el 184 núm. 5.º, confía expresamente a los Síndicos el cuidado de vigilar *si se cumplen las disposiciones de la escritura social y de los Estatutos relativas a los requisitos establecidos para la intervención de los socios en la Asamblea*.

Pero al silencio del contrato suple la ley, la cual no admite que la mayoría ordinaria pueda modificar los Estatutos y exige que la modificación sea acordada por una mayoría especial. Traduciendo en realidad este pensamiento, la ley prescribe que la Asamblea no puede deliberar al efecto cuando no esté integrada con la presencia de tantos socios cuantos representen las tres cuartas partes del capital social y cuando la modificación no se ha votado por tantos socios presentes personalmente o por medio de representante cuantos se requieran para formar, al menos, la mitad del capital social: de este modo se concede fuerza preponderante en estos acuerdos a la suma del capital aportado a la Sociedad y representado por las acciones (1). Si los Estatutos limitan el número de votos de que puede disponer cada socio, éste no se contará más que por dicho número en el cómputo de la mayoría, pero deberá considerársele en proporción a todas las acciones que posea, para computar los capitales representados en la Asamblea: en tal hipótesis se condensa en sus pocos votos la representación de todas sus acciones. Si la ley no se interpretase

(1) En este concepto se inspira la *Relaz. FINALI, Lavori preparatori*, 1, 1, pág. 113: «En estas Asambleas posteriores no se debería reparar, salvo que otra cosa disponga la voluntad de los socios, más que en el capital representado, y ello por dos razones: porque se trata de asociaciones de capitales y porque el criterio formado por el número de socios es demasiado inestable y falaz». También las leyes extranjeras exigen generalmente que la mayoría esté cualificada por el importe de los capitales que represente cuando se trata de reformas de los Estatutos: vid. ley alemana 1884, art. 215; Código de Comercio alemán, 1900, § 275; ley francesa, art. 31; Ley belga, art. 59; Código suizo, art. 627; Código español, art. 168, y Código rumano, art. 160.

así, las reformas resultarían frecuentemente imposibles en todas las Sociedades cuyos Estatutos limitasen legal y pródidamente el número de votos de los socios, por la imposibilidad de alcanzar el límite de los capitales representados que la ley ordena. Estas reglas rigen, ante el silencio de los Estatutos, para cualquier convocatoria: rigen *siempre*, como dice la ley. Si no fuese así, resultaría fácil eludirlas mediante una segunda convocatoria.

**508.** La Asamblea tiene la facultad de introducir cualquier modificación de índole jurídica o económica en los Estatutos, y merecen especial mención las siguientes modificaciones (1).

1.º La *prórroga* de la duración de la Sociedad, que mantiene bajo el vínculo social la cuota aportada por cada socio por un período superior al preestablecido. Si la prórroga se ha previsto en la escritura social, la Asamblea puede fijar sin límite alguno su duración (2).

**509.** 2.º *Reducción del capital social.*—La reducción puede efectuarse de los siguientes modos:

a) relevando a los socios de la obligación de entregar las sumas que aún deban de la acción.

b) devolviendo a los mismos una parte del capital desembolsado.

c) limitando el importe del capital sin ninguna restitución. Se recurre a este expediente para igualar el capital nominal con el patrimonio real de la Sociedad, disminuído por las pérdidas sufridas: cuando las pérdidas lleguen a una cuantía importante, el Código hace obligatoria la reducción (art. 146), y

d) extinguiendo un cierto número de acciones, y se puede

(1) Naturalmente que toda modificación de los Estatutos que lesionase el derecho de un tercero sería ineficaz respecto a él: vid. Apelación Catania, 16 de Noviembre de 1888; Foro, 1889, 351; Casación francesa, 29 de Diciembre de 1896; *Annales*, 1897, pág. 14, núm. 25.

(2) Un interesante caso fué fallado por la Casación de Roma (29 de Mayo de 1920; *Riv. di dir. comm.*, 1920, 582). En los Estatutos se había dicho simplemente que la Sociedad podía ser prorrogada, y la Casación sostuvo que, en tal modo, los socios habían renunciado ilimitadamente al derecho de retirarse, cualquiera que fuese el número de las prórrogas posteriormente acordadas por la mayoría, con tal que en su conjunto no excediesen del tiempo señalado para la duración primitiva de la Sociedad. La decisión es equivocada, debiéndose tal pacto entender más bien en el sentido de que sólo una vez podía acordarse la prórroga sin que se diese lugar a la retirada, y que la duración de tal prórroga podía libremente establecerse por la mayoría sin la limitación arbitraria puesta por el Tribunal Supremo mediante una errónea aplicación analógica de la ley de 11 de Julio de 1909, núm. 414. Vid. las justas críticas formuladas por MAZZONE a dicha sentencia *Riv. dir. comm.*, 1920, 11, 582).

proceder a la extinción, ya después de haberlas adquirido, ya por sorteo, o bien renunciando a vender las que estaban destinadas a una nueva emisión. Este procedimiento no encuentra obstáculo en el art. 144, que prohíbe a la Sociedad adquirir las propias acciones cuando no pueda hacerlo con cantidades obtenidas de las utilidades. Aquí la ley quiso impedir que sin procedimiento alguno de reducción, dejando figurar intacto el capital social en el lugar destinado al pasivo, se le pongan enfrente en el activo, en el capítulo de títulos en cartera, las acciones rescatadas, cuyo valor puede reducirse a cero cuando la Sociedad fracase; en otras palabras, la ley quiere impedir mediante el artículo 144 que se dé a los acreedores sociales una garantía ilusoria con títulos que podrían no tener en realidad valor alguno el día en que debieran utilizarse para satisfacer su crédito. La hipótesis del art. 144 no encaja entre las de reducción del capital, porque su presupuesto es que el capital de la Sociedad quede intacto. Pero cuando éste queda manifiestamente reducido, con todas las garantías de formas y plazos legales (art. 101), la adquisición de acciones realizada mediante empleo del capital que resultó disponible como consecuencia de la reducción, es legítima, porque los acreedores quedan tutelados por el derecho de oposición (1).

**510.** Los acreedores, aunque su crédito esté sujeto a condición o plazo, pueden oponerse a la reducción del capital: no pueden oponerse los socios, porque los acuerdos de la mayoría son obligatorios para ellos (art. 603), y los socios no tienen en este caso ni aun el derecho de retirarse (art. 158,) (2).

Los acreedores podrán oponerse con un acto de oposición o con un acto de citación. Para ellos es preferible el primero que obliga a la Sociedad a tomar la iniciativa del juicio, mientras que practicando la citación quedan obligados a proseguir el juicio si no quieren ser afectados por la caducidad de la instancia. Los acreedores, por ejemplo, los portadores de obligaciones, podrán oponerse también a la reducción que se haga con el fin de igualar el capital nominal con el capital reducido por las pérdidas sufridas, a no ser que tenga lugar por disposición de la ley (art. 146). El

(1) Conforme Decreto Tritural Turín, 20 de Agosto de 1902; *Foro*, 1.113 y la práctica judicial allí citada; Apelación París, 8 de Julio de 1892; *Dalloz*, 1894, II, 598; conforme también, Apelación Génova, 19 de Agosto de 1910; *Gturtispr. ital.*, 974.

(2) Casación Florencia, 20 de Febrero de 1896; *Temi ven.*, 212; Apelación Turín, 8 de Mayo de 1910; *Foro*, 1.036; Tribunal Nápoles, 13 de Noviembre de 1909; *Foro*, 1910, 203 y la nota.

art. 101 no distingue entre el caso en que la reducción tenga lugar para devolver una parte del capital y el de que tenga lugar para regular una pérdida. También en este caso tienen un serio interés en oponerse cuando se tenga en cuenta el ordenamiento jurídico de las Sociedades por acciones, ya que la reducción del capital nominal puede llevar consigo las siguientes consecuencias, dañosas a los intereses de los mismos: alejar el momento en que, según el art. 146, se deba llegar a la disolución o al estado de liquidación, que puede garantizar mejor a los acreedores sociales; disminuir la cantidad de utilidades anuales que deben asignarse al fondo de reserva (art. 182), y, por tanto, excluir la posibilidad de que se reparen con la virtud restauradora de la misma las pérdidas sufridas y que se rehaga el patrimonio primitivo, y, por fin, disminuir la caución de los Administradores (art. 123). También en esta hipótesis el Juez, en su soberana apreciación, deberá tener en cuenta las razones concretas de la oposición y del nuevo peligro a que queda expuesta la seguridad del acreedor, pero no podrá rechazar *a priori* la oposición como ilegítima (1).

**511.** El *complemento* del capital puede ser forzoso o potestativo. Es forzoso cuando los socios que no prefieran retirarse de la Sociedad quedan constreñidos a entregar nuevamente en todo o en parte, respecto al importe de cada acción, el valor en que la misma haya desmerecido a causa de la pérdida conjunta sufrida por el patrimonio social. Es potestativo, cuando se ofrecen a los socios dispuestos a la nueva aportación ventajas particulares, por ejemplo, un derecho de prelación sobre las utilidades o sobre el capital social (núm. 485), o cuando desvalorizado el capital social, se colocan las nuevas acciones necesarias para completarlo entre quienes quieran suscribirlas; en tal caso, el complemento resulta de dos operaciones combinadas de reducción y de aumento de capital.

**512.** *Aumento del capital.*—El aumento del capital puede efectuarse mediante la emisión de nuevas acciones y es ésta la forma más corriente (núm. 513). Puede hacerse también obligando a los socios que no prefieran retirarse de la Sociedad a entregar un suplemento sobre el importe primitivo de la acción. En ambos casos, según nuestro Código, tienen los accionistas el derecho de retirarse: en el primero, porque se altera la proporción

(1) Conforme MANARA, *Società*, 11, 3, pág. 145; NAVARRINI, *Comm.*, núms. 152 y 153. En contra, SRAFFA, *Studi di dir. comm.*, Florencia, 1908, pág. 365; Tribunal Milán, 11 de Diciembre de 1908; *Rivista di dir. comm.*, 1909, 110; Apelación Sarín, 6 de Mayo de 1910; *Foro*, 1.026 y la nota allí inserta, de A. SCIALOJA.

de cada uno en el capital y en los dividendos, o se obligan a nuevas inversiones de capitales si quieren participar en la misma proporción que antes en los beneficios sociales, y en el segundo, porque tienen que desembolsar nuevos capitales (1). Por el contrario, no hay derecho a retirarse cuando el aumento de capital no altera la posición de los accionistas del ente social, como cuando se aumenta la evaluación del patrimonio social, elevando de la correspondiente manera el valor de las acciones o se distribuyen gratis las acciones nuevamente entre los socios (2).

El poder de la Asamblea, de obligar a los socios a que entreguen un suplemento, parece a primera vista inconciliable con la definición de la Sociedad anónima en que la responsabilidad del socio queda limitada a la cuota aportada (art. 76, núm. 3.º). Pero puesto que los socios pueden ser obligados por la Asamblea a entregar un suplemento sobre el importe de la acción para reintegrar de las pérdidas, es evidente que la ley ha estimado que la esencia de la Sociedad anónima no es incompatible con estas cargas eventuales y potestativas. Ella debe haber considerado que la responsabilidad del socio está siempre, en realidad, limitada al valor de la acción, ya que puede él liberarse de la obligación de entregar aquel suplemento, retirándose (3).

**513.** Si el aumento de capital se lleva a cabo mediante la:

(1) Conforme A. SCIALOJA, *Foro*, 1903, 317; MANARA, I, 157; Casación Turin, 10 de Febrero de 1912; *Riv. delle soc. comm.*, 364; id., 27 de Julio de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 1903, 322; Apelación Génova, 19 de Febrero de 1904; *Rivista*, cit., 1904, 264; Apelación Milán, 17 de Septiembre de 1907; *Monitore*, 1908, 192. En contra, Apelación Turin, 22 de Diciembre de 1902, *Foro*, 1903, 817.

(2) Conforme A. SCIALOJA, *Studi di dir. privato*, pág. 221; NAVARRINI, número 409.

(3) Se diría que los compiladores del Código al regular el aumento del capital han tenido presente más bien el caso en que los socios son requeridos para un suplemento, que el de la emisión de nuevas acciones: vid. *Atti della comm. prelim.*, Verb., núm. 537; *Relaz. MANCINI*, pág. 365: acordando el aumento del capital, se viene a disponer de lo que los socios no han aportado a la Sociedad; se debe conceder a los socios disidentes el derecho a retirarse para que no queden obligados a la entrega de sumas mayores que las primitivamente prometidas; Apelación Turin, 22 de Diciembre de 1902; *Foro*, 1903, 817. Admiten que la Asamblea puede imponer ulteriores aportaciones, A. SCIALOJA, *Studi di dir. privato*, pág. 215; Apelación Catania, 1.º de Abril de 1891; *Foro*, 1891, 766. En contra la nota a esta sentencia en el *Foro*, loc. cit.; Apelación Génova, 19 de Febrero de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 264. Es notable, sin embargo, el que las leyes y la jurisprudencia de otros países, reconociendo la incompatibilidad de este poder de la Asamblea con la índole de las Sociedades anónimas, no admiten la obligación de un suplemento si no se obtiene el consentimiento de todos los socios: ley alemana 1884, art. 219 (ahora § 211 y 276, Código de Comercio alemán). LYON-CAEN ET RENAULT, II, 873; Casación París, 26 de Julio de 1887; *Dalloz*, 1888, 2, 445. GOLDSCHMIDT, *System*, 3.ª edición, pág. 138; RING, pág. 410, y STAUB, *Komm.*, 7.ª edición, § 211g. Vid. núm. 412.

emisión de nuevas acciones, débense tener presentes varias disposiciones legales que tiendan a impedir que los Administradores y los socios abusen de aquella medida especulando con la reventa de las acciones o distribuyendo dividendos ficticios con el dinero recogido mediante las nuevas emisiones. La ley quiso también tutelar los intereses de los antiguos accionistas que, como consecuencia de las nuevas emisiones, quedan expuestos a mayores oscilaciones en el precio de los títulos y deben repartirse las ganancias de la hacienda social con nuevos accionistas. La emisión queda sujeta a los siguientes requisitos:

I. Debe ser votada por una Asamblea constituida en la forma prescrita para modificar los Estatutos, excepto que haya sido prevista y aceptada por los socios en la escritura de constitución (1), y otorga a los socios disidentes la facultad de desligarse del vínculo social (2).

II. Las acciones anteriormente suscritas deben ser completamente pagadas (art. 131<sub>2</sub>). Esto es por lo general oportuno, al menos en las Empresas en que el capital sirve para la explotación de la hacienda, porque no se puede sentir la necesidad de aumentarlo mientras todavía se pueda disponer de una parte del capital suscrito originariamente. Pero esta regla puede servir de obstáculo al desenvolvimiento de las Sociedades en las cuales el capital llena simplemente una función de garantía, como en los Bancos y en las Compañías de seguros (3).

(1) Art. 158, núm. 5.º Vid. núm. 506, texto y nota 42 y las sentencias allí citadas. En el caso en que la nueva emisión se haya convenido en la escritura social, no se trata ya de modificarla, sino de aplicarla, y se superfluo un nuevo consentimiento de los socios. Conforme Apelación Catania, 1.º de Abril de 1891; *Foro*, 766; Casación Roma, 3 de Enero de 1896; *Foro*, 121. Art. 172.

(2) Sin razón, distinguiendo donde es imposible distinguir, el Tribunal de Catania, loc. cit., y el de Turin, 22 de Diciembre de 1902; *Foro*, 1903, 817, sostuvieron que el derecho de retirarse puede ejercitarse por los socios sólo cuando el aumento se haga, caso verdaderamente singular, obligádoles a la entrega de sumas mayores que las primitivamente prometidas. Exactamente: Cas. Turin 27 de Julio de 1903; *Foro*, 1.211; Apelación Génova, 19 de Febrero de 1905; *Foro*, 432, confirmada por la Casación de Turin, 31 de Diciembre de 1904; *Foro*, 1905, 557; Apelación Milán, 17 de Septiembre de 1907; *Monitore*, 192.

(3) Estas Empresas pueden sentir la necesidad de dar mayores garantías a su clientela cuando se propongan extender su actividad mediante el establecimiento de nuevas sedes y sucursales o mediante la explotación de nuevos ramos de su comercio. Obligándolas a reclamar todo el importe de las acciones ya suscritas, antes de autorizarlas para emitir nuevas, se obligan a la administración y al gasto de un capital que no necesitan, o se constriñen a renunciar a ello en detrimento de su clientela, a la que se priva de una garantía que de otro modo habría obtenido. Fuerdamente la ley alemana de 1884, art. 215 a, y ahora el Código de Comercio del Imperio, § 278, conceden excepcionalmente a las Sociedades de seguros la facultad de emitir nuevas acciones aunque las anteriores no hayan sido completamente liberadas.

La entrega omitida de cualquier décima ya reclamada, de las acciones, es obstáculo insuperable para la nueva emisión: antes de proceder, precisa revender las antiguas acciones morosas y cobrar los retrasos. No sería válido el acuerdo de suplir la deficiencia con el sobreprecio de las nuevas acciones, ya que estas utilidades no son todavía ciertas. Los Administradores que para obtener una nueva emisión presentan en el libro de socios o hacen constar en la situación de las acciones como enteramente pagadas las acciones en mora, son castigados con graves penas pecuniarias y con un proceso de bancarrota en caso de quiebra (1).

III. Está prohibida la emisión por debajo del valor nominal, y lo está porque de dicha manera se proveería a la Sociedad de un capital inferior al que en todos sus actos y en los registros públicos ostentaría como que ofrecía en garantía de sus acreedores, y porque induciría a los Administradores a distribuir beneficios exagerados para conducirlos a la par. No se puede eludir aquella prohibición prometiendo a los suscritores un premio que haya de pagarse con el capital de la Sociedad. La emisión abusiva está castigada con una especial sanción (art. 247, núm. 3.º).

Las nuevas acciones pueden ofrecerse a la suscripción del público o reservarse a los antiguos accionistas, ya en virtud de una cláusula de los Estatutos, ya por un voto de la Asamblea, en compensación de la prosperidad a que han conducido a la Empresa y de la depreciación que, como consecuencia de la nueva emisión; experimentan generalmente las acciones antiguas. Las nuevas acciones pueden concederse a los antiguos accionistas por el precio nominal y a los extraños a un precio más alto (2); pueden gozar de especiales ventajas, por ejemplo, de un derecho de preferencia sobre los dividendos (núm. 482 y siguientes); pueden darse a cambio de aportaciones en especie o en dinero, y pueden ser colocadas a un precio más alto que su valor nominal.

Este sobreprecio, salvo el caso de acuerdos en contrario, no puede considerarse como una ganancia de la empresa social, sino como una adición de aportación hecha por los nuevos accionistas para igualarse con los antiguos. No debe incluirse en la cuenta de ganancias sino de aumentos patrimoniales, y debe asignarse a

(1) Art. 247, núm. 31 y art. 863, núm. 2.º El art. 215 a de la ley alemana (§ 278, Código alemán, 1900), correspondiente al art. 131<sub>3</sub>, y que dice así: «No puede aumentarse el capital de la Sociedad antes de su completo desembolso», ha sido interpretado con el rigor empleado en el texto, por la doctrina alemana; también: vid. WOELDERNDORFF, pág. 409; GAREIS UND FUCHS, *Comm.*, art. 222, número 407, pág. 539; RING, pág. 355.

(2) Vid. un ejemplo en los Estatutos de la Compañía italiana de ferrocarriles secundarios de Cerdeña, art. 4.º, aprobado por Real decreto de 5 de Octubre de 1886.

fondo de reserva estatutario o a la formación de un fondo especial de reserva, a fin de que en contraposición al mismo se conserve en el patrimonio social y por tanto en la rúbrica del activo, una suma de valores equivalentes, no repartibles entre los accionistas a título de dividendos (1).

IV. El acuerdo de la Asamblea o el del Consejo, al que se hubiese concedido por los Estatutos o por la Asamblea la facultad de emitir una nueva serie de acciones, debe depositarse en la Cancillería del Tribunal, a fin de que éste, antes de ordenar su publicación, compruebe la observancia de las normas dictadas por la ley (2). Esta verificación es necesaria, no sólo cuando la emisión de las acciones se efectúa públicamente, sino también cuando se hace por ofertas privadas. Los Administradores deberán publicar la acordada modificación de los Estatutos, después que el Tribunal haya comprobado su regularidad (art. 96).

514. Con la publicación del programa que contenga las condiciones de la nueva emisión, la Sociedad hace al público una oferta en el sentido jurídico, es decir, una oferta obligatoria, cuando el programa determine el modo de reducir las suscripciones que excedan del importe conjunto de la emisión (3). La oferta es obligatoria, porque la Sociedad proponente no ha de hacer ninguna otra declaración de voluntad para quedar obligada: basta que aplique a la suma de acciones suscritas los criterios de reducción expresados en el programa, para que se determine el número de acciones correspondientes a cada suscriptor; y esto pertenece a la ejecución; no a la conclusión del contrato.

Las reglas dictadas por la ley para la primera emisión de acciones acerca de la forma de las suscripciones, el depósito de las primeras entregas o la aprobación de la Asamblea, no son aplicables al aumento de capital. Son casi todas normas excepcionales dictadas para proteger a los suscriptores crédulos y a la Sociedad en embrión, contra los engaños de los promotores. Estos motivos de la ley no permiten aplicarla cuando la Sociedad, ya constituida,

(1) El empleo del sobreprecio de las acciones en aumento de la reserva, principalmente con el fin de evitar el agiotaje, se halla prescrito por el Código de Comercio alemán, § 262, núm. 2.

(2) Casación Turín, 5 de Julio de 1911; *Foro*, 1912, 176; Casación Roma, 29 de Marzo de 1906; *Monitore*, 619; Apelación Génova, 26 de Marzo de 1906; *Foro*, 695 (con nota favorable de A. SCIALOJA); MANARA, *Soc.* 11, 3, pág. 50. En contra, SRAFFA, *Rivista di dir. comm.*, 1905, 11, 578; Apelación Turín, 6 de Marzo de 1909; *Monitore*, 233.

(3) Equivocadamente la Casación de Florencia, 18 de Diciembre de 1885; *Temi ven.*, 1886, 2, considera el acuerdo de la Asamblea de emitir nuevas acciones como una proposición hecha a los nuevos socios. Vid. 4.ª edición, volumen IV, núms. 1.523 y 1.526.

puede tutelar por sí sus propios intereses con sus propios órganos administrativos y cuando los nuevos suscritores de las acciones están menos expuestos al peligro de programas engañosos, porque pueden, mediante el examen de los balances y de los otros instrumentos publicados por la Sociedad, que ya ha hecho sus pruebas, conocer su estado antes de participar en la misma. Es cierto que de esta forma se abandonan también eficaces precauciones para el ordenamiento y el crédito de la Sociedad, así como para la seguridad de sus acreedores. En efecto, la posibilidad de aceptar suscripciones no autenticadas por Notario y de exonerar a los nuevos suscritores de la primera entrega de las tres décimas, facilitarán las suscripciones de accionistas insolventes o imaginarios. La posibilidad de negociar estas acciones antes de su emisión—la prohibición del art. 137 no puede aplicarse a las Sociedades ya constituidas—puede dar lugar a las más ambiguas especulaciones de Administradores que hagan acordar a la Asamblea el aumento de capital solamente si consiguen por medio de convenientes Sindicatos, colocar previamente y con provecho personal las nuevas acciones (1). Pero las disposiciones de la ley colocadas bajo la rúbrica de *la constitución de la Sociedad* no pueden extenderse más allá de los confines señalados a su dominio. El Juez que para salvar este obstáculo considerase el aumento de capital como constitución de una Sociedad nueva, violaría la ley, que estima el aumento de capital como una simple modificación de la Sociedad ya existente, que continúa existiendo (2).

(1) Vid. a este respecto nuestras observaciones, en la *Riv. di dir. comm.*, 1905, 1, 235: *Le contrattazioni all'emissione e le prove recenti di questo sistema*, y las publicadas en la misma *Rivista*, 1905, 1, 162. Acerca de la inaplicabilidad de la prohibición del art. 137 a las ventas de acciones emitidas por una Sociedad ya constituida, vid. Tribunal Génova, 10 de Junio de 1908; *Foro*, 1.414.

(2) Código de Comercio, arts. 96, 100, 103 y 158. Otro argumento importante puede obtenerse del art. 140, núm. 2.º, por el cual, los acuerdos que modifiquen a los Estatutos y consiguientemente que aumenten el capital, no necesitan instrumento público, que, sin embargo, se exige para la constitución de la Sociedad (art. 87). Conforme Apelación Catania, 30 de Diciembre de 1881; *Eco*, 1882, 274; Apelación Turín, 5 de Septiembre de 1887; *Annali*, 1887, 423. En contra, NAVARRINI, núm. 460. En Francia, bajo el imperio de una legislación esencialmente distinta de la nuestra, se sostiene que se deben extender a las nuevas emisiones de acciones las disposiciones de la ley de 1867 sobre Constitución de las Sociedades. Vid. LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 870; VAVASSEUR, I, núms. 376 y siguientes; Casación francesa, 11 de Abril de 1889; *Dalloz*, 1890, 305; Apelación París, 28 de Julio de 1887, *Annales*, 1890, 81. La ley alemana de 1884 dicta algunas medidas de precaución para la emisión de las nuevas acciones, art. 215 a y b (concordantes con el Código alemán de 1900, §§ 278 y 281); pero lejos de extender las reglas de la primera emisión a las posteriores, ha desechado racionalmente la teoría que considera el aumento del capital como una constitución de Sociedad: por eso, la doctrina procedente de dicha nacionalidad dedujo la lógica consecuencia de que las reglas

Si la emisión no fué regular o si no se suscribió por entero, los suscritores tienen derecho a pedir que se les desligue de la obligación, aunque el Tribunal haya ordenado la inscripción de la reforma introducida en los Estatutos. La sentencia que libere a los nuevos suscritores de las obligaciones contraídas y consiguientemente reduzca el capital a su primitivo importe, debe depositarse en la Cancillería del Tribunal, a fin de que este último ordene su publicación (art. 96).

**515.** El aumento del capital que deba llevarse a cabo mediante la emisión de acciones privilegiadas, puede acordarse por la Asamblea, como cualquiera otra modificación de los Estatutos. En la disposición general de la ley que confía a la mayoría la facultad de acordar el aumento del capital, no hay lugar para distinciones arbitrarias. Se objetó que de esta forma se crea por un acuerdo posterior a la constitución de la Sociedad, una desigualdad entre los socios y que el art. 164 sólo admite la posibilidad de que las acciones confieran derechos desiguales cuando de este modo se haya establecido en la primitiva escritura de constitución, pero las dos objeciones se refutan fácilmente. El acuerdo de la Asamblea no crea desigualdad entre los socios que lo sean en el momento del acuerdo, favoreciendo a unos en menoscabo de otros, sino que situando a todos en igual condición, los subordina a todos a los derechos preponderantes de los futuros accionistas privilegiados. Por tanto, no se puede temer que los socios abusen de su derecho de voto, porque no pueden perjudicar a sus compañeros sin perjudicarse a sí mismos (núm. 489). Ni es más fundada la referencia al art. 164, pues que la frase «escritura de constitución» se usa generalmente en un significado amplio e integral, comprendiendo en la misma los Estatutos que formaron el objeto de la escritura de constitución y todas las sucesivas modificaciones que se unen orgánicamente a la primitiva escritura de constitución, como las modificaciones de cualquier contrato se unen orgánicamente con el mismo (1).

dictadas para la primera emisión, especialmente las que conciernen a la actuación de los promotores, no son aplicables a las posteriores: RING, pág. 354.

(1) Que la ley emplee la expresión «escritura de constitución» en este sentido general, se prueba con evidencia comparando los artículos 89, inciso último, 91 y 96 con los 99 y 158, núm. 7.º Además, no se puede admitir el que la ley obligue a los Administradores a la observancia de la primitiva escritura de constitución y no a la de las posteriores modificaciones, cual ocurriría si se debiere admitir que con las palabras «escritura de constitución» se entendiera sólo la primitiva escritura fundamental. Esta absurda irresponsabilidad existiría en los casos regulados por el art. 122, y no se puede admitir que por defecto de cualquier clase, deba quedar la fianza invariablemente fijada por la escritura de constitución (art. 123). Acerca de las acciones privilegiadas, vid. núm. 482.

Se ha objetado más recientemente que la disposición del artículo 164 en que se refiere a la escritura de constitución sería superflua si se admitiese la posibilidad de hacer esta reforma mediante una modificación de la escritura de Constitución: sería superflua, se dice, porque el art. 158 ya establece que toda modificación de los Estatutos debe acordarse en Asamblea extraordinaria. Se contesta que el art. 164 no es nada superfluo, porque excluye las disposiciones del Consejo de Administración y de la Asamblea ordinaria que ataquen a la igualdad de los accionistas; por ejemplo, servirá para impedir que estos dos órganos administrativos, tanto en la reclamación de las décimas como al fijar la época del pago de los dividendos, creen diferencias entre los accionistas (1).

**516.** El *cambio de objeto* de la Sociedad, es decir, del fin industrial de la misma, puede también acordarse por la Asamblea. La duda de si hay o no cambio se resuelve interpretando el contrato, es decir, teniendo en cuenta la intención que tuvieron los contratantes cuando lo estipularon y cuando lo modificaron. Si los nuevos negocios acordados por la Asamblea se hallan incluidos en el objeto señalado primitivamente a la Sociedad, y por tanto están comprendidos en los poderes de sus órganos administrativos, el cambio es sólo aparente, aun cuando haya sido aprobado y publicado como una modificación de los Estatutos (2).

(1) Vid. en sentido conforme con el texto: VIDARI, *Legge*, 1896, 667; GRECO, *Foro ital.*, 1908, 1.082. Tribunal Turín, 5 de Agosto de 1918, ric. FIAT; *La Società per azioni*, 1918, 300. En sentido contrario: Apelación Milán, 11 de Septiembre de 1908; *Foro*, 1.139; A. SCIALOJA, *Foro*, 1908, 1.139 y 1.907, 919; NAVARRINI, *Comm.*, núm. 407; *Foro*, 1908, 1.348; *Giurispr. ital.*, 1909, 1, 2, 569; VIGHI, número 26.

(2) Vid. núm. 345. Ejemplos recientes de las más variadas interpretaciones: Apelación, Trani, 30 de Enero de 1891; *Foro*, 580; Apelación Catania, 1.º de Abril de 1891; *Foro*, 766; Casación Nápoles, 18 de Junio de 1891; *Foro*, 1892, 311; Apelación Venecia, 20 de Marzo de 1894; *Foro*, 752; Apelación Milán, 4 de Septiembre de 1894; *Monitore*, 916. Casación Turín, 17 de Noviembre de 1896; *Foro*, 1897, 202. Se puede estimar en general por esta última sentencia que no hay cambio cuando se reduce la esfera de acción de la Sociedad a una sola entre las distintas especies de negocios que forman su objeto. ¿Hay cambio cuando la Sociedad abandona temporalmente la explotación de la propia industria, en manos de otra Sociedad, por el equivalente de una renta? ¿Y cuando la Sociedad continúa la explotación por cuenta ajena, sustituyendo el alea de la especulación con la seguridad de una renta fija? Vid. sobre tales dudas la doctrina y la jurisprudencia alemana: RING, pág. 348; VON VOELDERNDORFF, págs. 182 y siguientes. Vid. también Casación Turín, 23 de Octubre de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 474. Id., 17 de Marzo de 1910; *Foro*, 1.135; Apelación Milán, 16 de Febrero de 1912; *Rivista delle soc. comm.*, 275; id., 5 de Noviembre de 1909; *Monitore*, 1910, 168; Apelación Turín, 20 de Diciembre de 1909; *Rivista di dir. comm.*, 1910, 260; A. SCIALOJA, *Foro*, 1910, 1.135 y 1.905, 1.380.

517. *El derecho de retirada.*—El derecho de retirada actúa como un freno y es un remedio contra el poder ilimitado de las Asambleas, de modificar los propios Estatutos. Es una institución de orden público de que no se puede privar a los accionistas ni por los Estatutos ni por la Asamblea.

Dos son a este respecto las interpretaciones del art. 158:

a) El derecho de retirada es un derecho intangible al cual los socios no pueden renunciar ni en la primitiva escritura de constitución ni en sus cambios posteriores, y

b) El derecho de retirada es una defensa de interés privado, a la que los socios pueden renunciar en la escritura de constitución, ya que prestan todos sus consentimientos a ella con su presencia o mediante la presunción legal de que están representados (1).

Nosotros seguimos la primera interpretación. Consideramos la retirada como un remedio introducido por razones de orden público en defensa de los accionistas: como un remedio, como un freno puesto al lado del derecho ilimitado concedido a la mayoría—y especialmente en las Asambleas de segunda convocatoria, a cualquier exigua mayoría—de introducir cualquier cambio en los Estatutos. Esta función moderadora del derecho de retirada se halla impresa en el art. 163 con palabras que indican su irrenunciabilidad. No es admisible que el socio pueda obligarse en la escritura de constitución a soportar cualquier cambio del objeto de la Sociedad o a entregar como aumento o complemento del capital social cualquier suma sin el recurso de la retirada. Esta exagerada interpretación obligaría al socio a soportar obligaciones indeterminadas (arts. 1.104 y 1.117, Código civil) e imprevisibles (art. 1.138, Código civil), y el Código civil dispone que se mantenga todo contrato dentro de los límites de las posibles previsiones de los contratantes. Ella heriría en su esencia la institución de la Sociedad de responsabilidad limitada como es definida por el art. 76, núm. 3.º, en cuanto que el socio consigue limitar su res-

(1) VIGHI, págs. 568 y 77. Vid. en A. SCIALOJA, *Studi* citados, págs. 225 y siguientes, las vicisitudes procesales de tal cuestión. En la doctrina y en la jurisprudencia posterior, vid. en apoyo de la tesis por nosotros defendida: MAZZONE, *Riv. dir. comm.*, 1920, 11, 582. Apelación Roma, 1.º de Febrero de 1907; *Riv. di dir. comm.*, 242. En contra, WEILER, *Foro veneto*, 1920, 22; Apelación Milán, 17 de Septiembre de 1907; *Monitore*, 1908, 198; Apelación Venecia, 6 de Noviembre de 1919; *Foro veneto*, 1920, 22. Una opinión intermedia sigue NAVARRINI, *Comm.*, 412. Ni siquiera tomamos en consideración la opinión de que se pueda privar a los socios del derecho de retirada mediante una modificación de los Estatutos, puesto que aquella conduciría al absurdo de privar a los socios del derecho de retirada por un acuerdo contra el cual no podrían ejercitar este derecho de defensa, puesto que el Código de Comercio en el art. 158 no la concede para este caso.

ponsabilidad a la suma aportada, si puede hacer uso del derecho de retirada; pero si se le quita este derecho, podría quedar obligado a aportar nuevos capitales como aumento o complemento del capital social. El texto de la ley se manifiesta en este sentido, porque concede al socio la facultad de renunciar al derecho de retirada en caso de prórroga, y señalando este caso excluye todos los otros.

Sin embargo, los Estatutos pueden reducir o anular el derecho del socio que se retire al reembolso de las acciones. Es pacto frecuente en los Estatutos de las cooperativas, en las que el socio se obliga para el caso de retirada a conformarse con el valor nominal de la acción o de una parte del mismo: justificado sacrificio del individuo por la prosperidad del ente en el cual ha vivido. El pacto es válido porque deja al socio libre para retirarse, y, por tanto, para limitar sus pérdidas a las suma que ha aportado (1).

**518.** El derecho de retirada corresponde tanto a los socios que votaron en contra del cambio como a los que se abstuvieron de votar, porque también éstos disintieron del acuerdo adoptado por la mayoría negándole el voto (2).

Unos y otros deben avisar su retirada dentro de las veinticuatro horas de la clausura de la Asamblea. En cambio, los que no intervinieron, tienen un mes de tiempo para hacerlo, a contar desde el día en que, comprobado el acuerdo por el Tribunal, se publique en el *Diario de Anuncios Judiciales* (3). Los socios que avisaren su retirada antes de la publicación del acuerdo

(1) Conforme Tribunal Venecia, 19 de Marzo de 1884; *Anuario*, 11, núm. 168; Apelación Venecia, 20 de Marzo de 1894; *Foro*, 752.

(2) Si la ley considera también como disidentes a los que no intervinieron en la Asamblea, bien que no hayan dicho ni sí ni no, justo es considerar como disidentes a los que se abstuvieran de votar, que igualmente no dijeron ni sí ni no. Por otra parte, no habiendo contribuido ellos en manera alguna a formar la mayoría absoluta que es necesaria para el acuerdo, es justo que no pierdan su derecho; todo ello por analogía con el art. 834<sub>3</sub>.

(3) Art. 100. Casación Turín, 4 de Junio de 1892; *Foro*, 1.298; Apelación Génova, 14 de Junio de 1889; *Temi genov.*, 427; Apelación Turín, 26 de Julio de 1886; *Foro*, 984; Casación Florencia, 27 de Abril de 1885; *Temi ven.*, 275; Apelación Venecia, 29 de Julio de 1884; *id.*, 407. Según la Casación de Turín, 11 de Febrero de 1910, *Rivista di dir. comm.*, 759, para el transcurso del plazo señalado para el aviso de retirada de los socios que no intervinieron, no se debe tener en cuenta la fecha consignada en el diario en que fué inserto el acuerdo que da derecho a la retirada, sino la fecha en que efectivamente ocurre la distribución del diario al público. En las Sociedades cuyos Estatutos subordinan todo efecto del cambio a la aprobación del Estado, el derecho de retirada de los socios no podrá ejercitarse si no cuando la aprobación haya sido concedida. Vid. Estatutos de los Ferrocarriles secundarios sardos, art. 32; Estatutos de los Ferrocarriles mediterráneos, art. 31, y Estatutos de los Ferrocarriles sicules, art. 31. Vid. núm. 342.

no podrán llevar a cabo la misma, sino en el caso de que la publicación se haya realmente efectuado (1): en tal hipótesis, la publicación celebrada provee a quien avisó retirarse del requisito que le faltaba para su ejercicio efectivo (*dies superveniens confirmat actionem*). Por ello, si la mayoría de los socios, percatada de los obstáculos que se oponen a que efectúe el acuerdo, lo revoca, reuniéndose en una nueva Asamblea extraordinaria antes de que se haya hecho la publicación, el socio que haya notificado su retirada, no puede llevarla a cabo: si no fuese así, la Sociedad debería soportar los efectos de un acto que no fué publicado, a pesar del art. 100 (2). Si en vista de un gran número de retiradas, la Sociedad acuerda disolverse anticipadamente, las retiradas quedan sin ningún efecto, porque desaparece el presupuesto de la ley, que es la existencia del ente del cual los socios se retiran, y la liquidación actúa en beneficio de todos los socios, como si las retiradas no hubiesen tenido lugar (3).

El socio que utiliza la facultad que le ha sido concedida por la ley (art. 97) de hacer publicar el acuerdo modificador de los Estatutos, pierde el derecho de retirada, porque tal facultad se le otorgó en interés de la Sociedad a cuyas expensas la ha ejercitado, no en contra de ella.

**519.** La retirada de un socio deberá publicarse a su vez observando las formalidades necesarias para la constitución regular de la Sociedad (art. 96), ya dé lugar a una reducción del capital, ya quede éste intacto por efecto de nueva colocación de las acciones cuando éstas no hayan sido enteramente liberadas. Y a la verdad, esta sustitución pone en lugar del primitivo suscriptor de la acción y de los sucesivos cesionarios, a un nuevo suscriptor, único responsable de las entregas todavía no efectuadas, y es conveniente que la regularidad de su obligación sea comprobada por el Tribunal, como lo fueron las suscripciones primitivas.

**520.** El socio que se retira tiene derecho al reembolso de sus acciones, cuyo valor debe ser computado en proporción al

(1) Apelación Turín, 26 de Noviembre de 1889; *Foro*, 1890, 217.

(2) Apelación Venecia, 29 de Julio de 1884; Casación Florencia, 27 de Abril de 1858; *Tem ven.*, 1884, 407; 1885, 275; Apelación Venecia, 20 de Marzo de 1894; *Foro*, 752; Tribunal Bolonia, 20 de Diciembre de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 1905, 191, con nota adjunta de BOLAFFIO; Apelación Bolonia, 7 de Abril de 1905, con nota adjunta de A. SCIALOJA, *Rivista cit.*, 1905, 574 y *Foro*, 1905, 436, y NAVARRINI, núm. 415.

(3) Vid. la sentencia del Tribunal Bolonia y los autores citados en la nota anterior.

activo social, cual resulte del último balance aprobado. Los informes de los Síndicos o del Consejo de Administración no se toman en cuenta para esta evaluación, aunque hayan sido aprobados por la Asamblea si tienden a modificar las evaluaciones hechas en el balance. De este modo, la autoridad de un balance ficticio se redarguye contra los que lo aprobaron, los castiga por su mentira y los fuerza a redactarlo verídicamente, y así se ahorran también inevitables e intrincados litigios entre los socios que se retiran y la Sociedad, acerca de la estimación del patrimonio social, litigios que unidos a la amenaza de retirada de los socios, acabarían echando por tierra el crédito de la Sociedad. Si el último balance ordinario fué redactado con un optimismo desmentido por la experiencia posterior, nada se opone a que se convoque una Asamblea extraordinaria para determinarlo con nuevos criterios durante el curso del ejercicio posterior, con todas las garantías legales de convocatoria de la Asamblea e informe de los Administradores y de los Síndicos. Este balance extraordinario será decisivo para determinar el reembolso debido a los socios retirados, salvo, desde luego, la prueba de su fraudulencia (1).

**520 bis.** Determinado cuál es el balance decisivo, precisa fijar el valor del activo social y, por tanto, el valor de cada acción. Para obtenerlo, se sumarán, de ordinario, el capital social, las reservas y las utilidades eventualmente juntadas para la aprobación de la Asamblea; se detraerán las pérdidas que se hubiesen eventualmente anotado en el activo, y dividiendo el resto por el total de las acciones, se obtendrá el valor de cada una, cual resulta del balance.

### Sección 3.<sup>a</sup>—Oposición a los acuerdos de la Asamblea

**Sumario.**—521. Acuerdos inexistentes y anulables.—521 bis. Límites del derecho de oposición.—521 ter. El derecho de oposición corresponde a los socios, a los Administradores y a los Síndicos.—522. Doble procedimiento concedido a oponentes.—523. Autoridad competente.—524. Representación judicial

(1) Apelación Génova, 12 de Abril de 1889; *Temi genov.*, 298; Apelación Turín, 8 de Junio de 1891; *Temi genov.*, 635; Casación Turín, 30 de Diciembre de 1891, *Foro*, 1892, 574; Casación Turín, 6 de Diciembre de 1893; *Foro*, 1894, 499; Casación Turín, 17 de Noviembre de 1896; *Foro*, 1897, 202; Apelación Génova, 19 de Febrero de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 264; Casación Turín, 31 de Diciembre de 1904, *Rivista cit.*, 1905, 258; Tribunal Nápoles, 13 de Noviembre de 1909; *Foro*, 1910, 203; DE GREGORIO, *I bilanci*, págs. 38 y siguientes; SCIALOJA, *Foro*, 1905, 557. Casación Turín, 8 de Julio de 1919, *Foro*, 1920, 26.

de la Sociedad.—525. Asambleas nulas por defecto de convocatoria, de constitución y de votación. — 526. Efectos de la anulación.—527. Continúa.—528. Si puede reiterarse la oposición contra el mismo acuerdo.

**521.** Mientras la inspección de la observancia de la ley por parte de los Administradores está confiada de ordinario a la Asamblea general (art. 152), la inspección de la observancia de la ley por parte de la Asamblea se suele confiar a cada uno de los socios, que en esta materia actúan como órganos de defensa social (número 486).

Los acuerdos de la Asamblea pueden tener una existencia sólo aparente, y esto puede acaecer cuando sean simulados o se hallen faltos de algún elemento esencial. Grupos de socios partidistas o minorías facciosas pueden convocar a la Asamblea sin tener derecho a ello por los Estatutos, deliberar fuera del domicilio social sin orden del día y proclamar acuerdos extraños al objeto de la empresa y, por ello, contrarios al orden público. Estos acuerdos no existen y consiguientemente no pueden ser ratificados ni subsanados por el transcurso de tiempo, ya que si la prescripción puede liberar a una declaración de voluntad de los vicios de que adolezca, no puede crear lo que no existe (1).

Los acuerdos de la Asamblea pueden, a su vez, adolecer de un defecto que los vicia en su forma (constitución o votación) o en su contenido (objeto) sin suprimir su esencia. Contra estos acuerdos rigen las formas y los límites de impugnación establecidos en la ley y en los Estatutos; pudiendo tales acuerdos ser ratificados por la Asamblea y sanados por la prescripción. Así, la aprobación irregular de un balance queda sanada por la aprobación regular del balance sucesivo: el último balance defiende al precedente con su propia incontestabilidad. Qué acuerdos deban considerarse inexistentes y cuáles irregulares, depende de la fluctuante doctrina de los actos jurídicos inexistentes y anulables. Mejor que de la teoría general, la resolución del problema podrá obtenerse de las variables circunstancias del hecho (2).

**521 bis.** En estos acuerdos, la mayoría hace valer la voluntad del ente colectivo, eliminando con el suyo todo voto contrario (art. 163): pero esta voluntad dirimente suya no puede

(1) Casación Palermo, 19 de Junio de 1920; *Foro*, Rep. 802, núm. 95.

(2) No nos parecen aceptables los intentos de sistematización hechos por A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1903, 201 y siguientes, aun cuando ya reconocamos la gran importancia científica de una doctrina acerca de la validez de los negocios jurídicos colectivos. Vid. núm. 487.

actuar más que en los límites que se le señalen por la ley y por los Estatutos. Si va más allá, cada socio puede reducir su libertad a dichos límites en defensa del ordenamiento jurídico. Y puede hacerlo aunque el acuerdo fuese beneficioso para la Sociedad, porque un interés parcial y transitorio no debe prevalecer sobre el general y duradero de la observancia de sus normas fundamentales.

Este derecho de resistencia de cada uno de los socios en particular, tiene su fundamento en el párrafo segundo del art. 163. Se demuestra por la perfecta antítesis que existe entre los dos párrafos del mismo artículo, ya que en el primero se regulan los acuerdos legales y en el segundo los ilegales, y no sólo por los trabajos preparatorios que explanan cómo se quiso regular *expresamente* el derecho de oposición de los socios, y esta regulación expresa no se encuentra más que en dicho párrafo segundo (1).

Por consiguiente, el adverbio *manifiestamente*, que tantas críticas y tantas polémicas ha suscitado entre los intérpretes, debe aplicarse lo mismo al procedimiento contradictorio en que se pide la nulidad del acuerdo, como al procedimiento voluntario en el que se pide su suspensión al Tribunal.

Y es justo que sea así, porque sólo cuando la violación resulte de los documentos que el accionista puede examinar y aducir ante el Juez, es decir, del libro de socios, del libro de actas de la Asamblea, cuyo libre examen le está concedido (art. 142), y del aviso de convocación con su orden del día publicado en la «Gaceta Oficial» (art. 155), sólo entonces podrá él impugnar el acuerdo que contenga tal violación. Si para impugnarla debiera recurrir a los libros de la Sociedad (arts. 140, núm. 3.º, y 142), a los documentos justificativos del balance que deben comunicarse solamente a los Síndicos (art. 176), y en general se debiese valer de los poderes reconocidos a estos últimos (art. 184), encontraría

(1) En efecto, esto se lee repetidamente en los trabajos preparatorios: *Relaz*, dirigido al Senado por VIGLIANI (*Lavori preparatori*, 1, 1, 249): «Exigiendo una mayoría especial para los acuerdos que impliquen una desviación de los pactos contractuales y reservando *expresamente* los derechos correspondientes a los socios y a terceros contra los efectos de los acuerdos *más destacados*, la nueva ley podrá prevenir, y así lo espero, muchos inconvenientes»; *Relaz*, PASQUALI-MANZINI dirigido a la Cámara, *Lavori preparatori*, 11, 1, 185: «se otorga, sin embargo, en el art. 163, una acción judicial individual a cada uno de los socios en particular, cuando se trate de acuerdos de la Asamblea general *manifiestamente* contrarios a la escritura de constitución, a los Estatutos y a la ley». Estamos, por tanto, de acuerdo con A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1903, 205, al encontrar el fundamento del derecho de oposición en el párrafo segundo del art. 163, pero el disenso aparece al valorar el significado del adverbio *manifiestamente*, del que él se desentende muy fácilmente llamándole un evidente *pleonismo que no se debe tomar demasiado en serio*, porque no puede tener una función importante.

en la ley un obstáculo insuperable, porque no está permitido perturbar el ordenamiento jurídico de las Sociedades por acciones facilitando al socio el ejercicio de su derecho de oposición. Cuando la violación no es manifiesta y para descubrir el abuso precise una inspección a fondo de las interioridades de la hacienda, se han preferido por el legislador otros recursos más prudentes, a saber, la denuncia a los Síndicos (art. 152, párrafos 2.º, 3.º y 4.º) y la denuncia a la autoridad judicial (art. 153); pero para la utilización de estos recursos que pueden ser perniciosos para la vida de la Sociedad se creó el freno de importantes y experimentadas minorías, de la intervención de los Síndicos y del Juez. El accionista se sobrepondría a la voluntad de la mayoría que no se creyera engañada o de la minoría que no hizo ninguna denuncia y usurparía las funciones de las mismas, si pudiese entablar oposición contra los acuerdos de la Asamblea que no ofendiesen manifiestamente a la ley y que debiese probar con inspecciones y documentos no incluídos en su esfera de acción (1). Dicho *manifiestamente* así entendido adquiere una importancia capital para la coordinación de las distintas acciones colectivas e individuales que tienden a asegurar el funcionamiento regular de la Sociedad y para la prevención de peligrosos ataques al crédito de la misma.

A ese *manifiestamente* se podría conceder otro significado y entenderlo en el sentido de que la violación debe ser tan cierta que una vez comprobada resulte incompatible para todo hombre de negocios porque exceda de los límites de cualquier apreciación (2). Pero entendido así dicho *manifiestamente* faltaría a la misión *preventiva* que la ley quiso confiarle tanto en el procedimiento voluntario como en el contradictorio, porque precisaría esperar al término del juicio para saber si la violación dependía o no de una apreciación injustificable, y entretanto se habría conseguido el fin perturbador del accionista durante todo el período en que habría que esperar el resultado de las pruebas con descrédito irreparable para la Sociedad. De esta manera.

(1) Si bien la jurisprudencia no ha dado todavía la razón de dicho *manifiestamente*—al que se debe reconocer, según nuestra opinión, una importancia capital para la coordinación de las diferentes acciones *individuales y colectivas* (de mayoría y minoría) introducidas por la ley para asegurar el funcionamiento normal de las Sociedades por acciones—, sin embargo, la referida jurisprudencia se ha pegado al texto del art. 163 para admitir sólo las oposiciones que contengan *manifiestas* violaciones de la ley o de los Estatutos. Conforme con el texto Ca. acción Roma, 21 de Julio de 1920; *Foro*, 865 y las otras sentencias allí citadas y MADONNA, *Società per azioni*, 1920, 187.

(2) Así opina DE GREGORIO, *Foro*, 1911, 374, y Apelación Milán, 2 de Junio de 1910, *ibíd.*

se abriría el camino a cada uno de los accionistas para conseguir se instruyera aquel expediente que el art. 153 sólo concede a grandes minorías y en los casos de fundadas sospechas de graves irregularidades.

**521 ter.** Este derecho de oposición corresponde a cada socio que posea esta calidad al tiempo en que ejercite la acción (1), aunque desempeñe el cargo de Administrador o de Síndico y aunque hubiese votado el acuerdo impugnado, ya que con su voto no contrajo ningún vínculo contractual (núms. 487 y 488) y en su oposición obra él como órgano de defensa social. Sin embargo, si el socio que obra en su propio interés reconociere la eficacia del acuerdo, por ejemplo, cobrando los dividendos ilegalmente acordados, pierde el derecho de oposición: el vínculo que contrae para con la Sociedad liberándola de la deuda, es incompatible con el derecho de oposición; sus deberes de probidad le impiden también que impugne un acuerdo que ha reconocido y del que se ha aprovechado; esto interesa también al orden público (2). Este derecho de oposición corresponde sobre todo a los Administradores, porque siendo responsables frente a terceros del

(1) Si la acción es al portador, deberá presentarla en juicio antes de que se cierre la instrucción de la causa, porque si no presenta el título, no prueba su interés en la acción judicial que ejercita (art. 36, Código de procedimiento civil). Tribunal Turín, 25 de Julio de 1889; *Foro*, 1.334; Apelación Roma, 14 de Septiembre de 1889; *Foro*, II, 515; Tribunal Roma, 11 de Diciembre de 1894; *Legge*, 1895, I, 270; Tribunal Roma, 5 de Marzo de 1900; *Rivista univers.*, 260; Apelación Roma, 18 de Abril de 1896; *Temi rom.*, 328; Apelación Milán, 8 de Marzo de 1911; *Foro*, 698; A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1906, I, 211. Según FUBINI, *Monitore*, 1911, 341, y la Apelación de Nápoles, 28 de Junio de 1910; *Foro*, 1.501 (criticada allí por A. SCIALOJA), la prueba de la calidad de socio debe efectuarse según las formalidades del art. 152, depositando la acción previa o simultáneamente a la citación. Según la Casación Roma, 28 de Marzo de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 193, y la Apelación Milán, 8 de Marzo de 1911; *Foro*, 698, el socio que compra la acción después del acuerdo ilegal, acepta la situación de hecho; pero es más racional suponer que compra la acción con todos los derechos inherentes a la misma. Conforme con el texto, A. SCIALOJA, *Rivista*, cit., 1903, I, 211; FUBINI, *Monitore*, 1911, 341 y siguientes; NAVARRINI, *Comm.*, núm. 422; Apelación Catania, 16 de Agosto de 1910; *Giur. cat.*, 167. Conforme también Tribunal Génova, 9 de Mayo de 1905; *Rivista di dir. comm.*, 499.

(2) Opinan con el texto que la oposición corresponde a todos los socios, incluso a los que votaron el acuerdo impugnado: VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, pág. 104; Rocco, *La società in rapporto al giudizio civile*, pág. 247; ZIGNONI, en el *Foro ital.*, 1894, 401; A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1903, 213 y siguientes; NAVARRINI, *Comm.*, núm. 422; LEHMANN, *Aktiengesellschaft*, II, pág. 211. Opinan también que el socio pierde el derecho de oposición cuando ha reconocido en interés propio la validez de los acuerdos: A. SCIALOJA, *id.*, pág. 215; LEHMANN, II, 211 y 212; Casación Turín, 1.º de Febrero de 1893; *Giurispr. Casale*, 120; Casación Roma, 14 de Junio de 1895; *Temi rom.*, 1896, 36, pero por razones que no concuerdan con las expuestas en el texto.

cumplimiento de sus deberes impuestos por la ley (art. 147, número 5.º), deben contar con la posibilidad de sustraerse a la obligación de ejecutar los acuerdos ilegales (id., núm. 4.º), haciendo que se anulen. Con este derecho se modera y se explica la rigurosa sanción de su responsabilidad ilimitada.

**522.** Los socios pueden ejercitar este derecho de oposición inmediatamente después que se tome el acuerdo, aunque se trate de acuerdo que deba ser publicado. No es obstáculo para ello el art. 100 que niega todo efecto a los acuerdos no publicados, porque los socios tienen interés en prevenir sus efectos, entre los cuales el más peligroso frente a terceros es el de la publicación (1).

Los socios pueden iniciar su oposición por el procedimiento ordinario citando a litigio a los representantes judiciales de la Sociedad, y pueden también valerse simultánea, previa o posteriormente de un procedimiento simple y sumario ante el Presidente del Tribunal que tiene un carácter esencialmente preventivo: el de impedir que el acuerdo altere la situación de las cosas y el de conseguir la anulación de tal acuerdo. Pero no pueden recurrir a este procedimiento simple y expedito sino cuando aun exista la posibilidad de suspender eficazmente su ejecución (2). El Presidente proveerá, oídos los Administradores y los Síndicos y examinando sumariamente las actas sin disponer acerca de la razón ni del resarcimiento de daños, pues que esto se haya reservado al Tribunal (3). El Decreto del Presidente opondrá en ade-

(1) Casación Roma, 28 de Marzo de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 193.

(2) Si la ejecución ya se ha efectuado, el socio deberá valerse del procedimiento ordinario. Una doctrina singular (Apelación Génova, 27 de Noviembre de 1893; *Foro*, 271; Apelación Roma, 14 de Junio de 1895; *Temi rom.*, 1896, 36; Apelación Génova, 9 de Marzo de 1897; *Temi genov.*, 177) estima que efectuada la ejecución, ya no se puede entablar la oposición. Pero de este modo se concedería un premio a los Administradores más astutos, se reduciría a la impotencia el derecho a restablecer el ordenamiento jurídico lesionado y se pondría como límite al ejercicio de la acción promovible por el procedimiento ordinario, aquel que el art. 163 pone solamente a la disposición excepcional del Presidente. Si ya no es posible anular los hechos consumados se suplirá ello con la indemnización. Conforme con el texto, Apelación Venecia, 13 de Julio de 1906; *Foro*, 1.150; Tribunal Génova, 9 de Mayo de 1905; *Rivista di dir. comm.*, 499; Tribunal Roma, 5 de Marzo de 1900, *Rivista univers.* 1900, 260; Tribunal Génova, 6 de Diciembre de 1894; *Giurista*, 1895, 53; NAVARRINI, *Comm.*, núms. 420 y 422; A. SCIALOJA, en el *Foro*, 1902, 856 y en la *Rivista di dir. comm.*, 1905, 500; G. B. VASALLO, *Legg.*, 1895, 11, 25; VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, pág. 98; LEHMANN, *libr. cit.*, 11, 216.

(3) Tribunal Génova, 10 de Agosto de 1887; *Eco*, 1887, 296; Apelación Nápoles, 24 de Julio de 1891; *Giur. it.*, 748; Apelación Roma, 17 de Diciembre de 1889; *Foro*, 1890, 568.

lante un obstáculo para la ejecución. El puede ordenar la suspensión aunque el Tribunal haya autorizado a los Administradores para que inscriban el acuerdo, pues que una providencia de jurisdicción voluntaria no tiene autoridad de cosa juzgada (1). Contra la disposición del Presidente del Tribunal se puede recurrir al Tribunal de apelación y después al juicio supremo de la Casación (2). Obtenida la suspensión, el socio opositor podrá iniciar y proseguir el juicio definitivo para obtener el resarcimiento de daños respecto al cual el Presidente no pudo expresarse (3).

523. La autoridad judicial competente será la del lugar del domicilio de la Sociedad. Pero no se debe olvidar una distinción que es necesaria cuando se haya acordado el traslado de la Sociedad. Si se pide la suspensión del acuerdo de traslado, deberá solicitarse dicha suspensión a la autoridad del lugar en que estaba el domicilio primitivo y no a la del lugar a que se pretende trasladar la Sociedad, porque no se puede sin contradicción pedir la suspensión del traslado considerándolo como ocurrido (4). Si se trata, desde luego, de juicio contradictorio para la nulidad del acuerdo, ésta deberá hacerse valer en el lugar en que se halle el domicilio de la Sociedad a tenor de los documentos sociales debidamente publicados en el momento de la citación.

524. La representación de la Sociedad demandada en juicio será ejercitada por los Administradores a quienes se la hayan conferido los Estatutos: si la oposición se ha promovido por ellos mismos, serán suplidos por los Síndicos (5); si también éstos se adhieren a la oposición, pedirán antes que nada a la autoridad judicial que nombre un Administrador especial para la Sociedad (6).

(1) Casación Turín, 4 de Abril de 1888; *Annali*, 437; Apelación Turín, 5 de Septiembre de 1887; *Giurispr. torin.*, 1888, 37.

(2) Casación Turín, 27 de Septiembre de 1888; *Temi genov.*, 1889, 68; Apelación Venecia, 25 de Octubre de 1900; *Temi ven.*, 1901, 14; *Id.*, 23 de Febrero de 1901; *Temi ven.*, 213; Apelación Catania, 16 de Agosto de 1910; *Giur. eat.*, 167.

(3) No entendemos por qué el socio opositor que haya obtenido la suspensión deba iniciar la acción de nulidad, como sostiene SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1903, pág. 205. Para dicho socio el decreto de suspensión si nadie lo inutiliza, produce efectos análogos a la anulación, y habiendo obtenido el fin principal, él por su parte puede carecer de toda razón sería para insistir.

(4) En contra, Apelación Milán, 18 de Julio de 1890; *Foro*, 1.082. El Tribunal apoya la conclusión contraria, a base de la equivocada premisa de que los acuerdos de la Asamblea producen inmediatamente todos sus efectos entre los socios y, por consiguiente, aun antes de su publicación.

(5) Art. 152.

(6) Art. 136, Código de procedimiento civil.

525. Los acuerdos tomados por una Asamblea, como toda declaración de voluntad, pueden ser impugnados, no sólo por su contenido objetivo, sino también en consideración al estado subjetivo de la Asamblea (núm. 487). El art. 163 parece más bien dirigido a tutelar la observancia de los Estatutos y de la ley en el objeto de los acuerdos; pero puesto que el vicio subjetivo de la Asamblea (invitación a la reunión, número de votantes, reparto de papeletas y orden del día), se refleja sobre el objeto mismo de los acuerdos, así la tutela del contenido lleva consigo la tutela de la forma de los tales acuerdos (1).

La acción no puede ejercitarse cuando la irregularidad no ejerciese influencia sobre el resultado de la votación (2). Por tanto, no son anulables los acuerdos tomados a puertas abiertas en presencia de extraños cuando ninguno de los socios pidiese que se cerrasen las puertas y que los extraños fuesen alejados: su silencio ha demostrado con hechos que esta presencia ilegal no podía influir en la libertad del voto y en la discusión. Tampoco son anulables porque hayan sido admitidos a votar socios aparentes (*testaferros, cabezas de turco*) (3). El voto de éstos vicia el acuerdo sólo cuando logra burlar a la ley, por ejemplo, haciendo aprobar el balance con las acciones de los Administradores. La presencia y el voto de un testaferro no pueden por sí solos ser causa de nulidad, por que el uso de un tal mandatario que ejercita el derecho del propietario en nombre propio es legal cuando el accionista no se vale de este rodeo para burlar la ley o los Es-

(1) La autoridad judicial puede juzgar también de los vicios de forma de la convocatoria por reclamación de cada socio en particular, porque el art. 163 se refiere a un acuerdo contrario a los ordenamientos de la Sociedad: A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1903, 208; Casación Turín, 4 de Abril de 1888; *Annali*, 437; Apelación Turín, 5 de Septiembre de 1887; *Giurisprudenza torin.*, 1888, 37; Casación Florencia, 14 de Enero de 1895; *Temi ven.*, 1895, 96; Casación Turín, 4 de Mayo de 1896; *Giurisprudenza torin.*, 352; Apelación Milán, 1.º de Junio de 1907; *Monitore*, 888. Es más: se debe sostener que este derecho de oposición por la inobservancia de las formas legales en la convocatoria y en la deliberación, es la suprema garantía de todos los otros derechos. Vid. núms. 465 a 500.

(2) Conforme, Apelación Milán, 1.º de Junio de 1907; *Monitore*, 888.

(3) Conforme a este sentido se expresan: VIVANTE, *Rivista di dir. comm.*, 1903, 1, 167; Casación Roma, 9 de Junio de 1896; *Tribunal Supremo*, 1, 420; Apelación Génova, 11 de Mayo de 1886; *Eco*, 193; Apelación Milán, 29 de Diciembre de 1894; *Monitore*, 1895, 366; Apelación Roma, 18 de Abril de 1896; *Temi rom.*, 328; Tribunal Génova, 5 de Mayo de 1905; *Temi genov.*, 318; Tribunal Roma, en una sentencia en pleito de Vercellone contra el Banco Gestioni, citada en la *Rivista di dir. comm.*, 1903, 1, 170; y la constante jurisprudencia francesa y alemana: Casación francesa, 20 de Junio de 1898; *Dalloz*, 1889, 223; Apelación París, 28 de Febrero de 1897; *Journal des sociétés*, 1897, 166; ROUSSEAU, *Traité*, 1, núm. 2.388; Tribunal Supremo del Imperio alemán, 23 de Noviembre de 1892; *Entscheid.*, XXX, 51; STAUB, *Komm.*, 4.ª edición, art. 220, § 5; LEHMANN, y RING, *Comm.*, § 252, pág. 500. Vid. notas 9 y 34.

estatutos. La prueba del engaño deberá suministrarse por quien reclame la nulidad de la Asamblea (art. 1.744, Código civil; volumen I, núm. 266).

**526.** Si el acuerdo anulado era contrario a las normas imperativas de la ley, la sentencia lo reduce a la nada para siempre, y si la Asamblea lo renueva, será nuevamente anulado. Pero si se anuló porque había violado las normas prescritas para la convocatoria de la Asamblea o las prescritas en los Estatutos, el acuerdo podrá renovarse mediante la observancia de las normas legales o por una previa modificación de los Estatutos. Restituida así la legalidad a todo el procedimiento, será más fácil a la minoría defender los intereses sociales o recurrir en los casos permitidos por la ley al remedio extremo de retirarse de la Sociedad.

**527.** Anulado el acuerdo aunque sea a petición de un solo socio, se le deberá estimar anulado para todos, porque se contrariaría la voluntad social considerándola eficaz para una sola parte de los socios (1), y porque si la suspensión ordenada por el Presidente a petición de un solo socio rige para todos, con mayor razón puede afirmarse esto de la anulación pronunciada definitivamente por la autoridad judicial. Si el acuerdo hubiese introducido en la escritura de constitución un cambio que hubiese ya sido publicado, deberá publicarse también la parte dispositiva de la sentencia que le priva de todo efecto: cualquier retraso de los Administradores en realizar esto último será castigado (art. 248). Como natural sanción de la ley, el acuerdo anulado deberá considerarse como si nunca hubiese existido: pero no todos sus efectos, es decir, los que constituyan hechos ya consumados, pueden eliminarse. Así, por ejemplo, por disposición misma de la ley, los dividendos pagados a los accionistas de buena fe no serán reclamables (art. 181.).

**528.** Si la oposición fuere rechazada, ¿podrá otro socio repetir el intento?

*Critica de la ley.*—Precisa convenir en que el art. 163 contiene una disposición rudimentaria, ya que no dice nada sobre las formas y plazos procesales que deben regular su ejercicio.

¿Podrá cualquier socio repetir hasta el infinito estas oposiciones, aun cuando sobre el acuerdo inútilmente impugnado se base una dilatada serie de intereses legítimos? Por el contrario,

(1) Leyal mana de 1834, arts. 222 y 190 a último párrafo; Código de Comercio alemán, 1900, § 273; RING, 466; BEHREND, pág. 834. Conforme Apelación Milán, 16 de Febrero de 1912; Foro, 351 (en lo: motivos).



¿deberán los socios que no formaron parte en el primer juicio doblegarse ante la sentencia que quizá dé la razón a la mayoría porque el acuerdo fuere combatido con negligencia o fraude, por connivencia entre el actor y los Administradores? Cualquiera que sea el camino que siga la jurisprudencia, no se evitará el sacrificio de la Sociedad, expuesta a que se renueve el ejercicio de la acción de nulidad sin el sacrificio de los socios disidentes, que estarían expuestos al peligro de sufrir sentencias pronunciadas sin garantía alguna para sus derechos.

Para remediar esto, precisaría una disposición legislativa que prescribiese para el juicio promovido por el accionista rebelde una publicidad capaz de llamar la atención de todos aquellos que compartan la intención de oponerse; una disposición que fijase un plazo adecuado para la discusión, a fin de que todos los interesados pudiesen participar en ella, convenientemente preparados. Sólo entonces se podría, sin temor a privar del derecho de defensa, reducir a un tiempo brevísimo el plazo para impugnar los acuerdos de la Asamblea, y el accionista obligado a sufrir el acuerdo ilegal debería dirigir contra su propia negligencia la acusación que ahora dirigirá contra los ordenamientos jurídicos que lo constriñen a soportar el resultado de un juicio efectuado en silencio, improvisadamente, quizá fuera del domicilio social, donde los Administradores pueden haberlo aceptado para más tranquila y seguramente ponerse en connivencia con el accionista actor. Tal es el sistema seguido por nuestro Código en el procedimiento de liquidación de las Sociedades por acciones (arts. 215 y siguientes): él concede a la sentencia pronunciada a raíz de la reclamación de algún accionista contra el balance final, autoridad de cosa juzgada respecto a todos los socios, porque se ha dado al balance la misma publicidad que se prescribe para las escrituras de constitución de las Sociedades anónimas, y porque la misma ley invita a quienes deseen impugnarlo a que presenten sus reclamaciones y prescribe el plazo durante el cual pueden ellos intervenir en el juicio único, plazo que debe ser respetado antes que se discuta. Gracias a este juicio único, toda inseguridad de derechos desaparece prontamente, y diferentes garantías de forma y de plazos defienden a los interesados contra toda sorpresa que no sea la de la propia negligencia.

Mientras, ya que la reforma legislativa está todavía por venir, es necesario que la jurisprudencia busque completar aquel imperfecto art. 163 con las instituciones del derecho común (1).

(1) Esta laguna se ha llenado en Alemania con los arts. 190 a, 190 b y 222 de la ley de 18 de Julio de 1884 sobre Sociedades por acciones, ahora reproducidos en los §§ 271 y 272 del nuevo Código de Comercio.

*Sistema del Código.*—Los acuerdos de la Asamblea son obligatorios incluso para los socios disidentes, cuando la mayoría delibera dentro de los límites de sus facultades. Cuando ella va más allá, violando la ley o los Estatutos, su acuerdo no sólo es ineficaz, sino que puede ser impugnado por cualquier socio, que se convierte así en órgano de defensa social contra el mal uso que la mayoría haya hecho de sus facultades. Este derecho de resistencia se concede a *cada uno* de los socios en particular por razones de orden público, y por ello, lo conserva intacto aunque otro socio lo haya ejercitado antes que él.

Se advierte sobre todo por los trabajos preparatorios del Código que acerca de este punto son de una rara unanimidad. El párrafo segundo del art. 163 fué introducido en el proyecto sobre Sociedades mercantiles presentado al Senado por el Ministro VIGLIANI el 8 de Diciembre de 1874, y lo justificaba él así: «Hemos deseado expresamente, conservar *los derechos correspondientes a los socios y a terceros* contra los efectos de los acuerdos más importantes, a fin de que la nueva ley pueda prevenir muchos inconvenientes de los que no faltan deplorables ejemplos». (*Lavori prep.*, volumen I, parte, I, pág. 249). Aún más explícito es el informe MANZINI (pág. 366): «La razón y la prudencia sugieren antes de ser sancionadas por la forma legislativa las normas que proclaman que son eficaces para los socios los acuerdos conformes con la ley y con las convenciones sociales, y cómo pueden impugnarse por cada uno de los socios los acuerdos manifiestamente contrarios a la ley y al contrato». Y el Informe MANZINI y PASQUALI dirigido a la Cámara de Diputados (*Lavori prep.*, volumen II, parte, I, pág. 185) dice: «Sin embargo, se reconoce en apoyo de la acción colectiva, otorgada a la Asamblea general contra los Administradores y los Síndicos, una acción judicial *individual a cada uno de los socios* cuando se trate de acuerdos de la Asamblea general manifiestamente contrarios a la escritura de constitución, a los Estatutos y a la ley». Y por fin, en el mismo sentido se manifiesta el Ministro de Gracia y Justicia ZANARDELLI al defender aquel art. 163 en la sesión de la Cámara del día 30 de Enero de 1882 (*Lavori prepar.*, II, parte 2, pág. 460): «...e incluso a *un solo socio se han concedido derechos especiales*, porque el art. 163 declara que en los acuerdos contrarios a la escritura de constitución, a los Estatutos o a la ley puede establecerse oposición por cualquier socio».

De acuerdo con los trabajos preparatorios, el Código, en su art. 163, concedía a *cada socio* un derecho de oposición, y no reunió a los socios disidentes en una colectividad representada por el socio que se erige a sí mismo en defensor del interés común.

tomando la iniciativa de la oposición, de modo que pueda decirse que su condena sea la condena de todos los otros. Cuando el Código quiere reunir a los socios disidentes en un solo cuerpo, aunque sea en una colectividad en minoría, atribuyéndole el derecho de representación para todos los disidentes, lo dice: y así es cómo en el art. 162—que tiene un significado especial por su inmediata proximidad al que discutimos—establece que una vez ejercitado por la minoría de los socios el derecho de aplazamiento, éste no puede ejercitarse una segunda vez. Es evidente que en este caso, la minoría que reclame el aplazamiento, asume la representación de todos aquellos que no quieran la discusión inmediata y que actuando por ellos determina la duración y el contenido del aplazamiento y priva a quienquiera del derecho a pedir un segundo aplazamiento.

Pero en la hipótesis del art. 163 los socios disidentes no están constituidos en colectividad; no obran por medio de una representación que pueda disponer de sus derechos; la ley no repite la fórmula tan próxima del artículo anterior; *este derecho no puede ejercitarse más que una sola vez*, por lo que debe suponerse que todo socio conservará íntegro su derecho a rechazar los acuerdos que violando un contrato social le impusiesen un vínculo al que ni directa ni indirectamente quisiera someterse. Si diría que el legislador ha dejado libre el paso para el ejercicio de sus oposiciones a fin de que resultara más fácil la reintegración del orden jurídico perturbado por un acuerdo faccioso e ilegítimo y a fin de que la amenaza de esta pluralidad de ataques retrajese a las mayorías, y más aún a los Administradores que las gobiernan, de semejantes abusos, y habría obrado contra su fin si hubiese concedido al promotor de la impugnación un derecho de representación y por tanto la facultad de perjudicar irreparablemente, por fraude o negligencia, el derecho de los accionistas.

Se ha querido considerar la condena pronunciada contra el primer opositor como una cosa juzgada contra todos, fundándose en la doctrina que reconoce este carácter a la sentencia que admite la oposición (núm. 527). Ciertamente que una sentencia que anula un acuerdo ilegal priva a éste de todo efecto, porque ha sido pronunciada contra la Sociedad legítimamente representada por sus Administradores. Los mismos accionistas que contribuyeron con su voto a que se tomase tal acuerdo, quedan libres de la obligación de observarlo, porque mediante su voto no obraron por sí ni se sujetaron a sí mismos, sino que obraron como órganos del cuerpo social, y cuando el acuerdo se anula por el Juez competente, queda disuelto el vínculo que los ligaba con aquel acuerdo. Si, por ejemplo, votaron, contrariando las nor-

mas estatutarias, la entrega de una cuota suplementaria que complete las deficiencias del capital, una vez anulado el acuerdo, pueden negarse al pago, porque la Sociedad condenada ha perdido el derecho de exigirlo: el acuerdo, atacado en su esencia, pierde todo valor.

Pero la cosa es muy distinta cuando la acción de nulidad queda desestimada, pues que entonces la sentencia alcanza sólo a quien participó en el juicio, no a los que quedaren extraños al mismo. Una inspección administrativa o judicial (arts. 152 y 153, Código de Comercio), los mismos resultados de un balance posterior o los informes de los Síndicos y de los nuevos Administradores, pueden suministrar nuevas pruebas de la ilegalidad de un acuerdo. ¿Deberán los socios que no tomaron parte en el juicio sufrirlo inexorablemente? Ciertamente que este peligro de acciones de nulidad continuamente promovidas puede perturbar la normal explotación de la hacienda social, pero el peligro se atenúa mucho, en realidad, al considerar que todas las acciones ejercitadas por los socios contra la Sociedad de que formen parte deben promoverse ante el Tribunal de su domicilio (artículo 96, Código de procedimiento civil), y pocos querrán reintentar la prueba de una acción de nulidad ante los mismos Jueces por el riesgo de ser condenados al resarcimiento de los daños por litigio temerario. Quien lea el art. 96 del Código de Comercio que declara son eficaces para con los accionistas sólo aquellos acuerdos que se tomen de conformidad con las prescripciones de la ley, de la escritura de constitución o de los Estatutos, se convencerá de que el Código ha querido tener el camino expedito a los socios para que puedan demostrar la ilegalidad del acuerdo: si la sentencia pronunciada contra uno despojase a todos los otros del derecho de probar tal ilegalidad, existiría en contra de dicho texto del Código un acuerdo ilegal productor de derechos y obligaciones.

Habrá de este modo una sentencia que aprovechará a los socios disidentes cuando anule el acuerdo, pero que no puede perjudicar definitivamente sus derechos si lo confirma. Es una condición frecuente en nuestro derecho que permite aprovecharse de una sentencia favorable a quien no estaría obligado a pasar por ella si le hubiese resultado dañosa. Así, el fiador utiliza la sentencia que libera al deudor principal, mientras que puede rechazar la que lo condene, cual una *res inter alios acta*. Del mismo modo, el deudor solidario que no se hallé presente en el juicio queda libre por la sentencia que declara la extinción de la deuda, mientras que puede igualmente rechazar la que afirme que tal deuda existe. E igualmente, el cointeresado en una obli-

gación indivisible, se sirve del juicio que mejora la condición del cointeresado que lo promovió, al paso que es considerado como un tercero cuando se trate de sentencias que si le fuesen oponibles perjudicarían sus derechos (art. 171, Código de procedimiento civil).

La doctrina que sostenemos poseerá el inconveniente de tener suspendida sobre la hacienda social la amenaza de una acción de nulidad, y ésta será una buena razón para acelerar la reforma, ya iniciada, del Código. Pero a falta de un procedimiento especial para el ejercicio de la acción de nulidad que sea bastante público y solemne para tutelar a los interesados y suficientemente rápido para poner a cubierto la suerte de la Sociedad, no está autorizado el Juez para introducir en el Código caducidades ni sanciones que resolverían la cuestión sin ninguna equidad y en detrimento de los accionistas (1).

El silencio de la ley francesa acerca de formas y plazos para promover la acción de nulidad contra la constitución de una Sociedad anónima—acción mucho más importante en consecuencias que la simple impugnación de un acuerdo—no ha inducido jamás a la jurisprudencia de la misma nacionalidad a introducir caducidades y plazos arbitrarios. Se estimó allí constantemente que la acción de nulidad podía promoverse en cualquier tiempo, que no se podía renunciar, ni ocultarla con la ratificación, ni limitarla con acuerdos personales, ni tanto menos, por fin, con deplorables connivencias entre Administradores y accionistas. Este rigor contenía, en verdad, un peligro, porque amenazaba a la vida de aquella Sociedad que sobre una base ilegal, hubiese nacido a una vida próspera e intensa; pero este peligro

(1) La cuestión ha sido muy vivamente debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia. Conformes con el texto, VASALLO, *Legge*, 1895, 11, 25; ZIGNONI, *Temi genov.*, 1896, 894; VIGHI, *Diritti individuali degli azionisti*, págs. 105 y siguientes; VIVANTE, *Foro*, 1894, 653; A. SCIALOJA, *Rivista di dir. comm.*, 1903, 216 y en los *Studi di dir. privato*, págs. 357 y siguientes; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milán, 1911, págs. 68 y siguientes. Casación Turín, 4 de Abril de 1888; *Giurispr. torin.*, 313; Apelación Roma, 15 de Diciembre de 1889; *Foro*, 1890, 567; *id.*, 20 de Octubre de 1894; *Temi genov.*, 695; *id.*, 20 de Diciembre de 1894; *Foro*, 1895, 176; Tribunal Milán, 25 de Marzo de 1911, *Foro*, 707. En contra, CHIOVENDA, *Liticonsortio necessario*, en los *Studi per V. SCIALOJA*, pág. 310 y *Principi di dir. processuale*, 2.ª edición, págs. 235, 489, 510 y 779; Rocco, *Le società in rapporto al giudizio*, núm. 246; NAVARRINI, núms. 423 y siguientes; Casación Roma, 20 de Abril de 1896; *Foro*, 653; Apelación Perusa, 28 de Diciembre de 1896; *Foro*, 1897, 1, 245. La práctica tiende a reparar la insuficiencia de la ley limitando mediante explícitas cláusulas de la escritura de constitución, al brevísimo plazo de un año, seis meses, tres meses, y hasta de un mes el derecho de oposición, ante el ejemplo del derecho alemán, y los Tribunales aprueban estas limitaciones. Vid. los muchos ejemplos citados por A. SCIALOJA, *Foro*, 1902, 857. nota.

no hizo apartarse a la jurisprudencia francesa de aquellas reglas mientras no advino la ley de 1.º de Agosto de 1893 a atenuar su rigor, reduciendo la acción de nulidad al plazo de diez años y negándola siempre que la causa de la nulidad se hubiese subsanado antes de iniciarse el juicio enderezado a comprobarla (1).

## Núm. 2.—Los Administradores

**Sumario.**—529. Definición.—530. Nombramiento y aceptación del cargo.—531. Tienen el carácter jurídico de mandatario.—532. Son temporáneos.—533. Pueden ser removidos por la Asamblea ordinaria, aunque hubiesen sido nombrados en la escritura de constitución.—534. Pueden ser socios o no.—535. Pueden ser remunerados o gratuitos.—536. Deben prestar fianza.—537. Crítica de los diferentes sistemas, acerca de las garantías de los Administradores.—538. Dimisiones.—539. Sustitución.

**529.** Los Administradores constituyen el órgano permanente al cual se le confía la administración social. Ellos son mandatarios de la Sociedad nombrados por la Asamblea y constituyen como la Asamblea misma, un órgano de la Sociedad con funciones propias y diferenciales. La Asamblea los nombra, pero una vez nombrados tienen autoridad propia fundada en la ley, por lo que pueden y deben hacer resistencia a los acuerdos ilegales de la misma Asamblea que los haya nombrado (2).

La administración puede confiarse a uno o a varios Administradores (art. 121). Cuando son varios, constituyen un Consejo (*collegium*), órgano colectivo que delibera por medio de su mayoría y en cuyo seno todos los miembros están ligados por un vínculo de solidaridad. Deben desempeñar personalmente su cargo: no

(1) LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité de droit commercial*, vol. 11, núms. 783, 216 y 218; VAVASSEUR, *Traité des sociétés civiles et comm.*, 4.ª edición, Paris, 1892, volumen 1, núms. 197 y 713.

(2) En los Estatutos de las primeras grandes Compañías del siglo XVII, especialmente en las holandesas que dieron el modelo a las otras, su nombramiento era gubernativo: prestaban juramento en manos del Príncipe y mandaban sobre toda la hacienda social bajo la vigilancia del Gobierno, pero libres de toda influencia de los socios interesados. Poco a poco, el carácter contractual y privado del cargo, fué predominando. Vid. las interesantes investigaciones de VIGHI, *Notizie storiche sugli amministratori ed i sindaci*, Camerino, 1898, págs. 23 y siguientes; Tribunal Génova, 12 de Mayo de 1919; *Riv. Soc. az.*, 224; Tribunal Milán, 8 de Febrero de 1917; *Riv.*, 1918, 237.

pueden hacerse suplir por personas extrañas al mismo ni delegar recíprocamente sus funciones (1), porque su elección ha sido hecha por la Asamblea para que se completen unos con otros (artículo 134, núm. 1.º, y 154, núm. 2.º).

**530.** El nombramiento de Administradores es un requisito imprescindible para la constitución de la Sociedad (art. 134, núm. 4), pues que si se omitió el nombramiento, cada socio puede pedir la propia liberación del vínculo social (art. 99), por la razón de que lo mismo resulta no presentar los Estatutos que presentarlos faltos de un requisito esencial (2). Conforme al sistema de la ley, son ellos los órganos necesarios para cumplir las formalidades preparatorias para la constitución regular de las Sociedades (arts. 91 y siguientes) para poner en ejercicio la hacienda, retirando del Instituto de emisión las décimas entregadas por los accionistas (art. 133) y para constituir la representación activa y pasiva (arts. 89, núm. 8.º, y 139), garantizando con su propia responsabilidad el cumplimiento de la ley, de los Estatutos y de los acuerdos de la Asamblea (art. 147). Se presume que los elegidos han aceptado el cargo si no lo rechazan dentro de los tres días de que tuvieron noticia de su nombramiento (3). Dentro del mismo plazo deben notificar su nombramiento a la Cancillería del Tribunal, para que se transcriba en el Registro de la Sociedad, a fin de que cualquiera pueda informarse de las personas que la administran y la representan. Si lo descuidan y mientras, otros, por ejemplo, los antiguos Administradores, obligan a la Sociedad, quedarán solidariamente responsables para con la misma (art. 147).

**531.** Los caracteres de los Administradores son los siguientes:

a) Son *mandatarios* de la Sociedad y, por tanto, no responden con sus bienes propios de las obligaciones que contraen en nombre de ella, mientras permanezcan dentro de los límites de sus poderes. Pueden añadir a la obligación de la Sociedad la propia garantía, pero en tal hipótesis no quedan obligados como man-

(1) Tribunal General de 12 de Mayo de 1919; *Riv. Soc. az.*, 224; Tribunal Milán, 8 de Febrero de 1917; *Riv.*, 1918, 237.

(2) No obstante la renuncia de todos los Administradores elegidos en la escritura de constitución, la Sociedad debe estimarse como constituida regularmente: Casación Turín, 14 de Mayo de 1895; *Monitore*, 470.

(3) El que deben notificar al Tribunal su nombramiento dentro de los tres días de que tuvieron noticia de ello (art. 139), quiere decir que se presume su aceptación aunque no la hayan manifestado. Ello está conforme con los principios que rigen para el mandato mercantil, arts. 351 y 718.

datarios, sino más bien en virtud de una especial relación jurídica, por ejemplo, fianza o aval. Si en virtud del contrato de Sociedad quedasen personalmente obligados por las obligaciones de la misma, la Sociedad escondería bajo las apariencias de una anónima una verdadera comandita por acciones.

Cuáles sean sus poderes, se deduce de los Estatutos, en cuyo exacto cumplimiento radica la mejor tutela de los socios y de terceros que fian en las garantías patrimoniales de la Sociedad.

Quien admite el cargo de Administrador no ejerce el comercio y no se vuelve comerciante. Por ello puede admitirlo incluso aquel a quien la ley profesional prohíbe el ejercicio del comercio, como los Procuradores y los Notarios (1): la prohibición, como contraria a la libertad, debe observarse dentro de sus límites literales. Sin embargo, tal prohibición rige para los empleados del Estado, a quienes la ley niega expresamente el poder ejercer el cargo de Administrador en cualquier Sociedad constituida con fin de lucro (2).

• 532. b) Son mandatarios *temporáneos*, y si los Estatutos no disponen otra cosa, ejercen el cargo sólo dos años. La ley favorece la brevedad del mandato, a fin de que los administradores puedan renovarse sin necesidad de remoción, acto hostil que una Asamblea difícilmente realiza, y a fin de que puedan en todo tiempo contar con la confianza de los accionistas que cambian continuamente. Cuando han sido nombrados por los socios en la escritura en que suscriben el programa o en la de constitución de la Sociedad, la duración de su mandato no puede exceder de cuatro años, porque la ley teme que dicho nombramiento hecho antes de cualquier experiencia social y bajo la influencia de los promotores, puede fácilmente sorprender en su buena fe a los socios. Cuando son nombrados por la Asamblea, los Estatutos pueden señalar cualquier duración a su cargo: pueden limitarla a menos de dos

(1) Sin embargo, el Notario que fuese Síndico o Administrador de una Sociedad no podría redactar las actas. Vid. un caso en que fué anulada la hipoteca inscrita a favor de una Sociedad a base de un contrato autorizado por un Notario que era Síndico de la misma. Ley de 25 de Mayo de 1879, acerca del Notariado, arts. 24, núms. 3 y 49; Apelación Milán, 10 de Mayo de 1887; *Foro*, 687; Casación Turín, 19 de Mayo de 1888; *Foro*, 829.

(2) Ley sobre la situación de los empleados del Estado, texto único de 22 de Noviembre de 1903, art. 7.º, que declara incompatible con la cualidad de empleado civil del Estado el cargo de administrador, Consejero de administración, Comisario de vigilancia u otra semejante, sea o no retribuido, en todas las Sociedades constituidas con fin de lucro, salvo para la administración de las Cooperativas constituidas por empleados la previa autorización del centro del que el empleado dependa.

años o extenderla a un período mucho más largo, pero es necesario que se determine la duración (1). El nombramiento no puede ser vitalicio: no lo consiente la ley que dispone sea temporáneo el cargo de Administrador y que califica como ilimitada toda obligación que dure tanto como la vida del obligado (2). Si no fuese así, se constreñiría a la Asamblea a valerse del derecho de remoción, exponiendo eventualmente a la Sociedad a la obligación de resarcir de daños al Administrador removido, en cantidad calculable según la probable duración de la vida del mismo.

Los Administradores, si los Estatutos no disponen otra cosa se renuevan por mitad y son reelegibles: de esta forma, la ley aprovecha ampliamente de las ventajas de la experiencia y de la tradición (3).

El término normal de duración de su cargo vence cuando se aprueba el balance (art. 154, núm. 2), por lo que cuando la ley o los Estatutos dispongan que duran en el cargo dos o más años, se debe entender que duran en el cargo dos o más años administrativos, porque el vencimiento del plazo para desempeñar su

(1) Conforme VIDARI, 4.<sup>a</sup> edición, núm. 1.111; OTTOLENGHI, II, pág. 396; MARGHERI, *Comm.*, núm. 303; Apelación Nápoles, 2 de Diciembre de 1889; *Foro*, 1890, 624; Decreto Tribunal Nápoles, 31 de Octubre de 1890; *Boll. soc. per azioni*, XVII, pág. 70. En contra E. SCIALOJA, *Foro*, 1890, 624; DANIELI, núm. 152; TARTUFARI, *Della rappresentanza*, núm. 256 n; NAVARRINI, núm. 326. Estos autores estiman que el límite de los cuatro años rige incluso para los nombramientos hechos por la Asamblea; pero su opinión, inspirada en el proyecto presentado al Senado en 1874, es incompatible con el tenor del Código. Más providamente la mayor parte de las leyes extranjeras establece siempre un límite a la duración del mandato de los Administradores: seis años, ley francesa, art. 25; Código suizo, art. 649, y ley belga, art. 45, y de ocho años, Código portugués, arts. 171 y 172 y Código argentino, art. 336. El Código húngaro, § 183, y el rumano, art. 125, al igual que el nuestro, sólo fijan límite para los Administradores nombrados en la escritura de constitución.

(2) Código de Comercio, art. 121, y Código civil, arts. 1.628 y 1.733. Conforme, E. SCIALOJA, *Foro*, 1890, 626; Tribunal Venecia, 7 de Julio de 1890; *Bollettino ufficiale delle società per azioni*, año VIII, fasc. XL, pág. 17. En contra, Apelación Nápoles, 2 de Diciembre de 1889; *Foro*, 1890, 624.

(3) Se defendió con buenas razones (Canónica, libr. cit., págs. 71 y siguientes) la conveniencia de prohibir al menos por un año la reelección de los Consejeros salientes, a fin de que su actuación pueda ser examinada por quienes les reemplacen y se rompa así aquella unidad de familia por la que los Administradores, fiando el uno con el otro, acaban por abandonar toda eficaz comprobación. En este sentido se expresan el Código portugués, art. 172, y el argentino de 1890, art. 336, que ante el silencio de los Estatutos, los consideran inelegibles. Pero esta disposición no se halla exenta de inconvenientes. Un banquero inglés, con una gran experiencia de cuarenta años, escribió en un libro lleno de sentido práctico lo siguiente: «Con esta regla obtendríais poca ventaja: el turno se llevaría con uno o dos Consejeros más, y mientras los que quedasen excluidos del Consejo, perderían el hilo de los negocios, por lo que al volver a entrar, desempeñarían su cargo con menos eficacia». RAB, *The country Banker*, 4.<sup>a</sup> edición, Londres, 1885, págs. 287 y siguientes.

misión debe coincidir con la aprobación del balance que los absuelve de toda responsabilidad (1).

**533. c) Son removibles.**—Esta facultad de remoción no puede hallarse limitada ni por el contrato de Sociedad, ni por la escritura de constitución ni por los Estatutos. No puede, por ejemplo, hallarse excluida durante un cierto período de prueba, ni restringida a culpas determinadas (2), ni subordinada al voto de una mayoría superior a la que según los Estatutos se requiera para la aprobación del balance (núm. 502 bis).

Pero si la Asamblea es dueña de poder decretar la remoción a pesar de cualquier pacto en contrario celebrado entre los socios, debe, no obstante, indemnizar al Administrador revocado sin justos motivos o a quien se le hubiese obligado a dimitir en atención a infundadas maledicencias (3). Sin razón se afirmaríase que habiendo repetido el legislador en el art. 121 la regla ya establecida en el derecho común (Código civil, art. 1.757) quisiera añadirla más fuerza y, por tanto, eliminar la obligación de indemnizar al Administrador que fuere removido. La frase «pueden ser removidos» se añadió probablemente en antítesis a cuanto se dispone con respecto a las Sociedades colectivas y comanditarias (arts. 107 y 115, Código de Comercio, y 1.720, Código civil), para expresar la idea de que los Administradores, aunque el contrato de Sociedad sea ley entre las partes (art. 1.123, Código civil) y aunque hayan sido nombrados en la escritura de constitución, pueden ser siempre removidos. Cuando el legislador quiso privar al mandatario removido del derecho de indemnización, lo expresó así, como en el caso del Capitán de barco despedido (art. 494, Código de Comercio). La obligación que incumbe a la Sociedad de resarcir el daño por la remoción injustificada, se compensa con el correspondiente derecho de la misma a exigir la indemnización en el caso de que el Administrador abandone inopinadamente el cargo. Cuáles sean las causas para justificar la remoción, no son otras que las estimadas tales por apreciaciones de hecho.

Si el nombramiento de Administrador incumbe al Gobierno, no puede la Sociedad removerlo, pues de lo contrario convertiría

(1) Apelación Génova, 22 de Marzo de 1918; *Monitor*, 1919, 118.

(2) Conforme la jurisprudencia francesa citada por ROUSSEAU, *questions nouv. sur les soc. comm.*, págs. 147 y siguientes; conforme BEHREND, pág. 350, nota 21; RING, pág. 534. Todas las legislaciones concuerdan en declarar revocable el mandato: vid. ley alemana, art. 227 (Código alemán de 1900, § 231); Código suizo, art. 650; Código portugués, art. 172; Código rumano, art. 122 y Código holandés, artículo 44.

(3) Art. 366; Apelación Génova, 17 de Marzo de 1894; *Foro*, 800.

en inútil el poder que éste se ha reservado (1); pero si lo que incumbe al Gobierno es sólo la facultad de aprobar el nombramiento de la Asamblea (2) o de elegir entre los nombres que ella proponga, ésta tiene derecho de remover al Administrador, porque quien confirió el poder puede quitarlo.

No existe diferencia alguna entre que los Administradores hayan sido nombrados en la escritura de constitución o que lo hayan sido por Asamblea ordinaria, porque tanto en un caso como en otro son igualmente removibles (art. 121); por consiguiente, no es necesario acordar la remoción de los primeros con la mayoría que se exige para modificar la escritura de constitución. Esto es claro para cualquiera que contemple el ordenamiento de las Sociedades anónimas, en que los Administradores no son estables, sino que varían periódicamente, cambiando sin tenerse que tocar para nada la escritura de constitución (art. 139). Los textos del Código se manifiestan en este sentido, porque al regular las anónimas no repiten la distinción que, sin embargo, hicieron para las Sociedades civiles y para las colectivas, entre Administradores estatutarios y no estatutarios (art. 107), y no han colocado a los Administradores de las anónimas nombrados en la escritura de constitución al cubierto de los acuerdos de la Asamblea ordinaria, como hicieron al regular las Sociedades en comandita por acciones (art. 119). En fin, puesto que basta el simple nombramiento de nuevos Administradores para remover a los que están en el cargo (art. 1.660, Código civil), es obvio que la Asamblea ordinaria competente para elegir a los nuevos Administradores tiene la facultad de remover a los nombrados en la escritura de constitución (3).

Precisamente porque esta remoción no modifica la escritura de constitución, no es necesario hacerla pasar por la confrontación judicial y la publicidad que se prescriben para los actos que modifican las disposiciones de tal escritura de constitución. El art. 96 que prescribe dicha confrontación en los cambios de los socios que tengan el uso de la firma social, no puede referirse a los Administradores de una anónima, los cuales pueden ser

(1) Conforme con el texto, NAVARRINI, núm. 329. En sentido contrario, WEINER, en la *Zeitschrift*, XXVII, 362 y siguientes, y RING, pág. 534; y en un fallo del Tribunal Supremo, *Entscheid.*, III, pág. 131.

(2) Nos ofrecen ejemplo de esto los Estatutos de la Sociedad de Ferrocarriles mediterráneos, art. 15; de Ferrocarriles sables, art. 15; de Ferrocarriles secundarios sardos, art. 15 y de la Banca nacional toscana, art. 105.

(3) Conforme NAVARRINI, núm. 328; Apelación Génova, 14 de Mayo de 1886; *Eco*, 193; Casación francesa, 28 de Julio de 1868; *Dalloz.*, 1868, I, 442. En contra, Apelación Génova, 17 de Marzo de 1894; *Foro*, 800.

socios o no serlo (art. 121). El nombramiento, como la remoción de estos Administradores, no es un acto que afecte a la existencia de la Sociedad: su cargo, esencialmente temporáneo, pasa periódicamente de una mano a otra con motivo de una función ordinaria de la administración social. En consideración a esto, los nombres de los Administradores no forman parte integrante de la escritura de constitución (art. 89, núm. 8.º), ni figuran, aunque hayan sido nombrados, en los extractos que vienen entregados a la publicidad (art. 94), sino que se hallan sujetos a más restringidos anuncios como convienen a su cargo (art. 139). Ahora bien, ¿por qué se querrá dar a esta remoción una publicidad que no fué concedida a su nombramiento? Si los terceros tuvieron noticia del nombramiento por el contrato de depósito en la Cancillería del Tribunal; a tenor del art. 139, ¿no bastará que sepan del mismo modo su remoción, es decir, mediante la notificación del nombramiento de los nuevos Administradores en la misma Cancillería?

**534. d)** Pueden ser socios o no. Parece a primera vista que deberían ser elegidos entre los socios, porque están obligados a prestar fianza de un cierto número de acciones. Pero esta fianza puede ser prestada por un tercero y puede estar integrada aunque sea por excepción con otros valores (núm. 536).

Los Estatutos pueden disponer que los Administradores sean elegidos entre los socios y pueden añadir otros requisitos, por ejemplo, la vecindad de residencia o de profesión, y puede también prohibir la elección de parientes o afines.

**535. e)** Pueden ser remunerados o gratuitos. La remuneración consiste a menudo en una participación en las utilidades líquidas, lo cual interesa a los Administradores en pro de los satisfactorios resultados de la hacienda social. A veces se añade también una medalla de presencia por cada reunión del Consejo, lo que les hace más diligentes en asistir al mismo. Aquellas utilidades líquidas pueden detraerse antes o después de la dotación asignada a la reserva, pero deben detraerse después de las amortizaciones, que son cargas del ejercicio. La ley prefiere que los Administradores sean retribuidos, porque es más fácil la elección, más grave su responsabilidad y más diligente su actuación, y por ello, ante el silencio de los Estatutos, les reconoce el derecho a una retribución (1). La Asamblea es soberana al fijar la

(1) Arts. 154, núm. 4.º, 349; *Relaz. FINALI, Lavori preparatori*, I, 1, págs. 707 y 377; *Relaz. MANZINI*, pág. 411; *OTTOLENGHI*, en una nota muy interesante, *Ri-*

medida, tomando por norma la labor desarrollada o las ganancias del ejercicio: el juicio del Tribunal sólo podrá invocarse cuando la Asamblea se haya librado a sí misma de su propia deuda, asignando a los Administradores una retribución irrisoria. Salvo disposición contraria de los Estatutos, la Asamblea debe retribuir la labor de los Administradores aunque no haya utilidades que repartir y aunque el ejercicio se haya saldado con déficit: la negativa de remuneración podría decidir a los Administradores a procurarse con balances ficticios más elevada remuneración.

Cuando la retribución se asigna conjuntamente al Consejo y falta un reglamento o una práctica precedente o una diversidad de funciones, cada Administrador tiene derecho a una parte igual, y la distinta clase de actividad que uno de ellos haya podido desarrollar en punto a la administración, no constituye título para una participación mayor. Cuando, por el contrario, los Administradores desempeñan una función distinta como Consejeros delegados, como miembros del Comité ejecutivo, etc., si no se ponen de acuerdo para dividir la asignación, decidirá el Tribunal, teniendo en cuenta la labor asignada a cada uno e inferida del libro de actas del Consejo y de cualquier otro medio de prueba (1).

**536. f)** Deben prestar fianza para garantía de su buena gestión en cantidad igual al dos por ciento del capital social; sin embargo, los Estatutos pueden establecer que la fianza no exceda de cincuenta mil libras de capital (art. 123). La fianza debe constituirse en acciones. Si las acciones son al portador, deben anularse y sustituirse con acciones nominativas vinculadas en el libro de socios a título de fianza, y estas acciones nominativas y vinculadas pueden depositarse en las cajas de la Sociedad o entregarse a sus propietarios. Hecha la conversión e inscrito tal vínculo sobre las acciones, nadie puede adquirirlas sin sufrir las consecuencias.

La conversión de las acciones implica necesariamente la destrucción de las acciones al portador. Si éstas fuesen conservadas y puestas en circulación, serían las acciones al portador y no las nominativas las que representarían las cuotas sociales, porque en las acciones al portador la posesión equivale al título, con todas las consecuencias que de éstos se derivan (art. 707, Código civil).

*vista di dir. comm.*, 1905, 11, 401. En contra, Apelación Catania, 23 de Diciembre de 1904; *Rivista cit.*, l. c., con argumentos que se destruyen entre sí por su contradicción.

(1) RING, pág. 501; GAREIS UND FUCHSBERGER, pág. 455, núm. 283, y un fallo del Tribunal Supremo del Imperio, *Entscheid*, XXIV, págs. 354 y siguientes.

La práctica seguida por muchas Sociedades de conservar las acciones dadas en fianza en forma de títulos al portador, depositándolas en un Banco, o peor aún, teniéndolas en custodia en las propias cajas, es ilegal, y expone a los Administradores a la obligación de renovar la fianza si por cualquier abuso se volvieren a poner en circulación los títulos. Ellos no podrían pedir a la Sociedad indemnización por aquella sustracción, porque la culpa de la Sociedad sería la culpa de ellos mismos (vid. núm. 479).

Esta fianza equivale a una prueba constituida en garantía de cualquiera que resulte acreedor de la Sociedad con motivo de la mala gestión de los Administradores (1). Los acreedores particulares no podrán ni embargarla ni venderla si no por acción subordinada a los derechos preferentes de los acreedores sociales y de los accionistas. Se crea así una excepción a la regla que prohíbe a la Sociedad tomar en prenda las propias acciones (art. 144).

Para determinar la cuantía de la fianza se debe tener en cuenta el valor nominal de las acciones y es indiferente tanto su valor en Bolsa como la cantidad de capital desembolsado a cuenta de cada una. Por tanto, el valor de la fianza aumenta con el crédito de la Sociedad y disminuye con su descrédito.

La efectiva prestación de la fianza se comprueba por los Síndicos (art. 184, núm. 4.º). El nombramiento del Administrador debe considerarse subordinado a la prestación de la fianza, como a una condición resolutoria; de modo que si aquél no la presta, los otros Administradores, en unión de los Síndicos, deben reemplazarle, como si su puesto hubiese quedado vacante (2). Aunque la ley no lo declare, opinamos que los Síndicos no pueden tardar más de un mes en tomar tal determinación, precisamente porque dentro de dicho mes deben cerciorarse de si se depositó la fianza en la caja de la Sociedad y el acta de la reunión en que fueron nombrados los Administradores indicará el día desde el cual empieza a correr dicho plazo. Si el Administrador acepta y desempeña el cargo sin prestar fianza, incurre igualmente en to-

(1) LYON-CAEN ET RENAULT, II, 815 bis y 826; PONT, núms. 1.624 y 1.625; NAMUR, núms. 1.032 y siguientes. Conforme Casación Roma, 8 de Noviembre de 1888; Legge, 1889, I, 686 y VIDARI, II, núm. 1.122.

(2) Art. 125, Código de Comercio; Casación Nápoles, 8 de Enero de 1891; *Giurispr. ital.*, 216; DANIEL, núm. 150. Más completa la ley belga, art. 49, reputa dimisionario al Administrador que no preste fianza dentro de un mes a partir del día en que le fué notificado su nombramiento. Una sentencia del Tribunal de Pisa, de 1.º de Abril de 1897, *Giurispr. ital.*, 313, sostiene que el Administrador no entra en funciones mientras no haya prestado fianza y que por ello no puede comparecer en juicio en representación de la Sociedad; pero esta opinión queda desautorizada por los arts. 139 y 151. La ley no castiga con sanción penal el retraso: es ésta una verdadera laguna.

das las responsabilidades inherentes al mismo, y será aquella una culpa más que añadir a las otras. Todas estas disposiciones son de orden público y no se puede prescindir de las mismas, sino en los límites permitidos por la ley (1).

Si el capital social no se halla dividido en acciones y la escritura de constitución no expresó el modo de prestar fianza o si no resulta posible a los Administradores electos el adquirir las acciones necesarias al efecto, por no encontrarse en el comercio ninguna—lo cual pueden certificarlo los agentes mediadores—, entonces el Tribunal, ya cuando comprueba la escritura de constitución, ya cuando más tarde se presente la necesidad, provee sobre la demanda de los interesados, en Cámara de Consejo (2). La fianza quedará sujeta hasta que la Asamblea apruebe el último balance presentado por los Administradores salientes.

**537.** Entre los distintos sistemas ideados para asegurar la diligente actuación de los Administradores, parece el mejor éste de la fianza en acciones, no sólo porque garantiza el interés que los Administradores ponen en el resultado de la empresa, sino porque facilita la suscripción del capital social, ofreciendo en compensación y garantía a quien emplea el propio dinero el cargo de Administrador.

El sistema no es ciertamente perfecto porque la ley consiente que la fianza sea provista por un tercero. Pero aun en tal hipótesis no disminuye el interés de los Administradores en la buena administración, porque sus culpas tendrían una sanción a menudo más grave que la baja de las acciones, o sea, perder la confianza de los terceros proveedores de las acciones y perder asimismo el cargo principal del que les proviene el accesorio de Administrador (Director, Administrador de otra Sociedad o de otra hacienda proveedora de las acciones). El sistema tampoco es perfecto, porque las acciones disminuyen de valor cuando se haya de recurrir a su venta por las culpas de los Administradores. Pero si se impusiese la obligación de constituir la fianza en otros títulos, de la Deuda pública, por ejemplo, se haría más difícil la suscripción del capital social y la selección de los Administradores, porque los hombres de negocios no gustan de inmovilizar su dinero

(1) Por ello el Tribunal no podría ordenar la transcripción de la escritura de constitución y de sus modificaciones si fueron v.o.a.las las disposiciones del artículo 123. Vid. una sentencia en que fué denegada tal medida porque los Estatutos no ordenaban constase la conversión y vinculación de las acciones en el libro de socios: Apelación Génova, 4 de Julio de 1887; *Foro*, 1,231. Vid. también, Tribunal Milán, 12 de Julio de 1911; *Rivista di dir. comm.*, 1912, 1, 58.

(2) Casación Turín, 9 de Julio de 1885; *Foro*, 733. En contra, Apelación Turín, 10 de Marzo de 1885; *id.*, 369.

en títulos extraños a la industria a ellos confiada y sometería la fortuna de todas las Empresas privadas a las vicisitudes de la hacienda pública.

**538.** El Administrador, como todo mandatario, puede renunciar al cargo (art. 1.761, Código civil). Esta facultad es una defensa necesaria para el Administrador, que de otro modo se vería obligado a ejecutar los acuerdos de las Asambleas generales y a hacerse solidario de los nuevos compañeros que no gocen de la confianza de aquél. La dimisión produce sus efectos tan pronto como sea comunicada al Consejo de Administración y a los Síndicos que están autorizados a reemplazar al dimisionario, excepto cuando éste haya demostrado la intención de conservar el cargo hasta el nombramiento del sucesor: su voluntad es decisiva y opera tan pronto como llega a noticia del órgano autorizado para recibirla (1).

Erróneamente se ha sostenido que el Administrador conserva el cargo hasta que la Asamblea haya aceptado su dimisión (2): esto supone implícitamente que la Asamblea tenga la facultad de no aceptarla, lo que es inexacto, porque nadie puede ser obligado a prestar personalmente su obra. Si todos los Administradores y Síndicos reunidos pueden reemplazar al dimisionario antes de que se convoque la Asamblea general, es claro que la dimisión produce sus efectos también antes, porque la coexistencia en sus funciones del anterior y del posterior Administrador es incompatible (art. 1.760, Código civil). Además, si el dimisionario no puede intervenir en el nombramiento de su sucesor, que debe efectuarse por los otros Administradores, ello significa que él no forma parte del Consejo. Sólo cuando sea único o cuando por motivo de su renuncia el Consejo, en unión de los Síndicos, no puede reemplazarlo, su renuncia, para ser eficaz, debe ser comunicada a la Asamblea (art. 125).

La Sociedad tiene una doble defensa contra el daño de una di-

(1) Apelación Milán, 10 de Abril de 1879; *Eco*, 190; Apelación Génova, 8 de Mayo de 1896; *Temì genov.*, 282; Tribunal Milán, 4 de Febrero de 1909; *Temì Lomb.*, 85; NAVARRINI, núm. 330 bis. La doctrina dominante en Alemania (vid. RING págs. 499 y 536) y un fallo del Tribunal Supremo del Imperio, (*Entscheid.*, X, págs. 50 y siguientes) opinan también que en principio la dimisión produce inmediatamente sus efectos, pero, atenuando las consecuencias de esta premisa, sostienen que se suspenden tales efectos cuando se haya hecho fuera de tiempo, es decir, en perjuicio de la Sociedad.

(2) Se expresa en el sentido combatido por el texto, VIDARI, núm. 1.114; Casación Turín, 20 de Diciembre de 1884; *Giurispr. tor.*, 1885, 205; Apelación Génova, 25 de Noviembre de 1887; *Eco*, 1888, 1; Casación Roma, 3 de Octubre de 1892; *Il Giurista*, 465.

misión intempestiva: el derecho a indemnización si el Administrador deja el cargo a destiempo y cuando lo hace con ofensa de la buena fe (1), sin justos motivos (art. 336). Naturalmente que la dimisión no exime al Administrador de la obligación de responder de los daños que puedan derivarse en el porvenir por las culpas ya cometidas, y no le priva del derecho a la retribución pactada en proporción al tiempo en que desempeñó el cargo.

La dimisión no será eficaz respecto a terceros mientras no haya sido transcrita en el registro de la Sociedad, o mientras el Administrador que suceda no haya hecho transcribir la subrogación (art. 139).

**539.** Los Administradores, en unión de los Síndicos, sustituyen al saliente con otra persona, que permanece en el cargo hasta la convocación de la Asamblea general (arts. 125 y 151). Esta facultad es peligrosa cuando la vacante tiene lugar por renuncia del Administrador, porque éste, si anticipa en algunos días su salida, ofrece a los otros el medio de que elijan al nuevo compañero, cuya confirmación difícilmente negará la Asamblea. El nuevo Administrador nombrado en lugar del anterior por la Asamblea o por el Consejo desempeñará el cargo por todo el tiempo que restaba a aquél de quien ocupa el puesto: de lo contrario, todo el mecanismo con que se renueva el Consejo quedará alterado (2). Los Estatutos pueden disponer otra cosa, confiando el nombramiento temporáneo sólo al Consejo de Administración o reservándolo a los Síndicos o a la Asamblea. La cláusula que concediese al Consejo la facultad de extender el nombramiento definitivo del suplente sería ineficaz, porque el nombramiento de los Administradores es función esencial de la Asamblea.

Si los salientes son más de uno, tanto si su salida ocurre simultánea como sucesivamente, se procede del mismo modo, porque se debe estimar que la ley ha proveído al caso normal en que las vacantes se presentan una cada vez, pero que habría resuelto igualmente el problema si la vacante se extendiese a varios Administradores. Justificamos esta interpretación considerando que el nombramiento es una determinación provisional y subordinada al juicio de la Asamblea, y que la sustitución de un

(1) Código civil, 1.761<sup>g</sup>; art. 351, Código de Comercio, y Apelación Génova, 16 de Septiembre de 1884; *Eco*, 327.

(2) Así expresamente se afirma en todos los proyectos preliminares que siguen el ejemplo del art. 64 de la ley belga hasta el proyecto presentado al Senado en 1875, que suprimió la frase correspondiente (*Lavori preparatori*, I, 1, 327) probablemente por la consideración de que la misma se hallaba implícita al decir que un Administrador sustituye al otro; Conforme Ettore Levi, *Manuale per le Banche popolari*, 2.<sup>a</sup> edición, pag. 291. Vidari, 4.<sup>a</sup> edición, núm. 1.116.

solo Administrador en un Consejo de tres, por ejemplo, puede tener mayor importancia que la sustitución de dos o tres Administradores en un Consejo de veinte. Y no se arguya que una disposición excepcional, cual es la del art. 125 que confía a la colectividad de Administradores y Síndicos una función esencial de la Asamblea, no puede interpretarse extensivamente, porque este expediente no tiene carácter excepcional, sino que encaja en el sistema de la ley precisamente porque tiene por fin proveer interinamente, para que la Asamblea ordinaria pueda realizar su función normal de nombrar a los Administradores después de haber examinado los resultados del ejercicio.

Sin embargo, es necesario que los Administradores y los Síndicos que concurren al nombramiento sean en conjunto los dos tercios a lo menos de los que ejercen el cargo, y que acuerden por mayoría absoluta. No es necesario que concorra por lo menos la mitad de los Consejeros que señalan lo Estatutos, alegando que el art. 141 considera válidos los acuerdos sólo cuando están presentes la mitad. El caso es distinto, porque esta regla se ha dictado para la hipótesis de que los Administradores constituyan una colectividad propia, y no puede aplicarse a la hipótesis en que se reúnan junto con los Síndicos para constituir una colectividad a propósito formada por la ley para una función determinada (1). Por tanto, si la Sociedad tiene cinco Administradores de los que sólo dos han quedado en el cargo y tres Síndicos, la colectividad deberá estar constituida por cuatro personas por lo menos (no menos de 2/3 de 5) y para resultar elegido deberá reunirse el voto de tres.

### Núm. 3.º—*Los Síndicos* (1)

*Sumario.*—540. Función.—541. Nombramiento.—542. Número.—543. Duración de su cargo: entre quiénes puede escogerse.—544. Aceptación y decadencia.—544. bis. Retribución.—545. Naturaleza jurídica de su cargo: su labor es interior en absoluto.—546. Incompatibilidad entre el cargo de Síndico y el de empleado de la Sociedad.—547. Funciones generales y especiales de los Síndicos.—548. Defectos de la ley.—549. De-

(1) Conforme NAVARRINI, núm. 337.

(2) Para antecedentes históricos, vid. VIGHI, *Notizie storiche sugli amministratori ed i sindaci*, págs. 53 y siguientes; BENZA, en la *Rassegna di diritto commerciale*, 1, 557 y siguientes; RELAZ. MANZINI, págs. 405 y siguientes. Acerca de las funciones administrativas y de vigilancia que corresponden al *Aufsichtsrat* del derecho alemán, vid. L. VIVANTE, *Rivista di dir. comm.*, 1910, 1, págs. 888 y siguientes.

ben desempeñar su función personalmente.—550. Los Síndicos no forman una colectividad deliberante: consecuencia.

**540.** Los Síndicos desempeñan una función personal y continua de vigilancia, que se extiende por todo el interior de la hacienda social. Son inspectores permanentes de la administración y delegados por los accionistas que no pueden ejercer dicho cargo personalmente, debiendo rendir cuenta de los resultados de su vigilancia, a los accionistas, en las reuniones periódicas de la Asamblea. Su inspección debe seguir paso a paso el desenvolvimiento de la hacienda social, de forma que sabiendo los Administradores que están vigilados por una autoridad atenta e independiente sean constreñidos aun sin quererlo, a conducirse con honrada diligencia. Pero en la práctica, su vigilancia y consideración quedan muy lejos del ideal legislativo.

**541.** Su nombramiento es un requisito esencial para la constitución regular de la Sociedad.

Si la escritura social descuidó el nombrarles, el Tribunal deberá abstenerse de ordenar la publicación de los Estatutos (1), y si posteriormente se ha omitido dicho nombramiento por las Asambleas ordinarias, puede cualquier socio pedir a la autoridad judicial que suspenda la ejecución de su acuerdo mientras no se haya procedido al referido nombramiento (art. 163).

**542.** Los síndicos deben ser tres por lo menos, pero también pueden ser cinco, y de aquí la necesidad de que los Estatutos establezcan el número (1). Si los Estatutos conceden a un grupo de accionistas privilegiado la facultad de nombrar dos Síndicos de los cinco, no debe considerarse como contraria a la ley (art. 164).

**543.** Los Síndicos desempeñan el cargo por el tiempo que dura un ejercicio social y, por consiguiente, de ordinario se nombran o confirman de año en año (art. 183). Pueden ser elegidos entre los socios o entre extraños; pero los Estatutos pueden limitar la elección poniendo condiciones, verbigracia, de vecindad, residencia o profesión. No están obligados a prestar fianza, pero los Estatutos pueden exigirla como requisito para su nombramiento o para tomar posesión del cargo. Por regla general, están

(1) Vid. núm. 446 y los artículos 128, 134, núm. 5.º y 154, núm. 3.º La figura jurídica de esta institución viene precisada con exactitud en la sentencia de la Casación de Roma, de 11 de Septiembre de 1890; *Foro*, 1.162.

(2) Apelación Turín, 30 de Junio de 1891; *Giurispr. tor.*, 576.

retribuídos, y ello en la medida fijada por los Estatutos o por la Asamblea (núms. 535 y 544 bis).

**544.** Los Síndicos decaen de su cargo si durante el ejercicio del mismo son afectados por alguna de las causas que les impediría ser elegidos, como el parentesco o afinidad con alguno de los Administradores (art. 183), si se les declara en quiebra, sujetos a interdicción o incapacitados, así como si se les condena por ciertos delitos que les hagan indignos de la confianza de los socios (art. 151). La cuestión de si la Sociedad puede elegir a sus Síndicos de entre los quebrados, interdictos o incapacitados, creemos debe resolverse afirmativamente, ya que no se puede aplicar una ley penal fuera de los casos para los que se estableció, y es muy distinta la hipótesis de un Síndico afectado durante su cargo por tales causas de recelo o indignidad que muy probablemente hubieran impedido su nombramiento, de la hipótesis de un Síndico que nombra la Asamblea considerando tales causas como insuficientes para privarlo de la confianza de la misma. El texto de la ley establece esta distinción, ya que declara tanto inelegibles como decaídos a los parientes y afines de los Administradores (art. 183), mientras que sujeta sólo a la decadencia a los quebrados interdictos e incapacitados (art. 151) (1).

**544 bis.** La retribución de los Síndicos viene fijada por aquella Asamblea a la que presentan el informe acerca del balance y no por la que los nombra, ya porque la palabra retribución (art. 154, núm. 4.º) significa la compensación de un trabajo realizado y valuable, ya porque según el sistema del Código, la Asamblea constituyente no acuerda la retribución de los Síndicos (artículo 134, núm. 5.º), sino que la acuerdan las Asambleas ordinarias. Por consiguiente la primera Asamblea ordinaria, después de un año de ejercicio, acordará acerca de la retribución de los Síndicos para el primer ejercicio, la segunda Asamblea acordará acerca del segundo ejercicio ya terminado, y así sucesivamente. El Código no prevé la hipótesis de una Asamblea que acuerde acerca de la retribución que se debiere por dos ejercicios, acuerdo éste que debería tomarse para subsanar el silencio de la Asamblea constituyente.

El Síndico inelegible debe equipararse a quien nunca fué nombrado, porque, por disposición de la ley, no se encuentra en la posibilidad de desempeñar su función (art. 183). Por el contra-

(1) En contra, NAVARRINI, núm. 542.

rio, el Síndico nombrado irregularmente, por ejemplo, en una Asamblea convocada con irregularidad, se posesiona del cargo y lo ocupa hasta que el acuerdo sea anulado por una Asamblea regular (art. 163).

545. La actuación de los Síndicos es toda de vigilancia y de tutela, y no deben ellos tomar parte en la administración. En esta completa abstención vemos, según el pensamiento legislativo, una condición esencial para el buen funcionamiento de la Sociedad: los Síndicos deben limitarse a vigilar, pues si tomasen parte en la administración, deberían vigilarse a sí mismos, lo que resulta un contrasentido, y, además, embarazarían la obra de los Administradores y atenuarían la responsabilidad, que debe pesar toda sobre ellos. Por eso, si bien pueden asistir a las reuniones de los Administradores y criticar sus acuerdos, no pueden oponerse a su ejecución, y si pueden hacer inscribir en los órdenes del día de tales reuniones las proposiciones propias, no pueden exigir que el Consejo las acepte (1), ni concurrir a ellas con su propio voto, salvo el derecho a convocar la Asamblea para las determinaciones oportunas (art. 184, núm. 8.º). Deben aprobar los acuerdos tomados por los Administradores cuando haya disenso entre ellos o conflicto entre los intereses de los mismos y los de la Sociedad (arts. 149 y 150), pero su voto tiene una función meramente tutelar, no una función deliberativa, porque no concurre a formar la mayoría. Cuando queda vacante el puesto de algún Administrador no hacen sus veces, sino que deben concurrir a que se le reemplace, ya que todo acto de administración acordado y concluido por ellos sería ilegal para con la Sociedad e ineficaz para con los terceros.

Los Estatutos que les confiasen alguna determinación administrativa, por ejemplo, decidir acerca del establecimiento de nuevas agencias o acerca de los descuentos que excedieren de cierta medida, serían ilegales, y el Tribunal no podría aprobarlos. Unos Estatutos de esta naturaleza harían surgir un peligroso dualismo entre los Administradores y los Síndicos, que el legislador ha querido, con todo cuidado, prevenir (2).

(1) Arts. 184 y 152.

(2) El pensamiento de limitar la obra de los Síndicos al ejercicio de una vigilancia continua sin ingerencia administrativa, es constante y uniforme en todos los trabajos preparatorios del Código: vid. especialmente *Comm. Prelim., Verb.*, núm. 491, letra a, núm. 703; *Relaz. MANZINI*, pág. 410. Entre las leyes que dictando minuciosas normas acerca de la función de los Síndicos la mantuvieron sistemáticamente dentro de los límites de un cargo de confianza, está la nuestra, si bien RING, pág. 503, la incluye entre las que reconocen en los Síndicos una función

La labor de los Síndicos es interior en absoluto, pues que se endereza a la vida interior y no a la exterior de la Sociedad. No representan a ésta frente a terceros, y por esto su nombramiento no debe insertarse, cual el de los Administradores, en los registros públicos (art. 139) y también por eso no responden a los acreedores de la Sociedad de la quiebra de la misma (art. 863). Incluso cuando por excepción asumen su representación para convocar Asambleas (art. 184, núm. 8.º), para hacer anular acuerdos (art. 163,) o para actuar judicialmente contra los Administradores (art. 152), ejercitan su actividad siempre en su aspecto interior.

**546.** Precisamente porque la de los Síndicos es esencialmente función de vigilancia e incompatible con participación alguna en la administración, no pueden ellos ser elegidos de entre quienes tengan un empleo estable en la Sociedad, y si los ya empleados prefirieran el cargo de Síndico, deberían renunciar al empleo, pues que no son inelegibles, sino incompatibles. La prohibición no está consignada en la ley, pero está inherente en aquella separación de las funciones de administración y de vigilancia que es esencial en el ordenamiento de las Sociedades anónimas (número 545). El empleado que al mismo tiempo ejerciese la función de Síndico, debería vigilarse a sí mismo como Director, contable o Cajero, y la vigilancia deseada por el legislador quedaría reducida a nada, porque el empleado, por mucha diligencia con que se vigilara a sí mismo, no podría dar nada más de lo que diera como empleado.

El empleado que desempeñase el oficio de Síndico, para ejercer libremente este cargo, debería vigilar y criticar la actuación de los Administradores que lo nombraron y que pueden despedirlo (artículo 143), por lo que se estaría ante el inevitable dilema de que o la disciplina administrativa iría al traste, o bien la vigilancia quedaría reducida a letra muerta.

El Síndico, que debe informar a la Asamblea ordinaria acerca de la conducta de los Administradores (art. 1078), que debe admitir y examinar las denuncias de los accionistas contra los mismos y ejercitar la acción de responsabilidad contra ellos (art. 152), que debe exponer al Juez su opinión acerca de la labor de los Administradores (arts. 153 y 163) y que debe realizar una continua o, a lo menos, periódica inspección sobre la actuación de éstos (artículo 184), del Contable (íd., núms. 1.º, 4.º y 6.º), del Cajero (íd., núm. 3.º) y así sucesivamente, no puede admitir un empleo que le obligaría a desempeñar por sí solo dos cargos, los cuales

mixta de administración y vigilancia, aduciendo el art. 184, en que se les concede el derecho de asistir a las reuniones y de hacer modificar el orden del día.

ha debido querer fuesen ejercidos por dos personas, si es que una ha de vigilar la actuación de la otra (1).

547. La ley ha expresado los principales deberes de los Síndicos a fin de facilitar el criterio de los Jueces sobre su conducta; pero toda aquella serie de normas viene a parar en el siguiente principio dominante y sintético del que el Síndico puede deducir otros deberes además de los indicados en el Código, según la diferente naturaleza de la hacienda social: *El Síndico debe poseer un completo conocimiento de todos los negocios sociales, de manera que pueda asegurar a los accionistas de la verdad del balance y dar su propia opinión acerca de la orientación de la hacienda social* (2). Los Síndicos no pueden eximirse de la observancia de estos deberes alegando que los Administradores se negaron a informarles. Nada debe quedar oculto para los Síndicos, y si éstos no disponen de una acción judicial (art. 152) contra los Administradores para obligarles a comunicar los libros y documentos sociales o para conseguir se les conceda la inspección de las cajas o de los almacenes, pueden, no obstante, recurrir al poder supremo de la Asamblea, convocándola en cualquier momento, a fin de que, mediante la remoción de los Administradores, subsane el gravísimo abuso de éstos. Las facultades concedidas por la ley a los Síndicos no pueden ser disminuídas por los Estatutos, porque son de orden público (3).

Los negocios de la Sociedad pueden dar malos resultados, ya que pueden ser acometidos por un repentino desastre, no obstante la perspicacia de los Síndicos. Pero es casi imposible que los Síndicos apercibidos y diligentes no adviertan el mal germen que

(1) Conforme Pret., Milán, 13 de Enero de 1912; *Monitore*, 137. En contra Tribunal Turín, 10 de Mayo de 1911; *Rivista di dir. comm.*, 1912, 1, 302; A. SCIALOJA, en *Rivista delle sec. comm.*, 191, 371.

(2) En este sentido se expresan todos los trabajos preparatorios. Vid. especialmente *Relaz. LAMPERTICO* dirigida al Senado, *Lavori preparatori*, 1, 1, 429: «La ley ha concedido al accionista posibilidad de seguir paso a paso la hacienda social mediante la Magistratura electiva de los Síndicos, a los que más que una simple revisión o particulares cuidados (cual hoy ocurre con los censores u otras comisiones especiales), se ha confiado un cargo no momentáneo, sino perenne, no circunscrito, sino extendido a toda la administración, grave en deberes, pero adornado de las correspondientes facultades y rodeado de toda consideración»; *Relaz. MANZINI*, pág. 309: «La Comisión se ha decidido por la institución de un Cuerpo de Síndicos provistos del más amplio mandato para la vigilancia continua de los negocios sociales, de los registros, de las cajas y del balance y con la facultad, además, de convocar la Asamblea cuando sea preciso».

(3) Por consiguiente, son ilegales los Estatutos que prohíben a los Síndicos asistir a las reuniones del Consejo de Administración: Vid. los Estatutos de la *Italia, Società di riassicurazione*, art. 48, y los Estatutos de *La Politécnica*, art. 35.

se desarrolla bajo la aparente frondosidad de los balances, verbi-gracia, por excesiva condescendencia en los descuentos, por inmovilización de capitales en un Banco, por errónea elección de los riesgos en los negocios de seguros y por especulación de Bolsa en toda clase de Sociedades, y que no pueden poner remedio oportuno con un sincero informe dirigido a la Asamblea.

**548.** Si en la práctica los Síndicos no han conseguido suficiente autoridad, es debido, probablemente, a que de ordinario no son dueños de acciones para así poder hablar alto en defensa del propio interés y porque su cargo se renueva anualmente y, por tanto, está supeditado a los Administradores, los cuales dominan las Asambleas y hacen pagar a los Síndicos su excesiva independencia con la pérdida del cargo. Deberían prestar también éstos una elevada fianza y permanecer en el cargo por más tiempo que los Administradores, de forma que, invertidos los papeles, los Administradores hubiesen de temer el no ser confirmados, por la influencia de los Síndicos. Pero esto no se podrá obtener si no se les pone a cubierto de las represalias de los Administradores, ordenando la ley que no puedan ser removidos más que por una Asamblea constituida con garantías especiales de socios presentes y votantes (1).

**549.** Deben desempeñar personalmente su cargo y no pueden valerse de contables para examinar los libros y documentos sociales, pues que si esta facultad se niega hasta a los accionistas (art. 152), por el temor de que se descubran los secretos sociales, con mayor razón deberá negarse a los extraños. Si el legislador quiere que los suplentes se nombren por la Asamblea (art. 183), es evidente que los Síndicos no tienen derecho a elegir quien los supla en el desempeño del propio cargo. Sólo la Asamblea o la autoridad judicial (art. 153) pueden autorizar a un extraño para examinar los libros de la Sociedad (2).

**550.** Los Síndicos no constituyen una agrupación que decida por mayoría. Cada uno de ellos puede desempeñar según su

(1) Así se establece por las más recientes leyes extranjeras. Los Síndicos pueden permanecer en el cargo durante seis años: ley belga (a. 1873), art. 54; durante cinco años; Código suizo, art. 663, y por tres años: Código portugués, art. 172, y Código húngaro, § 194.

(2) Así se establece expresamente por algunas leyes extranjeras: Código suizo, art. 631: «La Asamblea puede siempre nombrar comisarios especiales o peritos para el examen de la gestión o de la parte de la misma». Conforme, Código húngaro, § 175. En nuestro proyecto preliminar se establecía la regla contraria, en el artículo 112: «en la inspección de los libros pueden hacerse acompañar por un perito de su confianza»; pero esta regla fué racionalmente suprimida.

iniciativa y criterio propios las funciones que la ley le asigna, sin hallarse ligado por el voto de sus colegas: en esta independencia de indagación y de juicios radica su defensa contra los peligros de la responsabilidad solidaria a que se exponen. Se demuestra ello porque la ley no ha regulado esta función de vigilancia, aun cuando se halle siempre integrada por varios miembros, con normas de colegiación, cual hizo con los Administradores al indicar el modo de llevar a cabo sus deliberaciones (art. 141) y no ha dictado disposición alguna en defensa de la minoría disidente, como dictó para los Administradores. Además, si el legislador quiere que el número de Síndicos esté siempre completo por medio de los suplentes, ello significa que la mayoría no puede desempeñar sus funciones.

De esto se sigue el que los Administradores tratan los negocios sociales a propio riesgo cuando no obtienen, en los casos fijados por la ley, la aprobación de todos los Síndicos: el voto de la mayoría no basta para liberarlos de la responsabilidad por las pérdidas que pueden originarse (1), y también se sigue la otra consecuencia de que todos deben cooperar en el informe anual que se presenta a la Asamblea ordinaria (art. 178), ya concuerden, ya disientan en las observaciones y proposiciones. La abstención de un Síndico efectivo, no subsanada por un suplente, haría irregular el informe. Sólo en un caso la función de vigilancia decide colegiadamente, esto es, por mayoría: cuando en unión de los Administradores deba proveer algún puesto vacante de la administración (art. 125). Los Estatutos que constituyesen en agrupación a los Síndicos atribuyendo a su mayoría la facultad de decidir, serían legales porque dejarían reducida, en realidad, la vigilancia social a sólo dos Síndicos.

Para evitar los inconvenientes de la vigilancia simultánea de todos los Síndicos, pueden éstos ejercerla individualmente por turno semanal o mensual, en virtud de una cláusula de los Estatutos, o del reglamento interior, o también por simple acuerdo de los propios Síndicos. De este modo, mientras cada uno fiscaliza las operaciones que se efectúan durante el período de su vigilancia, com-

(1) Así sucede en los casos regulados por los artículos 149, 150 y 184, núm. 1.º Nuestra opinión de que los Síndicos no desempeñan colegiadamente su misión, se haya avalorada por el hecho de que la ley belga, a la que siempre se ha tenido presente para la reforma de esta parte del Código, contiene en su art. 56 la siguiente disposición, que no ha sido reproducida en aquélla: «Les Administradores y los comisarios de vigilancia constituyen dos agrupaciones que deliberan en la forma establecida por los Estatutos y, en caso de silencio de éstos, según las reglas ordinarias de las Asambleas deliberantes». En contra, VIDARI, II, núm. 1.370 y NAVARRINI.

prueba también la ejercida por los predecesores, y la responsabilidad solidaria, de la que no pueden escapar, resulta justificada por las culpas propias o por la negligencia en manifestar las ajenas.

§ 46.—LA ADMINISTRACIÓN

Núm. I.—*Constitución del Consejo de Administración*

*Sumario.*—551. Carácter jurídico del Consejo.—552. Su ordenamiento en la ley y en la práctica.—552 bis. Su número.—553. Su Director.—554. Su posición jurídica.—555. Acuerdos del Consejo.

**551.** La administración ordinaria de la Sociedad puede hallarse confiada a uno o más Administradores que, cuando son más de uno, forman el Consejo de Administración. Este ejerce la misma función que el Administrador único, pero la ejerce colectivamente, de modo que no cada uno de los miembros del Consejo de Administración, sino el Consejo íntegro en su totalidad, es el que ocupa la posición jurídica del Administrador único (núms. 529 y siguientes).

El Consejo de Administración o el Administrador único expresa y ejecuta la voluntad social dentro de la esfera que se le ha señalado por la ley, por los Estatutos o por la Asamblea. Tanto si fué nombrado en la escritura de constitución como si lo fué posteriormente, su carácter proviene de la Asamblea que lo nombró y que puede removerlo o limitar sus poderes. Hay, por consiguiente, una diferencia esencial entre el Gerente de una Sociedad en comandita por acciones y el Administrador de una Compañía anónima. Aquél es el dueño, el jefe de la Sociedad, y no pueden limitarse sus poderes si no se modifica la Sociedad que él dirige, modificándose los Estatutos. Por el contrario, el Consejo de Administración de una Compañía anónima debe sus poderes a la Asamblea, que es dueña de su reelección y de su remoción y que puede, sin modificar los Estatutos, limitar o suspender, mediante propios acuerdos, el ejercicio de sus poderes, por ejemplo, votando en contra de la conclusión de un negocio determinado. Este acuerdo contrario a los proyectos de los Administradores es ley para ellos (147, núm. 4.<sup>o</sup>), mientras que no lo sería para el Gerente de una Sociedad en comandita.

Aunque deba su función a la Asamblea que lo ha nombrado, el Consejo obtiene por tal función una autoridad propia, con la

que puede y debe resistir los acuerdos de la Asamblea que violen la ley o los Estatutos y no puede servirse de la liberación obtenida por la Asamblea para eludir la responsabilidad civil y penal que es inherente a la ejecución de aquellos ilegales acuerdos. Se suele aludir a tal autoridad que les es propia, cuando en sentido figurado se afirma que los Administradores no son solamente mandatarios de la Asamblea, sino también Magistrados sociales.

**552.** El Código no ha establecido un ordenamiento completo del Consejo de Administración, ni se ha formado una práctica dominante a este respecto en Italia ni en el extranjero.

De ordinario estos Consejos son muy numerosos. Algunos Consejeros son llamados a causa del gran número de acciones que poseen o por el interés financiero que tienen en los negocios sociales (*interesados*), otros por la influencia política o social (*decorativos*) y otros por su competencia (*técnicos*). En el seno de este numeroso Consejo los Estatutos, ora constituyen una Comisión de pocos que delibera más discretamente acerca de los asuntos corrientes reuniéndose frecuentemente y dando noticia periódica de sus acuerdos a todo el Consejo por medio de sus propias actas, ora delegan en un solo Consejero la dirección ordinaria de la hacienda social, o bien le asignan simplemente la función de cooperar con el Director en el despacho de los asuntos corrientes. Los Estatutos se percatan a veces de los benéficos efectos que en la administración produce la división del trabajo, y confían en forma estable a cada Administrador un ramo determinado de los negocios sociales, diferente por el objeto y por el domicilio. El Código tiene presente este ordenamiento al regular la responsabilidad de los Administradores (núms. 529 y siguientes).

**552 bis.** Los Estatutos deben determinar el número de Consejeros (art. 89, núm. 8.º). No puede confiarse a la Asamblea ordinaria la facultad de aumentar su número, porque esta Asamblea sólo tiene la facultad de reemplazar a los que vaquen, en relación al número fijado por los Estatutos (art. 154, núm. 2.º). Con respecto a los Síndicos, estableció la ley (art. 183) que su número podrá variar de 3 a 5; no así con respecto a los Administradores. Será éste un remedio contra la tendencia a multiplicar el gasto de los Administradores en perjuicio de los accionistas menos influyentes. Si precisa crear el mayor número, por ejemplo, en vista de nuevas aportaciones que aumenten el capital, pueden aumentarse en relación a éste en la Asamblea extraordinaria.

**553.** Para el despacho de los asuntos cotidianos se elige de ordinario un Director, que ha de ser extraño al Consejo de Ad-

ministración. Mientras éste se reúne a intervalos, aquél se dedica por entero y a diario al servicio de la Sociedad del que suele hacer su profesión habitual, debiendo ser considerado como el órgano ejecutivo del Consejo de que depende y como tal se halla generalmente autorizado para concluir los asuntos ordinarios (1) y para firmar la correspondencia que les afecta, vigila la labor de los empleados, ordena el servicio, inspecciona la caja, comprueba la contabilidad, provee a los anuncios que el Código prescribe y participa con voto consultivo en los acuerdos del Consejo, del que generalmente desempeña el cargo de Secretario. Adopta éste nombres diferentes que no poseen virtud alguna determinativa de la esfera de sus poderes; así: «Gerente, Agente general, Secretario director», etc. Bajo cualquiera de estos nombres tiene muchas veces en las manos toda la gestión social y se convierte en el verdadero dueño. No admitiendo consejos, cortapisas ni minuciosas comprobaciones por parte de quien él considera menos experto que sí mismo, conduce la empresa social despóticamente a la prosperidad o a la ruina; muchas veces, a la ruina después de haber pasado por la prosperidad.

**554.** El Director que no pertenezca al Consejo no adquiere el carácter jurídico de Administrador, aun cuando haya sido elegido por la Asamblea (2). Por tanto, no se halla obligado a prestar fianza, salvo disposición en contrario de los Estatutos, ni deja el cargo cada dos años, ya que puede nombrarse para cualquier tiempo, quedando, no obstante, a salvo su derecho de desligarse de una obligación que le prive de libertad para toda su vida (art. 1.628, Código civil). No tiene voto en el Consejo ni siquiera derecho a convocarlo ni a señalar el orden del día, ni a asistir, excepto que se le hayan conferido estos poderes por los Estatutos, la Asamblea o el Reglamento interior. No es más que el primero de los empleados, y está subordinado como éstos en el cumplimiento de su mandato a la autoridad y a la vigilancia del Consejo y obligado a ejecutar las órdenes que no sean contrarias a las leyes, a los Estatutos o a los acuerdos de las Asambleas. El Consejo hace valer su autoridad removiéndolo o promoviendo en la Asamblea la remoción. Si ésta se acuerda sin justos

(1) En una Compañía de crédito (Banco) estas operaciones ordinarias serán principalmente el descuento (las comisiones de descuento son presididas, por regla general, por el Director), los anticipos sobre garantías reales, la apertura de cuentas corrientes hasta una cierta suma, reportos y compra y venta de títulos por cuenta de terceros.

(2) Conforme, por último, Apelación Milán, 25 de Julio de 1911; *Foro*, 1912. 47, y VITALI, *Rivista di dir. comm.*, 1911, 11, 530.

motivos y en especial porque el Director resistiera la orden de violar la ley o los Estatutos, tiene él derecho al resarcimiento de daños (art. 366). Precisamente por esto se halla justificada su responsabilidad civil y penal (1).

**555.** Los acuerdos del Consejo de Administración se toman según las normas dictadas por los Estatutos o por el reglamento, los cuales suelen expresar el lugar, tiempo y formas de sus reuniones sin necesidad de orden del día (2). El Consejo de Administración puede admitir en sus reuniones a un extraño para oír su parecer, ya que esto no excluye su responsabilidad ni la atenúa, y ello aunque los Estatutos nada digan sobre el particular.

La ley se limita a declarar que el Consejo constituye una entidad capaz de tomar acuerdos cuando se halle presente por lo menos la mitad de sus miembros (art. 141), y que está obligada a extender en un libro adecuado las actas de sus reuniones y acuerdos (art. 140, núm. 3.º). Los Estatutos que traspasasen estos límites fijados a la libertad contractual, no deberán ser aprobados por el Tribunal, y si lo fueren, no adquieren fuerza obligatoria. Así será ilegal la cláusula que autorice al Consejo para tomar acuerdos en la segunda convocatoria, cualquiera que sea el número de los presentes, o la que autorice al Director a recoger por carta los votos de cada uno de los miembros, sin reunirlos, pues que ello equivaldría a suprimir el Consejo porque se suprimirían las garantías de la discusión, de la independencia del voto y cuando precisara, del escrutinio secreto, y se privaría a los Consejeros de la posibilidad de expresar su disenso del voto de la mayoría y de darlo a conocer a los Síndicos para que proveyeran (arts. 149 y 150<sub>2</sub>).

Aunque el Consejo haya sido elegido por una Asamblea ilegalmente constituida, obliga a la Sociedad mientras permanezca desempeñando su función y la ejerza según las normas marcadas por la ley o por los Estatutos (3).

### Núm. 2.—*Facultades del Consejo*

*Sumario.*—556. Facultades del Consejo.—557. Representación de la Sociedad.—558. Los representantes de la Sociedad la obligan aunque la deliberación del Consejo no sea regular.—559. Cri-

(1) Código de Comercio, arts. 147, 247, núms. 1.º-5.º, 248 y 863. Decreto ley de 28 de Diciembre de 1921 sobre moratorias.

(2) Apelación Génova, 22 de Marzo de 1918; *Monitore*, 113.

(3) Apelación Turín, 2 de Julio de 1900; *Giurispr. torin.*, 568; Casación Turín, 1.º de Julio de 1901; *id.*, 1901, 1.568.

terio diferente para las relaciones entre la Sociedad y sus accionistas.—560. Los Administradores pueden ejercer por cuenta propia o ajena el mismo comercio que la Sociedad.—561. Pueden también contratar con la Sociedad. Conflicto de intereses.

**558.** Puesto que el Consejo es el órgano permanente de la administración de la Sociedad, puede llevar a cabo todos los negocios que constituyen el objeto de la hacienda social. La Asamblea, que no puede reunirse hasta quince días después de la invitación, que requiere un orden del día anunciado profusamente y que no puede guardar el secreto de sus propios acuerdos, no suele tomar parte en la administración, sino mediante una labor de inspección de las operaciones ya realizadas, aprobando el balance y emitiendo su juicio acerca de la responsabilidad de los Administradores y de los Síndicos.

Este ordenamiento es el que fué adoptado por el Código.

En efecto, según el art. 122, los Administradores pueden llevar a cabo todas las operaciones mencionadas en la escritura de constitución, es decir, las que integran el objeto de la Sociedad (art. 89, núm. 2.º). No existe en el sistema de la ley una esfera más amplia de operaciones sociales reservada al juicio de la Asamblea y otra más restringida reservada para el Consejo. En el sistema de la ley, como en la práctica, la Asamblea no es un órgano administrativo adecuado para deliberar acerca de cada una de las operaciones: la lentitud y la publicidad de sus reuniones se oponen a ello y habría transcurrido con creces la hora crítica del negocio cuando llegase a tomarse el acuerdo. Es el Consejo el órgano permanente de la Empresa, el cual, salvo las restricciones expresadas en los Estatutos, puede ejecutar todas las operaciones sociales. Se demuestra fácilmente esto por los textos del Código: el art. 89, en su núm. 8.º, prescribe que en la escritura de Constitución se expresen los derechos y los deberes de los Administradores, no sus facultades, y no manda que se expresen estas últimas, porque estas facultades coinciden con el objeto de la Empresa social (art. 89, núm. 2.º). Manda sólo que se indiquen en los Estatutos cuáles sean las facultades de la Asamblea (art. 89, núm. 10) cuando se quieran añadir algunas a las previstas por la ley, precisamente porque si la Asamblea no se reserva la facultad de autorizar algunas de las operaciones incluídas en el objeto de la Sociedad, las facultades normales de los Administradores comprenden también a éstas. Se infiere asimismo del último párrafo del art. 122, el cual confía a los Administradores todas las operaciones *expresamente* mencionadas en la escritura de constitución. Con dicho artículo se ha querido impedir toda interpreta-

ción extensiva del objeto social: *se ha querido limitar el mandato de los Administradores a sólo las operaciones autorizadas o mencionadas en los Estatutos, pero de ninguna manera se ha querido distinguir entre operaciones de la competencia de la Asamblea y operaciones de la competencia del Consejo* (1). Quienes quisieran reconocer a los Administradores la simple facultad de ejecutar sólo las operaciones que particularmente se les hubiesen señalado, añadirían a la ley una exigencia que no tiene (art. 89) y habrían de opinar que ante el silencio de los Estatutos los Administradores no pueden realizar ninguna operación más que las de mera administración, lo cual equivaldría a impedir la explotación de la industria social.

Cuando la jurisprudencia exige que el objeto de la Sociedad esté bien determinado en los Estatutos por la especie de los negocios, actúa pródicamente, porque impide los abusos Administrativos contra los que el legislador con aquel adverbio «expresamente» ha querido defender a la Sociedad. Pero cuando sostiene que ante el silencio de los Estatutos el mandato de los Administradores no comprende más que los actos de administración ordinaria y, siguiendo al art. 1.741 del Código civil, excluye la capacidad de enajenar, de hipotecar, etc., ofende al sentido práctico del legislador (2), porque éste no puede haber querido que las Compañías constituidas precisamente para realizar por profesión actos de comercio (art. 76)—es decir, actos que normalmente exceden de la simple administración—se hallen privadas del órgano necesario para ejecutarlos. El pensamiento del legislador se halla más conforme con las exigencias de la vida, porque concede a los Administradores la facultad de ejecutar todas las operaciones mencionadas en la escritura de constitución (3). Y cuando con la acostumbrada exuberancia de cláusulas corrientes cierran los

(1) *Relaz. MANZINI*, pág. 312 y *Relaz. FINALI, Lavori preparatori*, 1, 1, 72.

(2) Apelación Génova, 30 de Diciembre de 1884; *Eco*, 1885, 167; Apelación Milán, 8 de Octubre de 1889; *Monitore*, 996; Casación Turín, 15 de Julio de 1901; *Giurispr. ital.*, 1.069.

(3) Salvo estas reglas de derecho, el Juez es soberano en sus apreciaciones: Casación Turín, 28 de Julio de 1885; *Eco*, 241; Casación Turín, 15 de Julio de 1901; *Giurispr. ital.*, 1.069. Por tanto, el Juez competente ha podido fallar con acierto que entre las operaciones de una Compañía de seguros no está incluido el reaseguro de todos los riesgos contraídos por otra Sociedad: Apelación Génova, 24 de Julio de 1884; *Eco*, 305; que entre las operaciones de una Sociedad no está comprendido el arrendamiento, por diez años, de la propia industria: Apelación Génova, 24 de Mayo de 1893; *Temi genov.*, 473; ni la facultad de conceder al Director una participación en las utilidades: Casación Turín, 15 de Julio de 1901; *Giurispr. ital.*, 1.069; ni la de asumir la administración de otra Sociedad: Casación Turín, 23 de Junio de 1886; *Giurispr. ital.*, 382, ni nombrar de por vida a los empleados: Casación Turín, 15 de Julio de 1901; *Legge*, 11, 514.

Estatutos la larga lista de facultades conferidas a los Administradores concediéndoles genéricamente todos los poderes no reservados expresamente a la Asamblea, dichos Estatutos no hacen más que volver al sistema de la ley, evitando el peligro de que el Juez, fundamentándose en el aforismo *ubi voluit dixit et ubi noluit tacuit*, prive a los Administradores de la facultad de ejecutar todas las otras operaciones mencionadas en el objeto de la Sociedad y no repetidas entre las atribuciones de aquéllos (1).

Sentada la regla por la que los Administradores pueden ejecutar todas las operaciones que constituyen el objeto de la Sociedad, precisa recordar también que pueden ejecutarlas sólo en cuanto estén expresamente mencionadas en la escritura de constitución (art. 122). Ahora bien, se debe coordinar esta exigencia de la ley con lo que la misma ley exige de la escritura de constitución y puesto que consiente que ésta indique la calidad y la especie de los negocios (art. 89, núm. 2.º), no se podrá pretender que cada una de las operaciones sean mencionadas distintamente, sino que en las frases «operaciones bancarias» y «seguros sobre la vida» se entenderán todos los negocios que según la práctica comercial se comprenden en las mismas. Sin la ayuda de esta interpretación, la indicación quedaría siempre incompleta y añadiendo rigor a la ley se traduciría el adverbio *expresamente* en este otro de mayor exigencia: *especificadamente* (2).

**557. La representación.**—Para hacer más expedita la representación de la Sociedad en el rápido desenvolvimiento de sus negocios, se la confía por lo general al Director únicamente, o bien conjuntamente a éste y a un Consejero. Esta representación se extiende después, en más estrechos círculos, a los Directores de sucursales, a los representantes designados para las diferentes agencias (3) y a los agentes a quienes se haya confiado algún ramo de la Empresa o alguna operación aislada. A fin de facilitar las relaciones jurídicas entre la Sociedad y los terceros, en interés de todos, esta representación debe darse a conocer por medio de anuncios por los cuales el legislador deduce la presunción absoluta de que ha llegado a noticias de todos (4).

(1) Apelación Brescia, 1.º de Junio de 1896; *Monitore*, 552.

(2) En el sentido del texto se expresan: DANIELI, *Le soc. commerc. esistenti*, etcétera, núm. 202; NAVARRINI, núm. 324; y las legislaciones extranjeras: Código alemán, § 235; Código suizo, art. 654; Código húngaro, § 190; Código portugués, art. 173, § 2; Código argentino, art. 338; Código chileno, arts. 365-398, y Código mejicano, art. 189.

(3) Arts. 872, 376 y 375.

(4) Código de Comercio, arts. 89, núm. 8.º, 92, 230, 369 y 376. Vid., núm. 260.

Unos Estatutos que no indiquen quién pueda usar de la firma social y, por consiguiente, cuál sea el representante de la Compañía, no deben ser aprobados por el Tribunal. Si esto no obstante, lo fuesen, debe estimarse que la Sociedad no queda válidamente obligada cuando el negocio no se ha concluído o cuando la obligación no se ha firmado por tantos Consejeros cuantos debieran concurrir a la deliberación para hacerla válida (art. 141). De este modo se hace coincidir la facultad de representar a la Sociedad con la de administrarla. Sólo de este modo pueden asegurarse los terceros que el acuerdo se tomó según el tenor de la ley, es decir, con el voto de tantos Administradores cuantos se necesitaban, y la Sociedad se ha colocado al resguardo de los abusos de alguno de ellos. Se ha sostenido sin razón que en tal hipótesis cada Administrador puede válidamente actuar por cuenta de la Sociedad (1) fundándose, por errónea analogía, en el poder concedido para representarla, ante el silencio del contrato, a todo socio colectivo (2). Pero esta representación tiene por necesario presupuesto la facultad reconocida a cada socio de administrar por sí solo, facultad justificada por el interés personal y constante que tiene cada socio de responsabilidad ilimitada, en administrar de la mejor manera posible. Por el contrario, en las Compañías anónimas, la facultad de administrar no se concede a cada uno de los Administradores, sino al Consejo, y se la concede a éste como a una agrupación en que las diferentes aptitudes de los miembros se complementan, en garantía de una buena gestión. Si cada miembro del Consejo pudiese representar y obligar a la Sociedad, las garantías de una administración colegiada se esfumarían, porque cada Administrador podría obligar a la Sociedad cual si estuviese facultado para administrarla por sí solo. Más infundado todavía es el otro argumento detraído por analogía del art. 364, que reconoce a varios mandatarios designados en el mismo acto la facultad de obrar uno a falta de otro, según el orden por el cual se les señala en la escritura de nombramiento, con tal que no se exprese que deben obrar conjuntamente, ya que todos los términos de dicha hipótesis rechazan su aplicación por analogía. En efecto, los miem-

(1) TARTUFARI, *Della rappresentanza*, núm. 257. Conformes con el texto los Códigos extranjeros que regularon esta hipótesis: vid. ley alemana, art. 229: «Si nada se ha establecido a este respecto (es decir, acerca de la firma social) es necesaria la suscripción de todos los miembros de la dirección». (Código alemán de 1900, § 232). Conforme, Código suizo, art. 651, y Código húngaro, § 186. A la misma conclusión que el texto llegan LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 818, diciendo que según práctica constante se admite que, salvo convención en contrario, los Administradores deben actuar conjuntamente.

(2) Código civil, arts. 1.721 y 1.723, núm. 1.º, y Código de Comercio, arts. 107 y 116.

bros del Consejo de Administración son nombrados para deliberar como un órgano colectivo y, por tanto, deben operar conjuntamente. En segundo lugar, no se les nombra en un mismo acto, sino que vienen elegidos por diferentes Asambleas con intervalo de algún año. Finalmente, sería inexplicable deducir del accidente fortuito que hace figurar en el acta de una Asamblea el nombre de uno antes que el de otro, la intención de preferir el primero al segundo. En defecto de regla expresa, precisa seguir el principio según el cual la capacidad de representar coincide con la de administrar.

**558.** Los representantes legales de la Sociedad la obligan dentro de los límites de sus facultades, cuales fueron debidamente publicadas (arts. 89, núm. 8.º, 91, etc.). Por tanto, si el asunto encuadra en su competencia de Directores o Consejeros delegados, su voluntad es decisiva. Si el asunto incumbe a la competencia del Consejo, deberán presentar copia auténtica del acuerdo. Si la deliberación del Consejo no es regular, por ejemplo, porque no fueron invitados a la reunión todos los Consejeros o porque uno o más de éstos no haya prestado la fianza ordenada por los Estatutos como requisito para el ejercicio de su cargo, el negocio es igualmente válido, porque este aspecto interno de la representación escapa a las indagaciones de terceros. En estos casos, quienes tomaron parte en la deliberación responderán para con la Sociedad, la cual dispone de eficaces garantías con la vigilancia de los Síndicos, con las fianzas de los Administradores y con la responsabilidad solidaria e ilimitada de los mismos; pero a los terceros nada se puede achacar, ya que confiaron en el único documento (el de mandato) cuya exhibición podían exigir (artículo 359) (1).

**559.** Por el contrario, en las relaciones entre la Sociedad y los accionistas que obren en calidad de tales, no sólo es obligatoria.

(1) No se puede citar en sentido contrario el derecho de tipo alemán que marca a la representación un límite legal irreducible frente a terceros para favorecer la prontitud de los negocios y la seguridad de aquéllos: Código alemán, § 235; Código suizo, art. 654; Código serbio, art. 45 y Código húngaro, § 189. Esta extensión formal del mandato fué calificada después de viva controversia como la que puede conducir a la ruina a la Sociedad con operaciones aleatorias, prohibidas por los Estatutos: LEHMANN, *Aktiengesellschaft*, II, 324. Conforme con el texto TARTUFARI, libro cit., núm. 257; Casación Roma, 21 de Marzo de 1907; *Foro*, Rep. 1907, vid. *Società*, núm. 48; Apelación Génova, 4 de Julio de 1902; *Temi genov.*, 458, quien opina que el tercero no tiene obligación de indagar si el Consejo del que proviene la delegación ha sido convocado regularmente, si han intervenido todos los miembros que lo componen y si deliberaron regularmente; Casación Turín, 28 de Julio de 1885; *Monitore*, 829.