

LA SOCIEDAD ANONIMA

GUILLERMO MACHON RIVERA



MI
19
F.
Ej.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO:

Dr. MAURICIO ALFREDO CLARA

DEDICATORIA:

A mis padres: Guillermo Machón de Paz y María Caridad Rivera de Machón, con todo cariño y respeto.

A mi esposa: Ana Gloria Borja de Machón, como un tributo a su amor y dedicación.

A mis hermanos: René y Manuel, como agradecimiento por su fraternal aliento.

A mi tío: Don René Rivera, quien ha sido ejemplo de hombres en la diaria tarea de vivir.

A todas las personas que hicieron realidad la obtención de este grado académico, gracias, muchísimas gracias.

""Una sociedad no se constituye por acuerdo de las voluntades. Al revés: todo acuerdo de voluntades presupone la existencia de una sociedad, de gentes que conviven, y el acuerdo no puede consistir sino en precisar una u otra forma de convivencia, de esa sociedad preexistente. La idea de la sociedad como reunión contractual, por lo tanto, jurídica, es el más insensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta delante de los bueyes. Porque el derecho, la realidad "derecho" -no las ideas de él del filósofo, jurista o demagogo-, es, si se me tolera la expresión barroca, secreción espontánea de la sociedad, y no puede ser otra cosa. Querer que el derecho rijá las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece -y perdóneseme la insolencia- tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el derecho es."" José Ortega y Gasset, La Rebelión de las Masas, décimo-cuarto edición, Colección Austral.

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	1
<u>CAPITULO I</u>	
NATURALEZA JURIDICA	3
<u>CAPITULO II</u>	
FUNCION ECONOMICA	19
<u>CAPITULO III</u>	
EL CAPITAL	28
No. 1 - Capital y Patrimonio	32
<u>CAPITULO IV</u>	
AUMENTO O DISMINUCION DE CAPITAL	38
No. 1 - Aumento de Capital	38
No. 2 - Disminución de Capital	44
<u>CAPITULO V</u>	
LAS RESERVAS	53
<u>CAPITULO VI</u>	
LA ACCION	60
<u>CAPITULO VII</u>	
EL BALANCE EN LA SOCIEDAD ANONIMA	82
No. 1 - Estado de Pérdidas y Ganancias	86
No. 2 - Naturaleza Jurídica	97
No. 3 - Contenido del Balance	89
No. 4 - Valor de las Partidas del Activo	90
<u>CAPITULO VIII</u>	
ORGANOS DE LA SOCIEDAD	97
No. 1 - La Junta General en su calidad de Organó de la Sociedad	100
No. 2 - Obligatoriedad de los Acuerdos	104
No. 3 - Competencia de la Junta General	104
No. 4 - Distintas Clases de Juntas	106
No. 5 - Naturaleza Jurídica del Acuerdo de la Junta General	107
No. 6 - Convocatoria	112
No. 7 - Integración de la Junta General	114
No. 8 - Derecho de Información	121
No. 9 - Votación	122
No. 10 - Nulidad o Invalidez del Acuerdo	123
No. 11 - Naturaleza Jurídica de la Acción de Nulidad	128
No. 12 - Validez del Voto	129
No. 13 - Casos de Nulidad	130
No. 14 - Casos de Oposición	132

<u>CAPITULO IX</u>	Página
ORGANO ADMINISTRATIVO	136
No. 1 - Nombramiento	139
No. 2 - Garantía prestada por los Administradores	141
No. 3 - Somero Análisis de la Gestión Administrativa	145
No. 4 - La Responsabilidad de los Administradores	149
No. 5 - Acción de Responsabilidad	157
No. 6 - Acción de Responsabilidad ejercida por los Socios	158
No. 7 - Acción de Responsabilidad iniciada por los Acreedores	160
<u>CAPITULO X</u>	
ORGANO DE VIGILANCIA	164
<u>CAPITULO XI</u>	
✓ CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD	168
No. 1 - Fundación Sucesiva	171
No. 2 - Aportaciones en Especie	179
No. 3 - Naturaleza Jurídica de la Aportación en Especie	180
<u>CAPITULO XII</u>	
NULIDAD DEL ACTO CONSTITUTIVO	184
No. 1 - Causa Ilícita	184
No. 2 - Pacto Leonino	187
No. 3 - Consentimiento	187
No. 4 - Carencia de Formalidades	188
No. 5 - Sociedad reducida a un único Socio	189
<u>CAPITULO XIII</u>	
EXTINCION	194
No. 1 - Disolución de la Sociedad	195
No. 2 - Liquidación	199
A - Aceptación del Nombramiento del Liquidador	201
B - Capacidad para ser Liquidador	202
C - Figura Jurídica de los Liquidadores	202
D - Distribución del Haber Social entre los Accionistas	205
E - Extinción de la Sociedad	209
<u>CAPITULO XIV</u>	
FUSION	211
No. 1 - Deracho de Separación del Socio	215
No. 2 - Punto de Vista Económico de la Fusión	216
No. 3 - Puede haber fusión cuando hay liquidación?	216
<u>CAPITULO XV</u>	
TRANSFORMACION	219
No. 1 - Consecuencias de la Transformación	221
No. 2 - Transformación en el Código de Comercio	222
No. 3 - Subsistencia de la Personalidad Jurídica bajo la Nueva Forma	224

LA SOCIEDAD ANONIMA

GUILLERMO MACHON RIVERA

LA SOCIEDAD ANONIMA

En este momento por el que atraviesa el mundo escoger un tema para presentarlo como punto de tesis, se convierte en una tarea difícil. Digo así, no porque las ideas sean escasas, precisamente la abundancia es el mayor obstáculo que impide decidirse sobre una determinada materia. Y esto se vuelve todavía más problemático si lo que hemos de desarrollar es un tópico que signifique algo positivo y de provecho para las personas a quienes en algo pueda servir este trabajo, por eso es que nuestro propósito será no sólo acumular palabras bien o mal ordenadas sino - llenar las frases de algún contenido trascendental. Si al terminar hemos cumplido a cabalidad lo prometido, nos daremos por bien satisfechos y si a juicio de los - lectores no ha sido así; rogamos una especial benevolencia, pues estamos conscientes de que nuestras fuerzas y luces son escasas.

Luego de varios días de divagaciones, buscando un punto hacia donde encauzar nuestra labor, se fijó en nuestra mente un tema que desde los primeros días de estudiante nos llamó poderosamente la atención: el Derecho Mercantil. Quizás haya sido así porque en este medio nuestro, según nos decían compañeros y profesores habían pocas personas dedicadas al estudio exhaustivo de esta materia, este hecho nos extrañó, pues esa rama del derecho presenta matices sumamente interesantes que pueden apasionar a cualquier estudioso de las ciencias jurídicas. Al arribar a los últimos años de la carrera, cursamos la asignatura: Derecho Mercantil y fue entonces cuando empezó a fijarse en forma definitiva la intención de tratar cualquier tema pertenecientes a esa rama del derecho, al momento de presentar la tesis previa al doctoramiento, así escogimos como punto de desarrollo: LA SOCIEDAD - ANONIMA.

Al escribir sobre tan discutida materia, no pretendemos agotarla en todas sus dimensiones. Nos falta la suficiente preparación y estudio para hacerlo, además de que existen obras de renombrados tratadistas que con profundidad y verdadero conocimiento analizan en toda su extensión los diferentes elementos que la integran.

Estas páginas son nada más que el esfuerzo de un universitario que procura hacer efectivo un aporte cultural a su Alma Máter.

Confiamos en que las enseñanzas de los maestros, la investigación y el asesoramiento nos permitan arribar felizmente al final de la tarea impuesta. Y antes de entrar en materia, permítasenos una breve digresión para una mejor inteligencia del propósito que nos guía.

Los conceptos jurídicos que fundamentan las normas de conducta del hombre sufren un proceso de cambio, reflejo de la transformación que opera en todos los ámbitos. El Derecho Mercantil que forma parte de las ciencias del Derecho no ha escapado a esta influencia.

En el sentir de muchos, el cambio se efectúa en virtud del choque existente entre las formas jurídicas del pasado y las nuevas ideas que ya penetran los sistemas legislativos para lograr un mayor grado de justicia, valor por excelencia hacia cuya realización plena aspira el Derecho.

La Sociedad Anónima, en su aspecto jurídico, está situada precisamente dentro de esa corriente de cambio. En El Salvador teníamos un Código de Comercio, que a juicio de renombrados abogados, había dejado de ser el instrumento adecuado conforme al cual debían regirse las relaciones mercantiles. Debido a ello fue presentado a la Asamblea Legislativa y aprobado por ella, un nuevo Código de Comercio que sustituyó al antiguo. Para otros, tal medida no convenía, pues se argumentó que jamás debió desecharse totalmente el Código antiguo, sino regular las situaciones que él no trataba en forma detallada, por leyes especiales que lo completaran. Otros opinaban, que el camino correcto debió haber sido reformar el estatuto hoy derogado y adecuarlo al momento en que se vive.

Esta situación tornó nuestra labor un poco más escabrosa, pero no obstante ello tratamos de salir adelante en esta forma: nuestro estudio es ante todo teórico, pero cuando es necesario hacer comentarios a la legislación vigente, lo haremos, de lo contrario caeríamos en una mera especulación sin darle a este trabajo el contenido práctico y de utilidad que debe tener.

Sirvan estas palabras a manera de introducción y de lugar propicio para expresar nuestro agradecimiento a todas las personas que con sus consejos y ahilientos hicieron posible la culminación de esta tesis.

CAPITULO I
NATURALEZA JURIDICA

Según dice el diccionario de la Lengua Española editado por la Real Academia, el término naturaleza significa: "esencia y propiedad características de cada ser". (1) Si a esto añadimos el calificativo de jurídica, o sea naturaleza jurídica, deberemos de desentrañar cuales son la esencia y las notas diferenciales que el Derecho Mercantil da a la sociedad anónima.

Para un mejor análisis partiremos de varias definiciones formuladas por distintos tratadistas: Joaquín Garrigues dice: "Desde un punto de vista doctrinal puede decirse que la S. A. es la sociedad capitalista dedicada con capital propio dividido en acciones bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales a la explotación de una industria mercantil. (2) Por su parte Gay de Montellá expresa: "La compañía anónima es una sociedad compuesta exclusivamente de asociados obligados hasta la concurrencia de su aportación, que carece de razón social, estando todas las partes de su capital representadas por acciones negociables y cuya gestión está encomendada a mandatarios revocables llamados administradores o gerentes que sólo responden al pasivo social en caso de falta o delito". (3) El profesor Langlé y Rubio define la sociedad anónima así: "" que es aquella sociedad en la cual los asociados contrayendo una responsabilidad por las obligaciones y pérdidas de la misma, limitada por la aportación que hacen o se comprometen a hacer al fondo común, forman éste por partes o porciones ciertas, figuradas por acciones o de otra manera indubitada y encargan su manejo a mandatarios amovibles que representan a la compañía, bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos". (4) Brunetti: "La sociedad por acciones (company; Joint Stock corporation, - - - - - aktiengesellschaft) se puede, pues definir como una asociación de personas que teniendo personalidad propia, actúan en su propio nombre para un determinado fin económico, cuya estructura capitalista-colectivista es proporcionada por un capital de base, estatutariamente determinado y dividido en acciones, formado por las aportaciones de los suscriptores que después de haber desembolsado el

importe suscrito, no están obligados a ulteriores prestaciones" (5).

De las definiciones dadas pueden deducirse las notas diferenciadoras de la sociedad anónima.

1a.) SOCIEDAD DE CAPITAL. Es de suma relevancia la calificación que se da a las s. a. de sociedad de capital, pues según ha sido considerado por la doctrina, y la realidad nos lo demuestra, estas entidades son las únicas adecuadas para realizar empresas de grandes proporciones, por lo que al reunir grandes sumas de bienes la ley las califica acertadamente de sociedades de capitales. Tal calificación no tiene una importancia meramente económica sino que en cuanto al fondo jurídico del asunto, puede decirse que salta a la vista dado que las sociedades de personas tienen como base entre otras : la confianza mutua, la colaboración y la solidaridad entre los socios, en cambio la sociedad de capitales está organizada de tal manera que tiende preponderantemente a la salvaguarda de los intereses del capital.

También cabe considerar que en las de capitales los socios que las constituyen contraen determinados vínculos de orden personal, pero ello puede decirse que es nada más que un requisito de forma, pues el verdadero motivo que los induce a contratar, es bien distinto de la mera conveniencia personal, es una especie de seguro que compensa el riesgo que supone la inversión. Por otra parte como ya insinuamos, en las sociedades de personas los socios de las mismas arriesgan su patrimonio propio, en las de capitales la administración de la empresa se ejerce por sujetos ajenos a los socios y el riesgo de la sociedad no recae sobre su patrimonio.

En las sociedades de personas los socios no pueden cambiarse a voluntad ya que para hacerlo habría que modificar el contrato social, pero en las de capitales la condición de socio no es absoluta y puede variar al hacerlo la propiedad del título-valor que representa el aporte y demás derechos incorporados en él.

El capital está formado por las aportaciones de los socios y se divide en partes alícuotas llamadas acciones. Su monto debe permanecer igual por toda la vida de la entidad, a menos que, por un acuerdo de la Junta General o por exigencia de la ley, se modifique.

Trataremos más extensamente sobre este punto en el capítulo IV.

2a.) RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Quiere decir que los socios no responden personalmente por las deudas sociales, se obligan sólo con la sociedad por la cuantía de su aportación. Brunetti dice sobre esto algo sumamente interesante: ""No se puede considerar exhaustiva la definición del artículo 2325 al decir que "en la sociedad por acciones, por las obligaciones sociales responde solamente la sociedad con su patrimonio"; pone de relieve la separación entre el patrimonio de los accionistas y el de la sociedad, pero olvida el elemento más característico, que proporciona la constitución del capital social. Todavía más imprecisa era la del artículo 76, número 3 del Código de Comercio, que decía que "en la sociedad anónima las obligaciones sociales están garantizadas sólo limitadamente a un determinado capital, y cada socio sólo está obligado por su cuota o por su acción". Ni el capital social ofrece una garantía en sentido técnico, ni el accionista está obligado limitadamente, porque la sociedad solamente responde ilimitadamente por sus obligaciones. Por eso la irresponsabilidad de los socios frente a terceros no es un elemento relevante de la definición"". (6) Este mismo autor - Brunetti cita a Vivante sobre el mismo tema; ""... no pone muy de relieve la estructura capitalista, cuando dice que el carácter esencial que la distingue de las precedentes formas de sociedad consiste en que es una sociedad de responsabilidad limitada para todos los socios, por no estar ninguno de ellos obligado por los débitos sociales.

Es cierto que aquélla no ofrece en garantía a sus acreedores el patrimonio de los socios ni el de alguno de éstos, pero es precisamente por eso que los accionistas no tienen responsabilidad, ni plena ni limitada. Están obligados frente a la sociedad por el importe de sus aportaciones; ante terceros está obligada y es responsable la sociedad como persona por sí misma. El concepto de responsabilidad limitada del accionista derivado de la terminología del Código francés se adapta al comanditario que es deudor y responsable también ante terceros de su propia cuota. "" (7) Y para completar toma las palabras de Ascarelli; "" "" Cada socio responde ilimitadamente de su aportación, como se responde, en general, de las propias obligaciones; responde, por consiguiente, con todo su patrimonio, de acuerdo con el principio fundamental de los artículos 1948 y 1949 del Código Civil. Res-

ponde ante la sociedad que es acreedora de dicha aportación"""". No puede decirse, por lo tanto, que el carácter más distintivo de la sociedad por acciones sea la responsabilidad limitada. Queda limitada la obligación de los accionistas en la forma señalada, pero ante los acreedores existe la responsabilidad de la sociedad solamente. En otras pero la de la sociedad frente a terceros es ilimitada. Concluye así Brunetti. (8).

De tal manera que hay autores que no consideran que la responsabilidad limitada sea una nota determinante dentro del concepto de la sociedad anónima.

3a.) FUNCIONA BAJO UNA DENOMINACION.

A diferencia de las sociedades de personas la anónima funciona en la vida mercantil con un nombre que le es propio, llamado denominación, el cual se forma de cualquier modo. Se llama anónima no porque carezca de nombre sino porque los nombres de sus socios no aparecen en la denominación, diferencia fundamental con las de personas que funcionan bajo razón social que se forma con los nombres de uno o más socios.

La denominación se presenta en dos formas: la que se refiere al modus operandis de la entidad, que bien vale la pena hacer notar, es la que contemplaba la legislación derogada. El Código de Comercio la reglamenta en su Art. 22 - apartado V y el Art. 191 dice: "La Sociedad Anónima se constituirá bajo denominación. La cual se formará libremente.....", la primera disposición citada indica que la denominación es uno de los requisitos que debe llenar la escritura de constitución. La segunda disposición se refiere a lo que en doctrina se llama denominación objetiva.

No importa que en la formación de la denominación se decida introducir el nombre de uno o más socios, pues podría ser que la influencia de dichos nombres dentro de la masa del público represente un valor de índole comercial y moral que no debe menospreciarse.

La tendencia moderna en materia de denominación de sociedades anónimas, es hacia una libertad bastante amplia para formarla. Puede incluirse en ella -repetimos- nombres de personas, sean estos socios o no de la entidad, así como formar una denominación que no haga referencia al objeto social sino que sea

de las llamadas de fantasía. Debe asimismo hacerse constar en la denominación la frase "sociedad anónima".

4a.) CON UNA FINALIDAD U OBJETO SOCIAL.

"El objeto de la sociedad consiste en aquel conjunto de operaciones que ésta se propone realizar para ejercer en común una determinada actividad económica".

(9) El Código vigente, que en esto sigue a casi toda la legislación mercantil de occidente, exige como uno de los requisitos de la escritura de constitución que se indique en la misma el objeto o finalidad social de la entidad. Art. 22 No. IV., o mismo regulaba el Código derogado en su Art. 231 No. 3o.

No debe confundirse el objeto con la finalidad social, el objeto sirve para conseguir la finalidad, están en una relación de medio a fin, por eso es que podemos diferenciar con toda claridad el objeto de las prestaciones a que están obligados los socios, pues éstas últimas son los medios con los cuales se llegará a la consecución del fin social.

La mercantilidad de la sociedad anónima no está sujeta a su objeto, pues de conformidad a lo expresado por el Art. 17 del Código, "son comerciantes sociales todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen". De tal modo que no importa cual sea el objeto de la sociedad para establecer que ésta es mercantil o no. La forma determina la mercantilidad.

Como lo reconocen renombrados tratadistas, en los países latinos, el objeto ha servido de criterio de distinción entre sociedad y asociación. La sociedad debe tener un objeto que sea una empresa de lucro. No sucede así en los países germánicos en donde tanto la asociación como la sociedad pueden tener fines de lucro o no.

Como lo expresamos en párrafos anteriores el objeto puede servir para determinar la mercantilidad de una sociedad; pero, también lo advertimos, puede determinarse por su forma. Se considera más apegado a la ciencia del derecho el criterio que determina la mercantilidad a través del objeto, pero prácticamente se concluye que la forma constituye un instrumento que evita discusiones estériles. Modernamente se ha impuesto el criterio de la forma, de ahí que se ha considerado a la sociedad anónima como mercantil cualquiera que sea el objeto a que

se dedique.

El objeto tiene importancia visto asimismo desde otro ángulo: por ejemplo: el enfoque legislativo que se le dé, puede establecer que su modificación tenga un carácter esencial y por lo tanto se le rodee de una serie de disposiciones que garanticen a todos; para el caso podría ordenarse que para modificar el objeto se requerirá unanimidad de socios.

Ahora bien, si de conformidad a ciertas legislaciones, como la nuestra, la personalidad jurídica y la mercantilidad se obtiene la primera por la inscripción en el registro de comercio y la segunda por la forma de la sociedad, entonces la determinación del objeto pierde cierta importancia de seguirse la dirección contraria (Arts. 17 y 25 del nuevo Código de Comercio).

Pero entonces cabe preguntarse: ¿cuál es la necesidad de señalar en la escritura de constitución el objeto de la sociedad? La respuesta es fácil: sirve para determinar con exactitud dentro de qué límites pueden los administradores de la entidad actuar, de tal modo que en caso de exigírseles alguna responsabilidad se sabrá a cabalidad si obraron dentro de los límites que señala el objeto social o no; si se cambia de objeto sin los requisitos señalados por la ley habrá lugar a una transformación con las debidas consecuencias; etc.

Falta sólo analizar los elementos del objeto para dar por terminado el tema.

El objeto debe reunir ciertos requisitos para que pueda considerarse como permitido por la ley.

De conformidad a lo dicho por el Código Civil, que regula en general la materia, puede decirse que el objeto de todo contrato debe ser: a) lícito; b) posible; c) determinado; y d) comerciable.

Si el objeto es ilícito estamos frente a una sociedad nula, pues los convenios de los particulares sobre el objeto de la sociedad, deben enmarcarse dentro de los preceptos del orden público, o mejor dicho debe seguir la norma jurídica fundamental de que los convenios no deben contravenir el orden público, las leyes, la moral o las buenas costumbres.

Es de todos reconocido que por lo general las sociedades comienzan dentro de la licitud, difícil es que alguien se asocie para iniciar un determinado

negocio ilícito, luego puede que el objeto se convierta en lícito o se añada alguna actividad ilícita a la que tiene la entidad.

Si el objeto es ilícito ningún socio puede pretender que la ley tutele sus intereses, no puede pedirse que se obligue a los administradores a que ejecuten lo pactado.

Hay más, si por alguna razón se obtuvo algún provecho de la actividad ilícita, no puede accionarse para que se repartan utilidades, puesto que la ley excluye tales situaciones del orden jurídico y tan sólo cabe una acción criminal para castigo de los culpables.

En el Libro I, Título II capítulo XIII del nuevo Código del 343 se habla del objeto ilícito de las sociedades y la manera de cómo se regula tal situación.

Sobre lo que debe considerarse por objeto lícito no existe entre los autores un consenso, para unos el objeto lícito es el que está en consonancia con las leyes, las buenas costumbres y el orden público: para otros lo lícito del objeto es sinónimo de comerciable: para otros el objeto lícito es el que se ajusta a los preceptos legales, los cuales lo reconocen, protegen y amparan.

El ejercicio de una actividad de orden económico con el fin de repartir las utilidades, es el criterio que puede indicarnos cuándo existe una sociedad y cuándo una simple comunidad constituida con el sólo objeto de disfrutar de algunos bienes. Puede verse que el Art. 17 del Código sigue este criterio al definir la sociedad. Esta aclaración se hace necesaria dado que la palabra que usa el Código en el artículo citado puede inducir a pensar en una especie de comunidad. La actividad económica excluye el que pueda existir un simple disfrute de bienes. La obligación de las personas que contratan no consiste en poner algo en común sino que también se obligan a transferir al nuevo ente la propiedad del bien. Asimismo el objeto económico de la sociedad mercantil nos señala la diferencia entre éstas y las simples sociedades que aun cuando nuestro Código vigente las califica de mercantiles en pura doctrina no son consideradas como tales, pues la actividad de un empresario agrícola por ejemplo, la cría de ganado y otras de igual índole no son empresas comerciales. La agricultura no ha llegado al punto en que pueda considerarse una industria. Nuestro Código en su Art. 20, avanza un paso hacia la material-

zación en nuestras leyes de lo que por muchos años han sostenido los tratadistas de la materia.

Antes de dar por terminado el punto relativo al objeto de la sociedad puede resumirse lo dicho en pocas palabras: la finalidad u objeto social es de una primordial importancia. Debe señalarse claramente en el pacto social, pues de ella depende en gran parte la capacidad de la entidad para poder ejercer sus actividades.

Por otra parte el objeto sirve de índice para calcular el capital necesario para iniciar las operaciones.

El cambio de objeto puede llevarnos inclusive a la transformación de la sociedad anónima, de ahí la exigencia legal de señalarlo claramente.

5a.) CON UN DOMICILIO SOCIAL.

El domicilio es el lugar donde se presume siempre presente a un determinado individuo, aunque por un momento no lo esté, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Permite el domicilio ubicar a una persona en un lugar determinado del territorio de la República en forma permanente, regular y determinada.

El domicilio es un concepto jurídico, según sostienen renombrados autores, pues es la ciencia del Derecho la que determina sus elementos.

El Código Civil nuestro acepta como fundamento doctrinario la noción del domicilio que se basa en la llamada teoría concreta sobre el domicilio, pues el autor del antecedente inmediato del cuerpo de leyes referido, don Andrés Bello, se basó en las obras sobre la materia escritas por Savigny y Merlin.

El domicilio debe ser uno, obligatorio y fijo. Uno porque la persona siempre es una. Aunque esta concepción tiene cierto sabor de anacronismo, puesto que en la vida moderna se da a menudo la pluralidad de domicilios.

Obligatorio porque el hecho de que exista una persona es causa inmediata para que posea un domicilio. En nuestro Código Civil la persona que no posee domicilio tiene por disposición de la ley el domicilio en su residencia.

Fijo es el domicilio, porque el domicilio no cambia simplemente por el hecho de que la persona se traslade a vivir a otro lugar, mientras no reúna los requisitos que exige la ley la nueva residencia no constituirá domicilio.

El Código Civil define al domicilio así: "Art. 57. El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella".

De la definición que da el Código Civil pueden analizarse los elementos del domicilio: la residencia en una parte del territorio y el ánimo real o presuntivo de permanecer en esa residencia.

El primer elemento no ofrece dificultad alguna para su determinación, pues se trata de un hecho material que puede ser detectado por medio de los sentidos.

El ánimo, en cambio desde el momento en que es una manifestación de orden anímico no puede ser reconocido sino a través de manifestaciones externas que lo hagan palpable. El ánimo puede ser real o presunto, según se desprende la disposición legal citada. El real es el que tiene una existencia determinada, el presunto puede suponerse si se dan ciertos hechos.

Los dos elementos que integran el domicilio son indispensables para configurarlo como tal, cada uno de ellos por separado no constituyen domicilio. Aun cuando debe tenerse presente esta circunstancia, los autores están de acuerdo en considerar el ánimo como el principal de los elementos, pues por muy prolongada que sea la ausencia de un lugar, si se tiene el ánimo de residir en él, no por eso se pierde el domicilio.

Después de esta somera mirada sobre los elementos del domicilio en general, veamos ya el que se refiere al de las personas jurídicas.

Existe una doctrina que niega el domicilio de las personas jurídicas, puesto que al no poseer las cualidades de las personas naturales, no son entes vivos, no puede decirse que residan en alguna parte, además de que no tienen un estrato espiritual que los permita la posesión del ánimo. Más después de tal argumento los partidarios de la doctrina terminan con la afirmación de que la sede social hace las veces de domicilio.

Los que apoyan la doctrina contraria a la anterior reconocen desde un principio que las personas jurídicas sí tienen un domicilio, desde luego que en su actividad social poseen un centro principal, el que está ubicado en un espacio determinable, en el cual se las ha de considerar presentes para todos los -

efectos jurídicos.

Este domicilio puede ser el que señalen el pacto social o los estatutos. Si nada se dice en ambos, se deberá entender que el centro principal de sus actividades es el domicilio.

Si tomamos en cuenta que dentro de nuestra legislación civil se puede tener varios domicilios, no cabe duda de que las personas jurídicas podrían tener varios.

El Código de Comercio vigente en el Art. 22 No. II exige como requisito de la escritura social el domicilio de la sociedad que se constituye.

Podría decirse que la sede de la entidad es el correlativo del domicilio de la persona natural. Ahí donde reside la dirección de la empresa es donde se considera que tiene establecido el domicilio.

La ley no fija como de cumplimiento obligatorio el señalar un determinado lugar para que se tenga a éste por domicilio de la entidad. La única exigencia es que la sociedad tenga un domicilio.

El lugar señalado en la escritura de constitución, es pues, el domicilio legal de la sociedad. No admite el Código que pueda existir fuera de ese otro - distinto, presume así absolutamente que en ese lugar está el centro de todos los negocios e intereses sociales.

El domicilio reviste una importancia suma, por ejemplo, para determinar dónde puede exigírsele a una persona el cumplimiento de sus obligaciones. Ese vínculo jurídico entre una persona y un determinado lugar geográfico, es también indispensable para efectos de orden procesal.

Es necesario aclarar que no debe confundirse el domicilio social con el domicilio de la explotación, pues este último es donde se realizan las operaciones de índole técnica que constituyen el objeto de la sociedad.

Lo dicho no es obstáculo para que la sociedad, si así lo juzgare conveniente, establezca sucursales o agencias, en las cuales pueda ser demandada, siempre que revistan un carácter de importancia. Decimos esto porque como ya lo indicamos en párrafos anteriores en nuestra legislación se admite el que una persona pueda tener varios domicilios, según la doctrina del Código Civil.

Para finalizar el punto sobre la naturaleza jurídica de la sociedad anónima,

es conveniente que tratemos aunque sea de modo somero el problema que ha ocupado grandes espacios en los tratados sobre la materia y numerosas discusiones en el orden legislativo, tal asunto es la distinción entre sociedades civiles y mercantiles.

En cuanto al primer punto se discute si las sociedades civiles y mercantiles son especies de un mismo género de contrato o más bien son dos contratos distintos.

Prescindiremos de la relación histórica del tema, no porque carezca de importancia, sino por razones de espacio y tiempo. Según se ha sostenido la sociedad en el orden mercantil es un contrato de organización porque da nacimiento a un ente jurídico distinto de los componentes personales que la forman, no así la sociedad civil que no da nacimiento a ente jurídico alguno, es lo que se llama un simple contrato de intercambio, pues las relaciones de los socios son exclusivamente entre ellos, no surgen obligaciones a favor de una persona jurídica distinta de los socios.

Sobre este punto el Dr. Lara Velado, en su Introducción al Estudio del Derecho Mercantil, dice: ""Planteadas así las cosas, podemos sentar como conclusión final, a la altura del desarrollo actual del Derecho Mercantil, lo siguiente: 1o.) Los contratos llamados hasta hoy de sociedad mercantil y de sociedad civil, son en realidad contratos diferentes, aunque tengan el mismo nombre; el primero es un contrato de organización que crea un ente jurídico distinto de los socios; el segundo no; 2o.) Tratándose de dos contratos distintos, lo lógico es designarlos con nombres diferentes; 3o.) El nombre de contrato de sociedad debe quedar reservado para aquél que crea un ente jurídico con personalidad propia, o sea para - que el que es contrato de organización, es decir para la sociedad mercantil; aceptado esto, es lógico que sean mercantiles todas las sociedades; 4o.) Las formas de asociarse sin personalidad jurídica, de que antes hemos hablado, son de tipo civil, pero ameritan una estructuración y un nombre diferente; el problema de los civilistas del futuro es el de estructurar este nuevo contrato y darle un nombre; su estructura deberá responder en términos generales, a los lineamientos doctrinarios de la vieja sociedad civil sin personalidad jurídica; su nombre, lógicamente debiera ser el de contrato de asociación, pero éste podría plantear el inconveniente de confundirse con las asociaciones de interés particular, que son personas

jurídicas contempladas en el Art. 540 C. que deben su creación al acuerdo de reconocimiento del Poder Ejecutivo; además, el nombre de asociación es preferible que conserve el carácter genérico que le da el idioma; tal vez sería posible usar los nombres de contrato de coasociación o contrato de coparticipación, los cuales aunque un tanto elaborados evitan toda confusión"" (9).

Acerca de esto hay varias teorías dentro de las cuales unas niegan el carácter contractual al acto de constitución de las sociedades y otras sí lo aplican al referido acto. Las cuales podríamos resumir así: La doctrina francesa considera al acto constitutivo como un contrato, pero con la peculiaridad de crear una persona jurídica. Si llevamos a sus extremos tal doctrina vemos que es imposible modificar el contrato sin el consentimiento de todas las partes, pero los franceses solucionaron la cuestión al diferenciar por una parte el contrato en su etapa de fundación cuando se formó la sociedad y la persona jurídica que surgió de tal contrato, por lo que al modificar los estatutos de una sociedad no se viola el contrato sino la perfección del organismo que él crea.

Por otra parte algunos autores germánicos consideraron que el acto de fundación de una sociedad no constituía un contrato, sino más bien un acto complejo, del cual surgen relaciones jurídicas entre las personas que intervienen en el mismo, pues las voluntades que lo efectúan pretenden ante todo la creación de un ente distinto con quien se establecen las susodichas relaciones.

Según otra teoría existe un contrato en el cual se da en la concurrencia de voluntades de los fundadores, y cuando se trata de las relaciones con terceros se convierte en un acto complejo.

Una cuarta posición aun cuando considera a la sociedad como un contrato, lo opone al que se llama contrato de cambio, ya que en él no existen contraprestaciones, se da únicamente un interés común y con la característica de que al mismo contrato se pueden adherir otras personas, por lo que no se encuentra regido por todas las normas que regulan los contratos. Es lo que se llama un contrato plurilateral.

Y finalmente se da la teoría institucional en la cual se desecha la idea de contrato y de relaciones entre personas. En su lugar se habla de un organis-

mo que tienen un objeto y los medios adecuados para la realización del mismo, superiores a las personas que lo forman. Hace también mención esta teoría, a la escala de poder que se efectúa para llegar al fin común el cual sirve de límite a las voluntades individuales y al mismo poder escalonado, regido por normas de orden administrativo y no contractuales sujetos todos estos elementos a un interés que se sitúa entre el que tienen los particulares y el que tiene el Estado.

Luego de esta breve y sucinta enumeración vemos que la distinción entre la sociedad anónima y las demás sociedades es de orden esencial en lo que se refiere al acto de fundación.

La teoría que surge como más acorde para tratar a las sociedades es la del contrato plurilateral, a excepción hecha de las sociedades anónimas, por las siguientes razones: en éstas la fundación de las mismas no tiene las características que se le asignan a los contratos y no cabe aplicarle a tal acto las reglas que los rigen. Téngase presente: la fundación por suscripción pública, para el caso, los contratantes ni siquiera se conocen entre sí, se forman ideas a veces sumamente difusas de lo que es la sociedad y luego con el correr del tiempo se desinteresan de su funcionamiento. Es así que en este acto de fundación falta todos los elementos que se necesitan en todo contrato. Las voluntades no están de acuerdo desde luego que se ignora quien será la otra parte.

Debido a estas dificultades es que se ha acudido a la teoría institucional para fundamentar la noción de sociedad.

Se dice que la sociedad es una institución, y particularmente la sociedad anónima, su acto constitutivo no es un contrato. Debemos abandonar la idea de que lo sea, el que se hace socio de un ente de esta naturaleza lo que realiza es un acto de adhesión a la institución que se forma.

Lo que pasa es que se quiere encuadrar instituciones nuevas en moldes viejos, como es el caso de las sociedades anónimas, con las cuales se pretende meterlas forzosamente en el marco de los contratos, sin consideración de que la sociedad anónima es un fenómeno que no podía haber en la mente romana.

Se ha demostrado que la fórmula contractual no encaja en la sociedad anónima. Se ha buscado que tal noción encuadre en la sociedad modificándola, pero

lo que se ha conseguido es desencajarla de sus fundamentos teóricos.

La vía más segura es dejar de lado la noción de contrato para la sociedad anónima. Pero ¿Si se desecha? ¿Qué camino queda? Pues queda la teoría de la institución, ahora bien, dicha teoría no se ha desarrollado en todas sus dimensiones, por lo que la tarea es, llevarla a sus últimas conclusiones para que sirva de instrumento que fundamentará el concepto de sociedad anónima.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO I

- (1) Diccionario de la Lengua Española, páginas 883, Ed. 1947.
- (2) Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, T. I., página 360.
- (3) Gay de Montellá, Tratado Práctico de Sociedades Anónimas, página II, Segunda Edición.
- (4) Emilio Langlé y Rubio, Manual de Derecho Mercantil Español, página 490, T.I.
- (5) A. Brunetti, Tratado del Derecho de las Sociedades, página 74, T. II.
- (6) Brunetti, obra citada, página 74, T. II.
- (7) Brunetti, obra citada, página 74, T. II.
- (8) Brunetti, obra citada, página 77, T. II.
- (8 bis) Brunetti, obra citada, página 254, T. I.
- (9) Revista de Derecho No. 2, Julio-Diciembre 1965, página 42.

BIBLIOGRAFIA

- Compendio de Legislación Centroamericana sobre
Títulos Valores y Sociedades Anónimas Oscar León Aragón
- Curso de Derecho Mercantil Joaquín Garrigues
- Manual de Derecho Mercantil Emilio Langle y Rubio
- Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas Joaquín Garrigues
- Tratado de las Compañías Anónimas,
Legislación Comercial y Tributaria Rafael Gay de Montellá
- Derecho Comercial Gabriel Avilés Cucurella
- Derecho Mercantil Joaquín Rodríguez y Rodríguez
- Curso de Economía Moderna P. A. Samuelson
- Tratado de Derecho Mercantil C. Vivante
- Código de Comercio de la República de
El Salvador, Edición de 1970

CAPITULO II

FUNCION ECONOMICA

Con la formación de la Economía como ciencia la cual estudia la esencia del acto económico y la aparición del sistema mercantilista cuyas consecuencias se pueden advertir a partir de la revolución francesa, surge la economía liberal. El principio de la libertad económica difundido por la literatura del siglo XVIII, tiene como fundamento la creencia de que la vida económica se desenvuelve y realiza espontáneamente.

Aparecen junto a este conjunto el desarrollo técnico económico del principio jurídico de libertad, como igualdad formal ante la ley, los siguientes principios: libre contratación, emancipación agraria, libertad industrial, mercantil y de tránsito y finalmente el de libre competencia.

El último de los mencionados es el que presta su verdadero sentido a los restantes. Fue considerada por los economistas como la fuerza que equilibra la oferta y la demanda, la producción de los bienes y su consumo. Debido a este principio fundamental de la economía liberal aparece la libre contratación, en que establece el salario en función de la oferta y la demanda de trabajo. Surgen a la vida las industrias que el consumo demanda y desaparecen las innecesarias. Los precios de las transacciones mercantiles se establecen en el mercado y las mercancías son llevadas a las zonas que las demandan.

Sobre las bases jurídicas y económicas enumeradas anteriormente y bajo el influjo del sistema fabril se presenta en el marco de la historia el capitalismo. Puede decirse que "el capitalismo es un sistema caracterizado por el ánimo individualista y racionalista del lucro, por su plan asistemático y comercial y su técnica revolucionaria (Sombart, El Capitalismo Moderno)". El ánimo de lucro es su rasgo más característico. Su desarrollo está estrechamente unido a la aplicación a la industria de los adelantos técnicos y mecánicos o sea el maquinismo, el cual al elevar el costo de los medios necesarios: herramientas y salarios saca el capital industrial de la órbita de poder de quien lo usa. El patrono deja de ser capitalista. El capital necesario para las grandes empresas industriales que son impulsadas por los nuevos inventos mecánicos y la nueva tecnología debe ser acumulado por un grupo más o menos numeroso de capitalistas. Las sociedades anónimas son los instrumentos que realizan estas acumulaciones de capital, bajo la dirección de una gerencia, que puede poseer directamente una parte del capital, y controlar

así sin mayores obstáculos el capital que resta el cual está representado por acciones.

Al ocurrir estas concentraciones de capital inmediatamente se genera un poder -- económico, que utiliza el principio jurídico de igualdad formal ante la ley, la libertad industrial y de comercio así como la libre concurrencia como medios para establecer una efectiva desigualdad, destruir las libertades y eliminar la concurrencia, con una tendencia hacia el monopolio.

Puede entonces decirse que la empresa capitalista llega a su clímax en la sociedad anónima, la cual más que una sociedad de personas lo es de capitales. Su característica más esencial es la despersonalización del capital.

Para un análisis más completo de la acción de la sociedad anónima en la economía capitalista conviene hacer un breve estudio sobre la empresa.

La empresa en sentido más o menos amplio es la coordinación, organización y dirección de los elementos de la producción, que a su vez en el orden práctico -- dependen de las personas capacitadas que puedan, a cambio de una retribución, organizar y dirigir en lugar del empresario. Es de hacer notar que los accionistas, aun cuando se constituyan en una asamblea general no lo hacen en carácter de empresarios, son más bien un órgano del empresario que es la sociedad. En la vida de la empresa no tienen mayor ingerencia, por lo general ignoran muchísimos detalles de la misma. Los encargados de los negocios sociales, quienes viven al ritmo de -- la entidad, son los directores a quienes los accionistas confían la gestión de la sociedad. A estos que luego de su gestión someten a consideración de los accionistas lo hecho para su ratificación, las más de las veces sin tan siquiera poder analizar la obra en su totalidad, es a quienes corresponde en verdad el manejo de los asuntos de la empresa.

La sociedad anónima es el punto de referencia para distinguir entre la grande y mediana empresa.

La especialización del trabajo redundando en una divergencia entre la dirección y la ejecución de los negocios sociales. En las empresas de tamaño medio y pequeño, el propietario labora en estrecha colaboración con los empleados. No sucede lo mismo en la gran empresa donde los accionistas son ajenos a la actividad diaria de los asuntos empresariales y por otra parte los ejecutivos de la misma no

son accionistas.

Debe considerarse que las grandes empresas, por lo general, trabajan dentro de un mercado de enormes dimensiones, no así las pequeñas empresas las cuales atienden solamente las necesidades del mercado local.

La formación de grandes empresas es una característica de los tiempos modernos porque debido a los diferentes cuerpos legislativos se ha logrado la movilización de vastas masas de capital, de esa manera se deslinda en toda su dimensión la propiedad del rédito de ejercicio.

Las acciones como títulos al portador, que dan participación en los negocios de una gran empresa, ha venido a ser para la economía moderna la iniciación de una etapa del capitalismo. Las industrias que tienen su capital representados en acciones, adquieren la categoría de una entidad económica independiente de la persona y del patrimonio de los particulares.

La sociedad anónima tiene una gran incidencia en la economía pública, pues los beneficios de las empresas deberían ser repartidos entre un gran número de personas. Por eso se ha dicho que la sociedad anónima es un instrumento que no tiene paralelo dentro de la economía organizada, puesto que permite la reunión de grandes sumas de dinero ahorrado por personas de escasos recursos para ser empleadas en proyectos a los cuales ninguna fortuna particular se arriesgaría, o a las que un solo individuo no se atrevería a realizar ante la probabilidad de comprometer su patrimonio por muchos más años del promedio de vida de cualquier humano. Por eso es que la sociedad anónima ofrece la oportunidad de entrar en grandes negocios con las ventajas de la responsabilidad limitada y la facilidad de poder vender las acciones sin que el patrimonio sufra mengua o alteración que lo destruya.

El hecho de que los socios de esta clase de empresas puedan cambiarse con facilidad no es suficiente base para fundamentar la crítica que se ha hecho de que el capital y la empresa tienden a desintegrarse. Si bien es cierto que el elemento personal queda subsumido por el capital surge con mayor brillo dentro de la organización de la entidad o en la dirección de la misma, ya que es el elemento humano inteligente, capaz y laborioso el que lleva adelante los grandes negocios. Debido a esto que se ha considerado a la sociedad anónima como la

cantera de donde surgen los grandes hombres y dirigentes sagaces de las empresas colosales de nuestros tiempos.

Por otra parte debe considerarse que la sociedad anónima es, por la amplitud de objetos que puede abarcar, la mejor forma de llegar a una distribución racional y completa de las ganancias.

Si vemos desde este último ángulo a la sociedad anónima, puede expresarse sin temor a equivocarse que la función de las entidades de referencia salta del sector privado al público, este paso pone al Estado en la obligación de velar en primer término por los intereses generales, puesto que el ahorro nacional es uno de ellos asimismo como debe salvaguardar los intereses morales y materiales de los obreros y empleados.

Así pues: pueden distinguirse tres aspectos esenciales en los objetivos y naturaleza las sociedades anónimas: a) hay un interés público que repercute en la economía nacional pues debe haber una regulación adecuada para las S.A. y a la vez una regulación del interés particular para que la administración de la empresa se conjugue con los principios de la economía; b) el organismo unido que se crea, que comprende no solo a los accionistas, es decir a los capitalistas, sino a los obreros y empleados; y c) la protección de los accionistas, puesto que arriesgan su capital y debe asegurarseles su inversión.

Puede decirse que el problema que surgía, y que ha soportado tantas críticas de que la sociedad anónima debía actuar en provecho exclusivo de los accionistas para que tuvieran ganancias, se ha desvalorizado en gran parte, debido a la política de las grandes empresas que han tomado en cuenta que no sólo ellas sufrirán con la mala fortuna sino los intereses de enormes masas de obreros.

Es palpable que el capital no es lo que era en el siglo pasado, su poder ha disminuído en mucho, su despotismo, se ha visto avasallado por los problemas que surgen de la producción, los costos y salarios, que no por ser económicos dejan de ser políticos y penetran hasta las mismas entrañas de la vida de cualquier país.

Es aquí donde se pone de manifiesto, la crisis a la cual hicimos mención en el principio de este capítulo, y aunque no pueda decirse a ciencia cierta que el capitalismo haya sido la causa de una crisis de tan dolorosos resultados tampoco puede

negarse que ha dado ocasión a que se produzca.

Si bien es cierto que la política democrática ha disminuído la potencia del actual orden económico ni el socialismo clásico ni el comunismo han conseguido suprimir sus bases.

Se ha concluído que incluso la socialización de algunas zonas de la empresa supone este orden y no busca su desaparición. Lo que se opone al capitalismo al estilo clásico es el capitalismo del Estado, que acaba con todo vestigio del capitalismo abarcando en toda su extensión a las empresas. Es de comprender que tal medida a todas luces radical, produce consecuencias no deseadas y puede darse en un estado que cuenta con pocos medios económicos.

En el mundo se ha levantado contra la sociedad anónima los ya sabidos perjuicios anticapitalistas. Los partidos políticos que se llaman de izquierda lo usan como punto principal en sus campañas, sosteniendo que el sistema es mortal para el cuerpo económico y social. La argumentación es de sobra conocida, se dice que esta clase de sociedades ha hecho posible que un grupo de privilegiados domine la economía de los países, en perjuicios de las masas mayoristas, quienes no están en capacidad de comprender ni penetrar la esencia del mecanismo capitalista difícil y complicado.

Estos argumentos son sumamente deleznablez pues a la luz de la historia pueden refutarse con solo pensar que las sociedades anónimas han dado origen a colosales empresas gracias a las cuales el mundo avanzó y avanza a pasos agigantados en el camino de la civilización. El capitalismo del siglo XIX ha traído un progreso sin precedentes, ha incrementado, de una manera jamás contemplada antes, las poblaciones del globo, ha llevado la civilización a continentes perdidos en la noche de los siglos, ha distribuído un mayor bienestar a todas las clases sociales, ha ampliado la curva del consumo, pero también ha hecho posible el aumento de la curva de la oferta de bienes; ha sido el crisol donde se ha forjado el genio del hombre de empresa.

Al capitalismo que ha hecho posible las sociedades anónimas, sólo puede oponerse el capitalismo de Estado. Pero es bueno aquí, hacer una reflexión; en un país pobre de riquezas del subsuelo, necesitado del extranjero en todo cuanto es --

necesario para la vida, ¿Sería esto posible sin que surgiera el caos?

La demagogia que está a la orden del día, impide una visión clara del problema. Se atacan desde todas partes las bases del sistema, y por consiguiente de todo racional y generoso programa de resurgimiento económico. Las sociedades de capitales son tenidas por juntas de criminales. La nacionalización y la socialización se abaten como nefastos espectros, sin tomar en consideración que en todas las empresas, el trabajo no puede separarse del capital, pues este es el "sistema circulatorio del organismo económico", sin el cual la fuerza de trabajo moriría.

La pretendida socialización base de todas las reformas que se ofrecen como remedio a los males sociales, las cuales implican la destrucción de grandes organizaciones industriales y financieras, a las cuales se les achaca sobreponer el interés privado al público, es una falsa visión del problema y en otra solución se nota un criterio estrecho y falto de lógica y cargado de prejuicios antieconómicos que desecha sin más ni más de toda colaboración entre el capital y el trabajo. En el terreno frío de los hechos, las cosas se pueden ver así; o se quiere decir que la socialización implicaría la desaparición del capital privado, y aquí es donde más nos importa, puesto que la sociedad anónima en sus actuales dimensiones y características estaría condenada a desaparecer, o bien los trabajadores tomarían en sus manos la dirección y el dominio de la empresa con lo cual pasaría a sus manos la iniciativa en los negocios, por lo que el capital que actualmente es un elemento fundamental de la empresa cedería su puesto a la EMPRESA ESTATAL, forma oscura y todavía no esclarecida que tendría como base un ordenamiento jurídico todavía más impreciso.

Por otra parte conviene aunque sólo sea someramente echar un vistazo al fenómeno que se da cuando dos o más sociedades forman entre sí una sola comunidad de intereses, con el objeto de conseguir el dominio de un mercado y eliminar la competencia.

Estas agrupaciones de sociedades son el resultado propio del rol que tienen sociedades de capitales dentro de la economía de los países industriales. Las diversas legislaciones no pueden regular estas situaciones de manera detallada, pero si interviene para detener cualquier degeneración, más cuando se trata de la formación del capital.

Sirven para limitar la competencia entre empresas que tienen similitud de objetos y para reunir en nuevos grupos a las empresas cuyas producciones se complementan unas a otras.

Este sistema es usado gracias a la facilidad que prestan las acciones, sistema que se ha difundido universalmente. Debido a la colaboración estrecha que pueden distribuir equitativamente los riesgos.

No deben confundirse estas uniones como un tipo de fusión de sociedades, pues la simple unión puede ser disuelta en cualquier momento, conservando cada sociedad su propia personalidad jurídica.

Se caracterizan porque una o varias empresas o sociedades controlan el capital en acciones o parte del mismo perteneciente a otra. Pero no existen solamente esta clase de uniones, sino que puede darse el caso de que el elemento personal - que las integra sea el lazo de unión entre ellas, por ejemplo un mismo presidente o uno o más miembros de la Junta Directiva.

Cuando una empresa o sociedad tiene una o varias filiales o entidades subordinadas, se da lo que en economía recibe la denominación de concentración industrial, que reviste caracteres de una necesidad económica, no así desde el punto de vista jurídico en donde se discute sobre su licitud.

Surge entonces el hecho de que las sociedades subordinadas implicadas en una concentración industrial dependen todas de una sola, pero conservan sus respectivos patrimonios, sujetas claro está, a una sola dirección y un solo objeto. En este punto se ha discutido si debe mantenerse la multiplicidad de sociedades en forma preponderante o de una vez debe dársele primacía a la unidad sustancial. La Economía puede responder en el sentido de apoyar la unidad sustancial, en la ciencia del Derecho la duda se impone.

En los casos de agrupaciones de sociedades pueden observarse varios casos, de los cuales ya mencionamos algunos: a) Administración de las empresas por medio de un contrato de arrendamiento de servicios; b) Dirección y Administración de una empresa mediante la creación de sociedades conexas que se presentan en forma de entes autónomos, mientras que en el mundo mercantil y técnico no son más que patrimonios adscritos a un fin; c) A través de un contrato mediante el

cual las empresas se reparten las ganancias de conformidad a una norma preestablecida; d) Nombramiento de directores o miembros de la empresa en las Directivas de las otras, con el objeto de actuar en común y coordinadamente; y e) Compra de acciones de la otra empresa, por lo general una mayoría de la misma que puede llegar a una absorción total de darse el caso en que una sociedad compre la totalidad de las acciones de la otra, esta última es la forma más usada.

En resumen podemos decir que el papel de la sociedad anónima dentro del sistema capitalista al cual debe su vida en la forma actual ha llegado a lo siguiente:

La sociedad anónima no puede conceptuarse como una forma de ente público o por el contrario que nada más atañe a los intereses particulares, sino que más bien lleva algo de las dos calidades.

Puede decirse que la sociedad anónima se ha convertido no en un lugar donde campea la democracia sino que la oligarquía ha tomado el lugar que le correspondía, según ha sido la intención de la ley, que no pasa de ser una utopía.

Tal y como lo dijimos anteriormente si la sociedad anónima fue calcada del sistema democrático político, las ideas políticas han influido en la estructuración de la sociedad anónima y debido a eso es que vemos diversos intentos de transportar a ella sistemas de orden totalitario o dictatorial, con la suerte de que tales cosas no han encontrado sitio eminente. La dirección de unos pocos se ha mantenido pero se ha dejado a la Asamblea General la facultad de modificar el pacto social y destituir a los administradores, lo que es ya un atisbo democrático.

Por otra parte hay que tomar en cuenta la gran influencia que tienen hoy día las opiniones de los técnicos y directores en los asuntos empresariales, los cuales están muy por encima de las decisiones del capital.

Debe asimismo tomarse muy en cuenta la intervención del Estado, que fiscaliza y autoriza a las sociedades anónimas.

Contra la sociedad anónima se ha argumentado en forma por demás demagógica, pues hasta se ha dicho que debe desaparecer, sin ver que en los países en que continúa esta forma de sociedad presta grandes servicios.

Los Gobiernos en un afán sin mayor base, usualmente legislan de manera rigurosa a las sociedades anónimas. Tal cosa cobra relevancia en el aspecto fiscal,

con la irónica actitud de que esos mismos gobiernos adoptan cuando es necesario la forma de sociedad anónima en las llamadas sociedades de economía mixta.

De todo lo que hemos dicho en las páginas anteriores surge como una verdad el hecho de que la sociedad anónima es un elemento de primera importancia dentro del sistema capitalista, a tal grado de que muchos han pensado que sin ella el mencionado sistema no hubiese podido existir. Por ello es que donde quiera se siga el sistema capitalista ahí estará la sociedad anónima.

Y lo que se ha dicho de la participación de los obreros y empleados en la gestión de la sociedad anónima, se han vuelto conceptos oscuros en virtud de la -- confusión que existe entre lo que debe entenderse por empresa y lo que debe ser -- la sociedad.

La sociedad anónima es la forma jurídica de la empresa--reconocen grandes autores-- de modo que muchos de los males que se atribuyen a la sociedad anónima no lo son de ella sino de la empresa.

Para finalizar este capítulo veamos lo que ha sido la sociedad anónima en -- nuestro país.

En El Salvador, la realidad de la sociedad anónima es muy diferente a la de otras naciones.

Dentro de nuestra estructura jurídico--económica las sociedades anónimas han desnaturalizado hasta cierto punto la función que en pura teoría les asigna el derecho, pues han sido medios para que, personas con recursos físicos y financieros quienes se encuentran unidos por razones de parentesco, amistad o comunidad de inte-- reses, puedan actuar dentro de la economía nacional con la ventaja de la respon-- sabilidad limitada.

Puede decirse, a guisa de comentario, que la forma que tal vez pueda remediar tal situación, sea la creación dentro de nuestro sistema jurídico de la SOCIE-- DAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, tal y como la regula el Nuevo Código -- de Comercio. Este criterio no es puramente personal sino que se encuentra apoya-- do por personas entendidas en la materia, además de que la sociedad de responsa-- bilidad limitada ha dado muy buenos resultados en otras latitudes.

CAPITULO III

EL CAPITAL

Tal como lo expresa el connotado comentarista Joaquín Garrigues: ""La sociedad anónima es un capital con categoría de persona jurídica""

Las frases anteriores determinan con bastante exactitud la importancia del capital en la sociedad anónima. La definición del mismo no es cosa fácil, pero puede decirse que es el valor de la totalidad de acciones suscritas. Por otra parte es el patrimonio neto con que comienza la vida de la entidad.

Los requisitos que señala el Art. 192 del Código de Comercio en lo que se refiere al mínimo requerido para la constitución, que esté íntegramente suscrito y el desembolso del veinticinco por ciento del valor de cada acción, cuando menos, es una diferencia digna de tomarse en cuenta en lo que se refiere a las sociedades de personas, con excepción de la de responsabilidad limitada, en las que no es requisito previo indispensable para la constitución de las mismas, asimismo en las de personas es posible que uno o más socios aporten solamente su trabajo.

El concepto del capital según la doctrina del derecho mercantil no es de esencia jurídica, tiene sus fundamentos en la ciencia de la contabilidad.

De conformidad a las bases teóricas y a las disposiciones legales, Art. 29 del Código de Comercio, el capital social, salvo las modificaciones que sufra previos los pasos que la ley indica, debe figurar en el pasivo de los balances de la sociedad anónima como una cifra que no sufre alteraciones, con una autonomía completa de las altas y bajas que sufra el patrimonio. En virtud de los negocios sociales las acciones que representan el capital puede aumentar o disminuir de valor, el patrimonio como ya se dijo puede encoger su volumen o reducirlo pero el capital o mejor dicho la partida que lo representa en el balance, no debe sufrir variación alguna.

Lo dicho anteriormente responde a las siguientes consideraciones: el capital social es una entidad mas bien un elemento jurídico de la misma, fundamental, que da sentido a toda la disciplina que la rige y que no puede sufrir variaciones sino de acuerdo a la ley.

Es la garantía de los terceros, por eso debe mantenerse intacto pues es la base indispensable para que haya lugar al reparto de las utilidades.

Si el capital se mantiene sin variación en el pasivo sirve de impedimento para que no haya distribución de dividendos de los valores que exceden de la suma de los débitos que figuran en el pasivo hasta que el capital social tenga una contrapartida en el activo igual en bienes muebles o inmuebles.

Así es como podemos ver que el capital no consiste en una cantidad determinada de bienes, sino que es una cifra contable que figura en el balance, por lo que en realidad no es una verdadera garantía para los acreedores sociales. La garantía es relativa, puesto que tiene la calidad de deuda social, de tal manera que impide que los accionistas o socios se repartan utilidades sin que tomen en cuenta la partida que lo representa dentro del pasivo.

La exigencia legal es que el capital permanezca invariable y que al ocurrir una reducción del mismo debe procederse en consecuencia. Los acreedores resultan protegidos en sus derechos a través de varias disposiciones legales.

1o.) Para proceder a la constitución de la sociedad anónima debe estar suscrito totalmente el capital social y que se haya desembolsado en numerario por lo menos el veinticinco por ciento del valor de cada acción. Art. 192 Nos. I y II.

2o.) Las aportaciones en especie deben valuarse por dictamen pericial de la Oficina que ejerza la vigilancia del Estado. Art. 196 del Código de Comercio. La razón es obvia, pues con tal medida se evita que en la formación del capital social pueda ser ilusoria.

3a.) Por la prohibición del Art. 133 de emitir acciones a un precio inferior a su valor nominal, de no ser así se daría el caso de que en el patrimonio social figuraría un valor menor al que aparece como capital social.

4o.) Por la disposición que establece la reserva legal o sea el Art. 123 que dice debe destinarse anualmente un siete por ciento de las utilidades netas hasta llegar a un límite mínimo de la quinta parte del capital social.

Este fondo de reserva juntamente con el capital social pasan a formar parte del pasivo de la sociedad a tenor de lo dicho en el Art. 443 No. II literal e).

De igual modo que el capital social, el fondo de reserva posee la misma --

característica de rigidez. Con un ejemplo se puede expresar de mejor modo: una sociedad con un capital de cien mil colones y una reserva legal de diez mil colones, no puede repartir utilidades entre sus socios hasta que el activo haya superado la suma de ciento diez mil colones, de conformidad a lo preceptuado en los Arts. 37 y 38 del Código de Comercio.

Por otra parte la sociedad no puede devolver a sus accionistas las cantidades que ellos dieron como aportes ni condonarles el pago de las sumas que deban por tal concepto. Tal cosa es fácilmente comprensible si se tiene en cuenta que los aportes de los socios están destinados a formar el capital social; por una parte, y por otra forman parte del patrimonio de la entidad la que en caso de que los accionistas no hayan pagado la totalidad de su aporte podrá hacer uso de las facultades que indican los Arts. 136, 137, 138 y 139 del Código de Comercio.

Otro precepto que garantiza la integridad del capital social es el Art. 141 - por el cual la sociedad no puede adquirir sus propias acciones, además el Art. 217 establece el procedimiento para la amortización de acciones con utilidades repartibles.

De todo lo dicho anteriormente podemos ir concluyendo algunas cosas de suma importancia.

La sociedad anónima es una sociedad de capital con un calificativo que la distingue de otras, es de "capital fundacional". Tal principio se encuentra reconocido en todos los países. Es una exigencia de las leyes la mención del capital social en la escritura de constitución.

El capital es la suma de las aportaciones de los accionistas, las cuales no necesariamente serán siempre en dinero, pero en todo caso deben ser susceptibles de ser apreciadas en numerario para que figuren de tal manera en el balance, así no pueden las aportaciones poseer un valor distinto del que realmente tienen ni pueden ser nada diferentes al dinero o a bienes que se puedan ponderar a través de él.

Es de suma importancia recalcar que cuando se trata de aportes que no son dinero, las distintas legislaciones reglamentan la evaluación de dichos bienes con el objeto de que el valor no sea inflado. Se evitan así los frecuentes fraudes

que se cometen al emitir acciones cuyo valor no está respaldado con bienes apreciados en su correcta dimensión.

A la luz de nuestra legislación podemos decir que las características del capital pueden resumirse en estas:

1) La exigencia de la ley de un mínimo de capital para proceder a la constitución de las empresas. Con ello se evita que en la economía nacional figuren sociedades que no llenen el cometido que les está encomendado a las anónimas, pues éstas se destinan a grandes negocios. Art. 192 No. I del Código de Comercio

2) Debe quedar constancia de que está íntegramente suscrito y que se ha pagado en efectivo cuando menos la cuarta parte del valor de cada acción y que en caso de que se paguen las acciones con bienes diferentes del dinero lo sean en su totalidad. Y finalmente que debe quedar pagado la cuarta parte del capital de fundación. Art. 192 Nos. II y III del Código de Comercio.

3) El capital se divide en acciones que representan un parte alicuota del capital, con valores nominales de diez colones o múltiplos de diez Art. 126 y 127 del Código de Comercio. Estas acciones confieren iguales derechos Art. 145 del Código de Comercio.

4) No debe confundirse con el patrimonio de la entidad pues su importancia tiene relieves contables más que jurídicos, de esa manera el valor nominal de las acciones no es igual al valor comercial de las mismas, que aunque depende de las condiciones del mercado, está subordinado principalmente al patrimonio de la entidad.

5) Constituye ante todo una partida del balance de la sociedad, en el lado pasivo, como una deuda de la sociedad hacia los accionistas, que aparece ahí como una garantía de los acreedores sociales.

6) Desde el momento en que debe ser un elemento inmutable, a no ser que sea reducido o aumentado en la forma prescrita por la ley, las utilidades o las pérdidas de cada ejercicio no deben ser acreditados o cargados a cuenta del capital, sino que deben ser colocadas en unas partidas aparte dentro del balance. Así lo ordenan los Arts. 30 y 443 del Código de Comercio.

CAPITAL Y PATRIMONIO

No puede dejar de tratarse un punto que merece toda atención dentro del tema de las sociedades anónimas. Aunque someramente nos referiremos a él, se trata de la distinción entre CAPITAL Y PATRIMONIO.

Sobre ello dice el profesor LANGLE Y RUBIO: ""No deben confundirse los términos capital social y patrimonio social (dinero, bienes, valores, derechos, etc.). Este patrimonio o hacienda de la compañía compónese de cuanto ésta posee y como disminuye con las pérdidas o deudas y crece con las ganancias o adquisiciones, resulta muy variable en el curso de la explotación. Por consiguiente, el capital es una cifra permanente, abstracta, formal, ficticia el patrimonio es otra cantidad oscilante, real, efectiva. La contabilidad asienta el primero en el pasivo y el segundo en el activo"" (11)

La distinción que señala el distinguido tratadista es precisa, el patrimonio es el conjunto de bienes que la sociedad posee en un momento determinado de su vida. El monto del mismo puede aumentar o decrecer según marche el negocio o la industria, igual que si se tratara de un comerciante individual.

Vivante en su Tratado de Derecho Mercantil dice: ""En antítesis con el patrimonio o capital efectivo, esencialmente mudable, está el capital nominal de la sociedad, fijado de manera estable por una cifra en el contrato, que tiene una función contable y jurídica, una existencia de derecho y no de hecho. Todos los esfuerzos legislativos tienden a hacer coincidir el valor del patrimonio social y el importe del capital en el momento en que se constituye la sociedad. La diferencia entre el patrimonio, siempre mudable, y el capital, cifra constante, no está acompañada en el balance por ninguna variación del capital fijo, sino por la variación de los fondos accesorios, de las reservas, de los beneficios y de las pérdidas que, sumados al capital, equivalen al entero patrimonio de la sociedad. El capital constituye un asiento constante en la formación del balance social; ha de figurar en el pasivo de cada ejercicio con la suma establecida por el acto constitutivo, para que, en contrapartida del mismo, se pueda inscribir en el activo un total equivalente de bienes, de créditos o de pérdidas, para garantía o advertencia de los acreedores sociales. Realiza la función de moderador legal y ---

contable de la vida social, determina en su función reguladora, cuál es el máximo límite de los beneficios que se pueden repartir, cuál ha de ser el importe de las reservas, cuándo se deba proceder a la disolución de la sociedad o cuándo se tenga que modificar el Estatuto social de las pérdidas sufridas. Diré, a manera de ejemplo, que este capital nominal y abstracto (nomen juris), realiza frente al patrimonio o capital real la función de un recipiente destinado a medir el grano, que unas veces colma la medida y otras no llega a llenar. La confusión entre estos dos instrumentos de la vida social, uno formal y otro material, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos para la interpretación de la ley, si aquéllos no se mantienen separados""(12).

A lo dicho anteriormente puede añadirse poco, el capital es una cifra ficticia, que aparece en los libros, pero en manera alguna debe coincidir necesariamente con la del patrimonio. Dice lo que debe existir en el mismo, no lo que en verdad existe.

La sociedad se obliga a mantener dentro de su patrimonio un número de bienes que cubra la cifra del capital, pues tal como lo dijimos anteriormente, una de las funciones del capital es el servir de índice de solvencia de la entidad, pues los acreedores sociales no tienen más acción que contra el patrimonio social y si éste se encuentra por debajo de la cifra del capital saldrán perjudicados en caso tal suma no alcance a cubrir sus créditos.

Debe añadirse algo que resulta claro: aún cuando la sociedad se obliga a mantener bienes en cantidad suficiente para cubrir la cifra del capital, no puede evitarse la reducción del patrimonio por pérdidas durante las operaciones sociales. De ahí que se señale a las sociedades anónimas una cifra mínima en relación con el capital, a que podrá llegar el patrimonio para que puedan seguir fungiendo dentro de la vida económica, lo que no obsta para que vicisitudes del comercio y la industria obliguen a una reducción del capital.

Las cifras del capital y el patrimonio aparecen iguales al comenzar la sociedad, en el momento de la firma de la escritura de constitución.

Sobre lo que dijimos el autor español don Joaquín Garrigues expresa: ""La cifra del capital es una línea cerrada o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad, que no acota bienes determinados, pero que impone a

la sociedad la obligación de tenerlo siempre cubierto con bienes equivalentes a aquella cifra. Todo lo que exceda en este círculo puede ser distribuido entre los socios. Pero así como la línea del capital es fija (mientras no se modifique con las formalidades legales), la línea del patrimonio es, por esencia, móvil" (13).

Las regulaciones contenidas en el Código de Comercio y que se refieren al capital las cuales consideramos de mayor importancia son las siguientes:

a) Art. 29.- Se refiere a la constitución del capital por las aportaciones de los socios, pues dice "que está representado por la suma del valor establecido en la escritura social para las aportaciones prometidas por los socios".

b) El importe mínimo del capital en la sociedad anónima debe ser de ---
\$ 20.000 establece el Art. 192 No. 1.

c) Los que traten de constituir una sociedad anónima a través de la llamada suscripción pública deberán presentar a la Oficina que ejerza la vigilancia del Estado el programa con los requisitos que menciona el Art. 194, en cuyo ---
numeral III, se menciona "el número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social".

d) El Art. 203 dice que todas las acciones deben quedar totalmente suscritas en el término de un año, a partir de la fecha en que se depositó el programa, salvo que se haya señalado un plazo menor. De lo que puede deducirse la importancia que el legislador da a la cifra que compondrá el capital, ---
tal como lo hemos señalado en comentarios anteriores.

e) El Art. 141 establece que se prohíbe a las sociedades adquirir sus propias acciones.

f) Tiene importancia en lo que se refiere a la facultad de los accionistas que representen el cinco por ciento del capital, para pedir la convocatoria de la Junta General de accionistas, Art. 231.

g) También en lo referente a la validez de las Juntas generales y de ---
las decisiones que se tomen en ellas, cobra importancia el capital social, tal y como lo dicen los Arts. 233, 240, 241, 242, 243, 244.

h) Es importante en la elección de los directores que representan ---

minorías dentro de la Junta Directiva, Art. 263.

i) Cuando se faculta al veinticinco por ciento del capital social para ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores Art. 280.

j) En cuanto a la obligación de hacerlo figurar en el balance del lado del pasivo por su valor nominal, Arts. 29 y 443 No. III lit. e)

k) En lo referente a la obligación de constituir las reservas legales, a través de la aplicación a las mismas de una cantidad correspondiente al siete por ciento de las utilidades netas y el límite mínimo legal de la reserva será de la quinta parte del capital social Arts. 39, 123 y 124.

l) En cuanto a la prohibición de repartir utilidades si ha habido pérdidas de capital, hasta que el mismo no haya sido reintegrado o reducido en legal forma Arts. 37 y 38.

m) En cuanto a la prohibición de emitir nuevas acciones hasta que las ya emitidas no hayan sido totalmente pagadas, tal y como lo ordena el Art. 174;

n) En cuanto al aumento de capital por revalorización del patrimonio o de reservas especiales indicadas en el balance, Arts. 30 y 176;

o) En lo que se refiere a la obligación de los administradores de dar cuenta a la Asamblea general cuando el capital ha quedado reducido a menos de sus tres cuartas partes, como consecuencia de pérdidas y en cuanto a la obligación de los accionistas de reintegrar el capital hasta una cuarta parte, Arts. 39 y 187 No. III;

p) En la intervención de la Fiscalía General de la República para que se obligue a la sociedad a que dentro de cierto término prorrogue el plazo social, cambie de finalidad o reintegre del capital mínimo requerido por la ley, en caso de que haya una causal de disolución y la Junta General se negare a reconocerla o no fuere convocada al efecto Arts. 139, 141, 187 y 189

El Código de Comercio además adopta en relación con el capital otras disposiciones que pueden considerarse como garantía de los acreedores, tal es el Art. 192 No. II que prescribe la necesidad de que se pague en dinero -

efectivo cuando menos el veinticinco por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario.

Los bienes que aporten a la sociedad distintos del dinero o sea las aportaciones en especie serán valuados previamente por la oficina que ejerza la vigilancia del Estado, lo cual debe hacerse constar en la escritura de constitución. Tal como lo establece el Art. 196.

Los aportes que forman el capital se regulan así: en aquellos casos de constitución simultánea, las aportaciones en efectivo se harán por medio de cheque certificado o certificado de depósito del dinero en una institución bancaria debidamente endosado. Art. 195.

En la fundación sucesiva o pública los Arts. 200 y 201 dicen: que las cantidades exhibidas deberán ser depositadas en bancos designados al efecto, para ser entregadas a los representantes de la sociedad una vez que haya sido constituida. En cuanto a las aportaciones en especie se dice que al hacer la suscripción el interesado otorgará una promesa de aportación con las formalidades legales, en documento exigible ejecutivamente y que al constituirse la sociedad se formalizarán los traspasos.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO III

- (10) Joaquín Garrigues, obra citada, página 362, T. I.
- (11) Langlé y Rubio, obra citada, página 520, T. I.
- (12) Vivante, Tratado de Derecho Mercantil, página 192, T. II
- (13) Joaquín Garrigues, obra citada, página 364, T. I.

CAPITULO IV

AUMENTO O DISMINUCION DE CAPITAL

Las sociedades anónimas durante el curso de su vida modifican su capital ajustadas las modificaciones a ciertos trámites legales de obligatorio cumplimiento en vista de la garantía de los acreedores.

Los cambios en el capital pueden ocurrir a través de un aumento o de una reducción. Estas operaciones implican una variación del número total de acciones o en ciertos casos del valor nominal de ellas.

En lo que al aspecto jurídico se refiere, estos actos revisten una importancia suma, ya que, ante todo debe salvaguardarse la integridad del binomio capital y patrimonio para no lesionar -repetimos- los intereses de los acreedores.

Comencemos pues por estudiar el AUMENTO DE CAPITAL.

Las sociedades al aumentar su capital están dando a entender que precisa de un número mayor de medios económicos que le permitan desarrollar la finalidad social con éxito. Para aumentar el capital puede optar por dos vías: -- emitir nuevas acciones o bien elevar el valor de las ya emitidas. Nuestro Código de Comercio lo dice expresamente en el Art. 173. El primer sistema presenta el inconveniente de que grava el pasivo con un débito que repercutirá en el reparto de utilidades y puede hacer que las acciones se coticen a menor precio en el mercado de valores (en los lugares en donde funciona). El segundo sistema tiene ciertas ventajas, pues allega a las arcas de la entidad considerables sumas de dinero que le permiten encaminarse con mayor desahogo hacia la consecución de los fines de la empresa con la perspectiva de un considerable aumento en el reparto de utilidades.

Debe tomarse en cuenta para el aumento de capital que la sociedad no podrá emitir nuevas acciones hasta que las anteriores no hayan sido íntegramente pagadas, según lo dispone el Art. 174 del Código de Comercio.

El aumento desde un punto de vista meramente técnico puede efectuarse de diversos modos, así:

- a) Mediante la emisión de nuevas acciones;

b) Convirtiendo ciertas reservas en capital;

c) Aumentando el valor de las acciones ya emitidas;

El aumento a través de las formas enumeradas tiene ciertas diferencias, --- pues si se ven bien las cosas, en el caso del literal a) si hay realmente aumento de capital, pues deberán hacerse nuevos aportes, en el resto de los casos no puede hablarse de un verdadero aumento, es solamente "nominal o contable" --- como se le llama en doctrina, el cual puede decirse que consiste en el aumento del monto del capital social sin un cambio real en el patrimonio de la entidad.

Veamos someramente cada una por separado.

a) Emisión de nuevas acciones.

En este caso deben haber nuevos aportes para que se acrecente el capital existente, los cuales serán hechos por los socios o por los que suscriban las nuevas acciones.

El Art. 179 establece que los suscriptores de las nuevas acciones deberán pagar el veinticinco por ciento del importe de las acciones o el porcentaje que haya señalado el pacto social o los estatutos o en caso de pago en especie deberán pagarse en su totalidad, este requisito es indispensable para que pueda --- inscribirse la escritura de aumento de capital.

En el caso de las aportaciones en especie se aplicarán las reglas contenidas en el Art. 178 No. II y en el Art. 196.

También existe el aumento a través de la emisión de nuevas acciones que se entregan a las personas que son acreedoras de la sociedad. Opera en este caso una compensación en los términos del Art. 178 No. II.

El Art. 177 tiene una disposición que es digna de notarse pues en su inciso tercero dice que fuera del caso de que todos los accionistas suscribieran totalmente las nuevas acciones, la suscripción de la misma se hará de acuerdo con las reglas de la constitución simultánea, "si el plazo para suscribir el capital fuere hasta de un mes"; y con las de la sucesiva, si dicho plazo fuere mayor.

Es decir que para el caso del aumento de capital en la suscripción simultánea hay un plazo para la suscripción de las acciones después de tomado el acuerdo de aumento de capital que no puede pasar de un mes, en el caso la suscripción

pública el plazo no puede ser mayor que prescribe el Art. 203 o sea un año. Pero, ¿Qué sucede si no se alcanza a cubrir el monto acordado?

Doctrinariamente se ha considerado que aún cuando no se llegue al monto que se pretende aumentar, los suscriptores de las acciones quedan siempre obligados, salvo que en el mismo acuerdo se haya resuelto en contrario. La disposición contraria podría consistir en que no se considerará válido el aumento si no se alcanza la suma requerida o una suma inferior, o por otra parte facultar a los suscriptores para desligarse del vínculo contraído al no llegarse a la suma acordada y a la vez reducir el aumento al monto de las suscripciones de quienes permanezcan firmes. De esa manera se resolvería el problema planteado, pero nótese que debe ser en el mismo acuerdo de aumento en donde deben contemplarse las diversas situaciones.

El Art. 157 establece el derecho preferente de los accionistas a suscribir las acciones que se emitan, en caso de aumento de capital. Este es un derecho individual del accionista, como lo reconocen destacados autores.

El derecho se otorga en consideración a que si la sociedad en varios años de afortunada gestión en los negocios acumula reservas, se crea a favor de quien suscriba las nuevas acciones una situación evidentemente favorable. Es a todas luces injusto que no se reconozca a los socios el disfrute de tal ventaja, puesto que cuando han renunciado al reparto de utilidades han hecho factible la formación de las reservas.

Dándoles la preferencia en la suscripción de acciones se guarda su participación en la entidad, desde el momento en que con las antiguas acciones pierden, al hacerse la nueva emisión. El accionista puede optar alternativamente entre ejercitar derecho de opción o enajenarlo, todo en proporción a las acciones que posea en la sociedad, pues se ha considerado que el derecho de opción tiene un contenido eminentemente patrimonial. Lo mismo podría ejercerlo en parte y enajenar el resto. El Art. 158 inciso 2o. autoriza a los accionistas a traspasar las acciones nominativas o al portador aun contra pacto expreso en contrario.

El término para optar a la suscripción de las nuevas acciones es de quince

días siguientes a la publicación del acuerdo de aumento. Art. 157.

El acuerdo de aumento puede establecer que todas o parte de las aportaciones se hagan en especie, según el Art. 178 No. 1, pero en este caso la emisión no podría ser hecha por un valor desigual, de acuerdo al Art. 129, ni por sumas inferiores a los valores nominales de las antiguas acciones, desde luego que se aumentará el capital social de fundación, las acciones deben de ser de la misma calidad que las anteriores.

El derecho de opción puede limitarse, pues el mismo Art. 157 dice que "salvo pacto en contrario".

En lo que respecta a la publicación del acuerdo de aumento de capital a través de la emisión de nuevas acciones, tiene dos fases. Debe publicarse el acuerdo de aumento de conformidad a lo dicho en el Art. 176 Inc. 1o., ya que constituye una modificación del acto de constitución de la entidad; en segundo lugar ha de ser publicada la escritura de aumento de capital, Art. 177 Inc. 1o., pues el acuerdo de aumento y la ejecución del mismo son dos operaciones íntimamente ligadas ya que el suscribir acciones no es un hecho aislado sin importancia sino que interesa a la sociedad y a todos los accionistas.

Podemos ver que los principios que rigen estas operaciones son: a) Si no se llega a suscribir toda la cantidad acordada, el aumento quedará reducido a la suma de las suscripciones que haya al momento; b) Debe publicarse el acuerdo de aumento pues interesa a todos que se sepa de él desde luego que implica una modificación del pacto social que al mismo tiempo sirva de aliciente para los nuevos suscriptores; c) Debe publicarse la ejecución del acuerdo y la consiguiente modificación de la escritura de constitución.

b) Convirtiendo reservas en capital

Al tener acumuladas reservas en ciertas cantidades, las sociedades anónimas proceden a transformarlas en capital social, con el objeto de restablecer el equilibrio entre el patrimonio y el capital.

La operación no tiene ninguna relevancia significativa en lo que se refiere a los accionistas, puesto que ellos nada pierden en cuanto al reparto de utilidades se refiere y en lo que toca a los acreedores, éstos ganan con

la operación desde luego que su garantía se refuerza.

El Art. 157 establece el derecho preferente de los accionistas a suscribir las acciones que se emitan, en caso de aumento de capital. Este es un derecho individual del accionista, como lo reconocen destacados autores.

El derecho se otorga en consideración a que si la sociedad en varios años de afortunada gestión en los negocios acumula reservas, se crea a favor de quien suscriba las nuevas acciones una situación evidentemente favorable. Es a todas luces injusto que no se reconozca a los socios el disfrute de tal ventaja, puesto que cuando han renunciado al reparto de utilidades han hecho factible la formación de las reservas.

Dádoles la preferencia en la suscripción de acciones se guarda su participación en la entidad, desde el momento en que con las antiguas acciones pierden, al hacerse la nueva emisión. El accionista puede optar alternativamente entre ejercitar derecho de opción o enajenarlo, todo en proporción a las acciones que posea en la sociedad, pues se ha considerado que el derecho de opción tiene un contenido eminentemente patrimonial. Lo mismo podría ejercerlo en parte y enajenar el resto. El Art. 158 inciso 2o. autoriza a los accionistas a traspasar las acciones nominativas o al portador aún contra pacto expreso en contrario.

El término para optar a la suscripción de las nuevas acciones es de quince días siguientes a la publicación del acuerdo de aumento. Art. 157.

El acuerdo de aumento puede establecer que todas o parte de las aportaciones se hagan en especie, según el Art. 178 No. 1, pero en este caso la emisión no podría ser hecha por un valor desigual, de acuerdo al Art. 129, ni por sumas inferiores al los valores nominales de las antiguas acciones, desde luego que se aumentará el capital social de fundación, las acciones deben de ser de la misma calidad de las anteriores.

Este paso puede definirse como la operación por la que una sociedad convierte en capital las reservas acumuladas de tal manera que el capital nominal coincida con el efectivamente invertido en el objeto social.

Se ha considerado que la sociedad al aumentar su capital de este mo-

do deja el patrimonio intacto desde luego que no hay ninguna aportación. Pero, para otros no es así, especialmente para las autoridades hacendarias de los distintos países, que podría considerar la conversión de reservas en capital como un nuevo aporte de los socios y de esa manera aplicar el impuesto correspondiente. Y la razón es que se realiza aquí un doble traspaso de propiedad, los accionistas reciben de la sociedad las reservas en concepto de utilidades y la sociedad recibe un nuevo aporte al capital.

Vista la cuestión desde el punto de vista de la ciencia contable y del derecho, el patrimonio ha permanecido inalterado, quedando así reflejada la diferencia a que hemos hecho referencia entre el capital y el patrimonio, pues si el último no sufre alteración el primero aumenta como valor dentro del pasivo.

Tiene especial importancia el aumento de capital en esta forma porque afecta el quórum para las mayorías que exige la ley, para decidir las acciones a tomar en caso de anomalías que afecten el normal funcionamiento de la entidad, etc.

Del Código de Comercio regula esta forma de aumento de capital en los Arts. 178 No. III y 180.

c) Aumento del valor de las acciones ya emitidas.

El Art. 173 habla de la elevación del valor de las acciones, que no es más que una variante del modo estudiado en la letra a) citada anteriormente. El patrimonio social permanece intacto y tiene plena aplicación lo prescrito en el Art. 180.

En resumen podemos decir que el Código de Comercio regula el aumento en la siguiente forma:

La decisión debe ser adoptada por la autoridad máxima, la Junta General de accionistas, con carácter de extraordinaria convocada de manera especial y con quórum que arroje un total que no sea inferior a las $3/4$ partes de las acciones. Este acuerdo debe publicarse en el Diario Oficial. Art. 176.

El Art. 173 dice que puede darse cumplimiento al acuerdo mediante dos posibilidades: por emisión de nuevas acciones o dando mayor valor a las que ya existen. Los aportes pueden hacerse: 1o.) Por medio de la figura llamada

compensación entregando a los acreedores de la sociedad una cantidad de acciones equivalente a lo que se les adeuda; 2) Capitalizando reservas, utilidades o amortizando acciones; 3) Por nuevas aportaciones en dinero o en especie. Art. 178.

Al emitir nuevas acciones es necesario: a) Que estén totalmente pagadas las de la emisión anterior; b) A partir de los quince días de publicado el acuerdo de aumento, los accionistas que haya a la fecha tendrán derecho a suscribir las acciones, proporcionalmente a las que tengan al momento de acordarse el aumento. Art. 157; c) La escritura no podrá otorgarse hasta que transcurran quince días después de la publicación del acuerdo respectivo, salvo el caso de que todos los accionistas suscribieran todo el capital, entonces podrá otorgarse en el acto. Aquí debe distinguirse entre si la constitución de la sociedad será simultánea o sucesiva, en virtud de lo que dispone el Art. 177; d) La escritura de aumento de capital no puede inscribirse, en tanto no se pague por lo menos la cuarta parte del valor de cada acción o el tanto por ciento superior que los estatutos determinen, Art. 179.

Para elevar el valor de las acciones se procederá así: a) Debe haber unanimidad en el acuerdo; b) Cuando el aumento es en virtud de capitalización de utilidades, puede autorizarse mediante acuerdo de la Junta General con mayoría calificada. Los accionistas que se opusieron a tal medida quedan facultados para pedir que se les haga en efectivo de la parte que les corresponde en las utilidades, puede entonces la sociedad disponer de las acciones de conformidad a lo previsto en el Art. 141, el Art. 180 establece los requisitos apuntados.

DISMINUCION DE CAPITAL

La regulación de la disminución de capital llegó a la legislación en forma tardía y con grandes obstáculos. Se da como razón para tal fenómeno la consideración de que la disminución reduce la garantía de los acreedores.

Debe hacerse una distinción de suma importancia en esto de la disminución de capital, cuando se da el caso de una pérdida de capital como consecuencia de los negocios y cuando esta pérdida se verifica y luego se declara

por la Junta General la disminución correspondiente. De no hacerse como se indica en segundo término, el capital social mantiene su monto original. La pérdida de capital por vicisitudes de los negocios producen efectos jurídicos, pero no tienen como consecuencia inmediata la reducción del capital.

Con un ejemplo podemos clarificar la situación: Si una sociedad tiene un capital de cien mil colones y después de varios años de ejercicios, el activo neto llegue a la cifra de cincuenta mil colones, por pérdidas, el capital social se mantendrá en la cifra de cien mil colones. Así las cosas, si durante un ejercicio, después de transcurrir varios con pérdidas, se produce alguna utilidad, p.ej. de diez mil colones, no pueden distribuirse como tales, porque el capital continúa en la cantidad de cien mil colones y el activo al finalizar las actividades del ejercicio es solo de cincuenta mil más el beneficio de diez mil colones deja todavía una diferencia de cuarenta mil colones. Para que haya reparto de utilidades en las sociedades anónimas se requiere que en el activo haya una cantidad mayor que la de los elementos que componen el pasivo, capital social y de las reservas legales o estatutarias.

La única salida que queda a los accionistas de la sociedad, al tener pérdidas que hayan reducido el capital social a cincuenta mil colones, es renunciar por mucho tiempo al reparto de utilidades, hasta que los negocios marchen bien y se pueda cubrir el déficit, de tal manera que lo aconsejable en este caso sería reducir el capital social a cincuenta mil colones. En esa forma cuando haya ganancias y el activo supere al pasivo sumado al capital social, podrá haber reparto de utilidades.

La reducción o disminución de capital puede tener lugar en las siguientes situaciones:

- a) Disminuir el capital en exceso;
- b) Disminución del capital por pérdidas;
- c) Disminución del capital a una cantidad menor que el límite legal exigido.

En el análisis de cada uno de los casos tenemos:

- a) Disminuir el capital en exceso

Cabe considerar en esta cuestión dos alternativas o el capital suscrito alcanza una cuantía demasiado alta para el objeto social o que la parte que se haya desembolsado sea suficiente para llevar a cabo la finalidad que se ha propuesto la sociedad, por lo que los demás aportes que puedan hacer los socios no serán necesarios.

La operación puede hacerse a través de estos pasos:

1) Reducción del valor nominal de las acciones.

Si la sociedad anónima tiene un capital de cincuenta mil colones, con acciones de mil colones cada una; si se quiere reducirlo a cuarenta mil colones se puede cambiar el valor de las acciones a una suma menor que para el caso hipotético señalado, sería de ochocientos colones, de tal manera que la diferencia de doscientos colones deberá restituirse a los accionistas. Con esto se consigue que el número de acciones se conserve igual, sufriendo variación únicamente el valor de las acciones.

El procedimiento es adecuado para el tratamiento con toda justicia de los socios.

Los autores dan otra alternativa para disminuir el capital social, así: como existen acciones que se pagan en efectivo y en especie, puede darse el caso de que las pagadas en especie lo estén totalmente y las que lo sean en efectivo hasta la mitad, por ejemplo de cien colones cada acción, la disminución tendría lugar en los siguientes términos: se rebaja el valor de todas las acciones a cincuenta colones, no se exigen los ulteriores aportes de los tenedores de las acciones pagaderas en efectivo y se les entrega cien colones a los poseedores de las acciones pagadas en especie.

2) Remisión de aportes no hechos

Cuando el valor de las acciones no ha sido satisfecho en su totalidad, podrá condonarse a los socios lo que deben y así quedará reducido el capital a lo acordado. Pero puede suceder que haya algunos tenedores de acciones que hayan pagado en totalidad el aporte prometido, en tal caso como ya lo dijimos para obrar con justicia, se exigirá a los morosos el pago y después se harán las condonaciones pertinentes. Pero debe hacerse también las respectivas

modificaciones en el balance de la entidad, en lo que respecta al pasivo la cuenta del capital se reducirán en la medida de las acciones reembolsables, y en lo que toca al activo la deuda de los accionistas disminuirá en proporción a los aportes que se han condonado.

3) Reducción del número de acciones.

Las acciones se mantienen invariables en su valor nominal. Se produce por el cambio de los títulos valores antiguos (acciones) en número de dos o más por otros del mismo valor totalmente pagadas o por la sustitución de acciones pagadas en parte por otra enteramente pagada. Otro ejemplo más, pone de manifiesto lo dicho: Si la sociedad anónima tiene un capital de un millón de colones dividido en dos mil acciones de quinientos colones cada una, al querer reducir el capital a la mitad, puede retirar dos acciones antiguas para cambiarlas por una de la nueva emisión, del valor de quinientos colones y se reembolsa a los accionistas quinientos colones por cada acción que presentan. El capital que era de dos mil acciones de quinientos colones igual a un millón, se cambia por el nuevo constituido por mil acciones de quinientos colones equivalente a quinientos mil colones; por otra parte los aportes devueltos llegarían a la suma de quinientos mil colones así: $500 \times 1000 = 500.000$.

Este importante paso en la vida de las sociedades puede también hacerse a través de un sorteo en el que entran parte de las acciones, pero el reembolso correspondiente deberá hacerse con bienes provenientes del activo de la entidad, para que haya lugar a una verdadera disminución de capital, pues si se diera el caso de que se tomarán los fondos para tal operación, de las ganancias o de las reservas estatutarias o extraordinarias no sería una disminución.

Las acciones que se sortean se pagan a los socios en su valor nominal y las que no estuvieren completamente pagadas sólo en la parte en que lo estén.

El sorteo ha tenido algunas críticas. Se dice que vulnera el principio de igualdad en el trato, pues afecta a sólo parte de los socios. Por otra parte, las acciones que se eliminan por el azar, dan lugar a una especie de expropiación del estado jurídico de socio.

Se admite que la sociedad adquiera sus propias acciones en virtud de un

acuerdo de la Junta General que ordene la disminución del capital a través de la adquisición de las acciones, en los casos en que la ley lo autoriza. Los títulos valores adquiridos por la sociedad deben ser anulados pues la sociedad no podría ejercer los derechos derivados de las mismas, desde luego que el sujeto obligado a las prestaciones es ella misma.

Asimismo puede acordarse que en lugar de las acciones sorteadas se den acciones de goce, certificados de goce dice el Código en el Art. 217.

Puede combinarse el método apuntado en el número 1) anterior y el del 3).

Según los Arts. 137, 138 y 139 del Código de Comercio, si el socio obligado al aporte no lo hace efectivo luego de requerido por la entidad, dentro del plazo que se ha señalado y de que haya sido publicado el requerimiento, la sociedad puede proceder a la venta de las acciones o exigir judicialmente el pago de las mismas. La venta se hará con intervención de un representante de la oficina que ejerza la vigilancia del Estado. Si no pudiere efectuarse la venta o no se hubiere ejercido la reclamación judicial pertinente, la sociedad debe proceder a la reducción del capital.

En cuanto a lo dispuesto en el Art. 30 Incs. 2o. y 3o. el acuerdo de reducción puede formalizarse a partir del plazo señalado en las disposiciones citadas, toda vez que no se haya formulado oposición por un acreedor o cualquier tercero interesado. Además de conformidad lo dicho en el mencionado Inc.3o., la oposición suspende la formalización de la disminución, hasta que la oposición se hubiere extinguido o desechado por sentencia judicial.

Suponemos que la oposición suspende la formalización de la reducción desde el momento en que se ha notificado la demanda a la sociedad, si se aplica lo que dice el Art. 222 Pr.

Algunas legislaciones disponen que a pesar de la oposición, el juez puede permitir que se lleve a efecto, si la sociedad da garantía.

b) DISMINUCION DEL CAPITAL POR PERDIDAS

Si el capital es reducido como consecuencia de pérdidas debe proceder a la disminución o a su reintegro para que el binomio capital -patrimonio mantenga su consistencia. Debe comprenderse que el legislador procura que se mantenga incólume la garantía debida a los acreedores y a terceros, pues de lo contrario

podría ser que el capital fuera nada más que una simple partida dentro del balance sin bienes que lo respalden.

El modo de efectuar la rebaja, puede ser a través de la reducción del número de acciones o bien la disminución del valor nominal de las mismas.

El Art. 37 indica que la reducción de capital se impone toda vez que haya pérdidas de capital. El Art. 186 dice: "En los casos del artículo 139 y del inciso segundo del artículo 141, así como siempre que la reducción del capital deba efectuarse por disposición de la ley..." inc. 2o. "Los administradores convocarán en forma legal a junta general de accionistas para dar cuenta de la obligación de reducir el capital".

c) Reducción del capital a menos del límite legal es una forma de disolución dentro del Código de Comercio según el Art. 187 y 189.

El caso aquí comentado en el artículo 187 No. III, es causal de disolución, y dice: "Las sociedades de capitales se disuelven por cualquiera de las siguientes causas:

III) Pérdida de más de las tres cuartas partes del capital, si los accionistas no efectuaren aportaciones suplementarias que mantengan, por lo menos, en un cuarto el capital social".

Si del último balance aprobado o con mayor razón del estado de pérdidas y ganancias, resulta que el capital ha descendido a una cifra que no cubre las tres cuartas partes del mismo, han de tomarse sin dilación las medidas pertinentes para que los accionistas efectúen nuevas aportaciones que mantengan al capital, por lo menos en un cuarto de su monto.

La operación podría hacerse de la siguiente manera: se toma el acuerdo de disminución para que llegue a nivel de la cifra que presenta el patrimonio, se eleva el capital mediante nuevas acciones que al ser colocadas allegan los fondos necesarios.

En resumen de todo lo dicho anteriormente podemos decir que el Código de Comercio para tratar el aumento y disminución lo hace en dos apartados: el primero se refiere al aumento y el otro a la reducción pero además tiene una ventaja sobre la legislación que derogó, que supone cumplidos los requisitos ---

generales sobre la materia exigidos por el mismo, de tal manera que para proceder al aumento o disminución es necesario previamente establecer el procedimiento común.

La decisión debe ser adoptada por la autoridad máxima de la sociedad: la Junta General de Accionistas. Esta junta debe ser extraordinaria, convocada de manera especial y con un quórum que arroje un total no inferior a las 3/4 partes de las acciones. El acuerdo debe publicarse en el Diario Oficial, Art. 176.

A través de dos posibilidades puede darse cumplimiento al acuerdo de aumento, como ya lo dijimos, así: por emisión de nuevas acciones o dando mayor valor a las que ya existen, Art. 173. Los aportes pueden hacerse: 1) Por medio de la figura llamada compensación, entregando a los acreedores de la sociedad una cantidad de acciones equivalente a lo que se les adeuda; 2) Capitalizando reservas o utilidad o amortizando acciones; 3) Por nuevas aportaciones en dinero o en especie.

Al emitir nuevas acciones es necesario observar lo siguiente: a) Debe estar totalmente pagadas las de la emisión anterior; b) A partir de los quince días de publicado el Acuerdo de aumento, los accionistas que haya a la fecha tendrán derecho a suscribir las acciones, proporcionalmente a las que tengan al momento de acordarse el aumento (Art. 157); c) La escritura no podrá otorgarse hasta que transcurran quince días después de la publicación del acuerdo respectivo, salvo el caso de que todos los accionistas suscribieran todo el capital, entonces podrá otorgarse en el acto. Aquí hay que distinguir si la constitución de la sociedad es simultánea o sucesiva, según el Art. 177; d) La escritura de aumento de capital no puede inscribirse en tanto no se pague al menos la cuarta parte del valor de cada acción o el tanto por ciento superior que los estatutos determinen, Art.179.

Para elevar el valor de acciones se procede así: a) Debe haber unanimidad en el acuerdo; b) Cuando el aumento se pretende a través de la capitalización de utilidades puede darse autorización mediante una junta general con mayoría calificada, con la facultad de que los que se opusieron al acuerdo para pedir que se haga en efectivo la entrega su parte en las utilidades, de ese modo la sociedad puede disponer de las acciones con sujeción a lo que dispone el Art. 141, prescribe el Art. 180.

Esto en cuanto al aumento, en lo que respecta a la disminución es así:

Antes de que se realice la sesión para acordar la reducción es necesario que con anterioridad se liquiden y paguen todas las obligaciones a cargo de la sociedad, pero si los acreedores están conformes puede hacerse sin este requisito Art. 182.

Asimismo puede procederse a ello cuando el activo de la sociedad exceda del pasivo en el doble del monto de la disminución acordada, pero en este caso los acreedores podrían exigir el pago inmediato de sus créditos, aún cuando los plazos no hubieren vencido. Art. 182 inc. 2o.

Como una garantía para los acreedores al ejecutar el acuerdo de reducción deben seguirse los siguientes pasos: a) presentar a la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, un inventario de los bienes sociales, apreciados al precio medio de la plaza; b) La oficina investigará a través de peritos y verificará si lo dicho en el inventario es cierto y con base en el dictamen autorizará o negará el acuerdo; c) Si la resolución fuere afirmativa, certificación de la misma se acompañará a la escritura respectiva para su registro. Art. 182 inc. final.

El acuerdo de reducción podría efectuarse si se disminuye el valor de todas las acciones o bien mediante su amortización de conformidad a lo que ordene la junta general que acuerde la disminución, Arts. 30, 139, 141 y 186 y de conformidad al 184, si el valor de todas las acciones no se ajustare a la cuantía legal, la sociedad podrá hacer los ajustes que fueren necesarios, inclusive efectuando las funciones indispensables; en este caso se dará un plazo no inferior a seis meses a los accionistas, para efectuar el canje de títulos, vencido dicho plazo, los títulos antiguos se cancelarán y la sociedad pondrá los nuevos a la orden de los accionistas.

En lo que se refiere a la amortización, cabe a la suerte la designación de los títulos a cancelarse, pero en este caso se hace necesaria la presencia de un representante del Estado para la debida vigilancia del acto, el cual debe hacerse constar en acta notarial. Art. 185.

Las acciones deben amortizarse conforme al valor contable según lo dispone el Art. 185.

Cuando sea en virtud de la ley que haya de procederse a la reducción, se realizarán una junta general, que tratará de la obligación de reducir, con la salvedad de que dicha reunión no podrá acordar nada en contra de la ley, será válida no importa el número de acciones que se encuentren representadas, Art.186.

En caso de que no se proceda a la reducción, la sociedad cae en el rubro de las irregulares y debe ser liquidada forzosamente. Puede evitarse tal acción si se pide al Juez que señale un término para poder regularizar su situación y evitar que sea liquidada, Art. 186 incs. 3o. y 4o. Art. 347

CAPITULO V

LAS RESERVAS

Para la ciencia económica las reservas son fondos disponibles en previsión para su empleo en el futuro, pero en lo que se refiere a la concepción jurídica las reservas son un conjunto de valores monetarios excluidos del reparto de utilidades con el objeto de dar mayor solidez al patrimonio de la sociedad. Se destinan reponer las pérdidas antes de que se afecte el capital social. Vivante citado por Brunetti dice: "La reserva legal es un órgano de defensa que hoy -- forma parte, en casi todos los países, del ordenamiento de las sociedades por acciones y está destinado a acrecentar las garantías de los acreedores y de los socios. Gracias a ellas, las pérdidas que irían inmediatamente a herir el capital, se abaten sobre la reserva, la reducen, pero no atacan el capital si antes no -- las han agotado. Gracias a ellas se pueden compensar las pérdidas que los precios de la hacienda en función sufren cuando pasa a liquidación. Si por cualquier pérdida desciende a menos de la medida legal, se ha de reintegrar con -- los beneficios posteriores con lo que crea una solidaridad entre los diversos ejercicios, poniendo a contribución los ejercicios prósperos para cubrir las pérdidas de los desgraciados"(14)

El Art. 39 dice que "De las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente un porcentaje para formar la reserva legal..." El Art.123, que se aplica a las sociedades anónimas dice: "La cantidad que se destinará anualmente para formar la reserva legal de la sociedad de responsabilidad limitada, será de siete por ciento de las utilidades netas y el límite mínimo legal de dicha reserva será de la quinta parte del capital social!" y el inc. 2o. del Art. 39 dice: "La reserva legal deberá ser restaurada en la misma forma, cuando disminuya por cualquier motivo" .

Otros tipos de reservas son las reservas estatutarias y las voluntarias, Ad. 443 No. II, Lit. e).

El fin de las reservas es el acrecentamiento del patrimonio de la sociedad.

Son diferentes de otras cuentas que figuran en el balance y que rebajan algunas otras partidas del activo. Muchas cuentas reciben indebidamente el

nombre de reservas como: a) el fondo destinado a la amortización de acciones; b) los fondos de garantía; c) los fondos destinados a la renovación y amortización de los inmuebles de la entidad; los fondos para créditos de difícil recuperación. La ley habla sólo de otra reserva para proveer al cumplimiento de las obligaciones que respecto a su personal tenga el comerciante, en virtud de la ley de los contratos de trabajo, Art.447.

El Art. 124 dispone que las reservas sean invertidas de cierto modo, para el caso, dice: "Las dos terceras partes de las cantidades que aparezcan en la reserva legal deberán tenerse disponibles o invertirse en valores mercantiles salvadoreños o centroamericanos de fácil realización; la otra tercera parte podrá invertirse de acuerdo con la finalidad de la sociedad".

Se ha discutido en la doctrina de otros países a quienes pertenecen las reservas, pues para unos son propiedad de la sociedad, y para otros, los accionistas pueden disponer de ellas libremente.

Sobre el tema A. Scialoja, citado por Brunetti dice: "" el socio no tiene un derecho (perfecto o actual) sobre el patrimonio social, tanto si se trata de una expectativa, de un derecho abstracto, potencial, eventual o condicionado, ello no tiene ningún interés. Por cuanto se refiere a los beneficios, se ha de admitir que el socio, al conferir a los órganos sociales la facultad de retener una parte de los mismos en las reservas, renuncia a su derecho al reparto inmediato de dichos beneficios y los deja en el patrimonio de la sociedad para su empleo en la empresa común. La doctrina está de acuerdo en considerar que el derecho del socio a su cuota de reparto es un derecho (o expectativa) que no puede ser suprimido por los órganos sociales, pero que adquiere su contenido efectivo y actual cuando la sociedad entra en liquidación". (15)

La reserva legal no puede reducirse por ningún motivo, desde luego - que existe la disposición imperativa del Art. 39, ahora bien, en lo que se refiere a la reserva que menciona el Art. 443 No. II lit. e), las estatutarias o voluntarias, hay que distinguir, si se trata de las estatutarias, puede revocarse el acuerdo que ordenó su formación, pero a la vez debe modificarse el pacto social o los estatutos en lo pertinente. En lo que se refiere a las reservas --

voluntarias son los socios quienes pueden revocar el acuerdo respectivo y ordenar el reparto de utilidades, ya sea en todo o en parte.

El legislador para fundamentar la constitución de la reserva legal ha tenido como mira principal el mantener el capital social incólume, en lo posible. Tómesese en cuenta la forma de redacción del Art. 39 "deberá separarse", que contiene una orden terminante, sin condiciones y que el segundo inciso del artículo citado dice que "deberá ser restaurada en la misma forma". Es que la disposición se redactó con el objeto de proteger a los acreedores sociales y terceros interesados de la insolvencia de la sociedad y quienes no pueden accionar en contra del patrimonio de los socios.

La reserva sólo puede constituirse si hay beneficios, es decir que haya una diferencia entre el activo y el pasivo que puede arrojar una pérdida o utilidades, depende de que el pasivo supere al activo o viceversa. A esto se añade el estado de pérdidas y ganancias que va siempre unida al balance tal como lo dice el Art. 441.

Según el Art. 175 dice que en la reserva legal entrarán no sólo parte de las utilidades que ordena el Art. 39 sino que también el sobreprecio de las acciones. Sobreprecio es la diferencia entre el valor nominal y que se obtiene de la emisión de acciones, y ya que no se deriva de una gestión involucrada en las operaciones de gestión administrativa, no es una renta sino parte del capital y por lo tanto debe pasar a formar parte de las reservas con categoría especial. Este sobreprecio tiene una entidad igual a la del capital social.

De conformidad a lo prescrito por el Art. 39 que obliga a la formación de la reserva legal, separando de las utilidades una parte y con la obligación de hacerlo figurar en el balance del lado del pasivo, según el Art. 443 No. II lit. e), la cuenta de las reservas, como una consecuencia necesaria debe aumentarse la contrapartida que debe figurar en el activo, de esto se derivan importantes consecuencias de orden jurídico:

a) Hay que tomar en cuenta los fondos de reserva para determinar si el capital social ha disminuído en más de las tres cuartas partes como consecuencia de pérdidas (Art. 187 No. III) o ha quedado reducido a menos del

límite que señala el Art. 192 No. 1.

b) Una vez pagadas las deudas sociales durante la liquidación, los accionistas tendrán derecho a una parte del capital y de las reservas proporcionalmente al número de acciones que tengan en su poder. Los socios que adquirieron acciones de alguna nueva emisión y que pagaron por ellas más del valor nominal de las mismas no puede pedir que se les de una parte mayor de las reservas aunque los fondos de las mismas se hayan acrecentado a consecuencia de los sobrepagos que se hayan pagado por la venta de las acciones;

c) En el momento de la liquidación, el usufructuario de las acciones no puede pretender ningún derecho sobre partes correspondientes a la reserva, sumándose ésta al capital social y por lo tanto pasan directamente al propietario de las mismas.

Estas son entre otras las consecuencias de que hablamos al principio; existen otras pero no es del caso examinarlas exhaustivamente en este trabajo.

Las llamadas reservas estatutarias son las que dispone el pacto social o que se establecen a través de un acuerdo posterior que lo modifique en ese sentido. Deben reglamentarse cuidadosamente en el pacto o en el acuerdo, pues de lo contrario al quedar facultado cualquiera de los órganos de la sociedad como son la Administración o la Asamblea puede darse el caso de que las reservas adquieran la categoría de las llamadas extraordinarias.

Es de fácil comprensión que las reservas estatutarias no están sometidas a la reglamentación estricta de las legales. Se constituyen a través de las utilidades una vez que se han separado las que corresponden a la formación de las legales, por supuesto que la Junta General tiene la facultad de modificarlas, pasarlas al fondo del capital o autorizar su distribución entre los accionistas.

Ahora bien en lo que se refiere a los derechos de las acciones llamadas privilegiadas, la cuestión toma otro sesgo, desde luego que la Junta General no puede disponer de tales reservas a su antojo, pues tiene que respetar los hechos de tales acciones en virtud de la obligación adquirida con anterioridad por la sociedad. Cualquier acuerdo que violase sus derechos sería nulo si

no se ha tomado el consentimiento de los accionistas afectados. Arts. 171 y 226.

Las reservas voluntarias, dependen de la voluntad de la junta general. Es obvio que se necesite en ciertas ocasiones tales reservas desde luego que existe una manifiesta dificultad en que el pacto social puede prever los múltiples matices que pueden surgir en el curso de la vida de una sociedad, por lo que es del todo aconsejable que se formen reservas aparte de la legal; de otro lado existe la consideración de que no podría estarse modificando el pacto social cada vez que aparece o termina la necesidad de formar las reservas.

Pero la cuestión se torna delicada si se toma en consideración que la facultad de que queda revestida la junta general llega a ciertos límites en cuanto a su poder se refiere, pues debe tomarse en cuenta que con ello se vulnera el derecho de los accionistas al reparto de utilidades. Si se pretende aumentar la solvencia de la entidad, el acuerdo que se tome tiene cierta consistencia. Los accionistas esperan con justa razón que después de separarse de las utilidades lo necesario para la formación de la reserva legal o de la estatutaria en su caso, se proceda al reparto de los beneficios, de ahí que sea un derecho que la Junta General puede vulnerar fácilmente.

Lo dicho no significa en manera alguna, que la Junta General no pueda en determinado caso formar una reserva voluntaria cuando tal paso esté plenamente justificado por la conveniencia de los negocios de la sociedad.

Finalmente diremos que las reservas en la sociedad anónima revisten un carácter de importancia diferente a las otras sociedades. En ella, como ya se dijo, los beneficios no se reparten en su totalidad, sino que se separan una parte de los mismos para formar el fondo que servirá de mayor respaldo y garantía a los acreedores, repetimos, de tal modo que funcione a manera de refuerzo del capital social.

Postulado lo anterior, podemos concluir doctrinariamente: a) el pasivo debe contener una cuenta de reserva que especifique la retención de los bienes o valores en cantidad equivalente; b) la reserva legal debe extraerse de las utilidades netas de cada ejercicio; c) A menos que la ley o los estatutos de la sociedad anónima lo establezcan no hay necesidad de que los fondos se

conviertan en una clase determinada de valores o bienes, pues lo indispensable es que la reserva esté respaldada por un número de bienes suficientes; la reserva legal puede aplicarse a compensar pérdidas, pero no a reparto de dividendos cuando no haya utilidades, ni a amortizar acciones porque se daría lugar a un reparto no autorizado; d) la cuota destinada a reservas que se toma de las utilidades, tiene un límite mínimo en su monto, el que puede elevarse voluntariamente pero no reducirse.

Puede establecerse una reserva voluntaria, como se dijo, que aparezca - en los estatutos o por acuerdo emanado de la Junta General, la sociedad dispondrá lo conveniente sobre estas reservas, salvo que el acuerdo o los estatutos les designen un objeto determinado. Los Arts. del Código que tratan de las reservas son: 39, 123, 124, 295 y 443 No. II lit. e).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO V

(14) Brunetti, obra citada, página 607, T. II

(15) Brunetti, obra citada, página 609, T. II

CAPITULO VI

LA ACCION

Trataremos en seguida de otro punto importante, el que se refiere a la -- ACCION en la sociedad anónima. Por ser materia que requiere de una extensión considerable a fin de que sea tratada en forma total, nos limitaremos a hacer un breve esbozo de la cuestión.

El capital de las sociedades anónimas se divide en un número definido de partes iguales, las cuales reciben el nombre de acciones, por lo tanto cada una de ellas es una parte alícuota del capital. De esto nace la connotación capitalista de la sociedad anónima, pues las aportaciones de los socios se traducen en acciones, de tal modo que si un socio aporta una mayor cantidad, mayor será a su vez el número de alícuotas que poseerá. Las acciones son todas de un valor nominal de diez colones o múltiplos de diez. Art. 129, por lo que cabe el reparto de acciones puede ser distinto según la cantidad aportada, la cual por lo general se hace en dinero o por su equivalente en numerario.

En estas sociedades la consideración personal desaparece, tal como lo dice el Art. 126, se cambia por las acciones poseídas, dicho de otra forma, la participación en la vida de la entidad, cuya principal manifestación es el derecho a voto, está en relación directa con los aportes para la formación del patrimonio social. Así como sea el número de acciones, así será el número de votos. Art. 164 inc. 2o.

La acción es la que representa el derecho del socio sobre el patrimonio y la vida de la sociedad. El derecho tiene por así decirlo dos caras, la una que se refiere a la participación del socio y que es susceptible de ser transmitida por el título valor. El titular de la acción es el que ejerce los derechos que le son anexos. Por el otro lado están los derechos que dan determinadas ventajas al socio y que no se transmiten al ser enajenado el título valor y si llegan a transmitirse no dan al recipiente el derecho de voto.

A través de estos elementos que comprenden la obligación de apartar, el derecho a participar en la vida social y el instrumento que incorpora la obligación y el derecho, es que puede decirse que la acción adopta tres diferentes

significados: a) título de crédito; b) derecho de participación social; y c) parte del capital social.

Las acciones son parte del capital social o alícuotas. La persona que aporte una cantidad equivalente a una o varias de tales partes, viene a ser miembro de la sociedad, y participa dentro de la misma con el número de títulos suscritos. De tal forma que los accionistas tienen un límite, no cualquiera puede serlo sino suscribió acciones en el acto de constitución de la sociedad o en las posteriores modificaciones del pacto social, tal calidad sólo la podría adquirir a través de la compra de acciones a una persona que ya sea socio.

Desde luego que es una parte del capital, la acción posee un valor que pertenece a una porción del mismo. Este es lo que se llama el valor nominal de la acción al cual se refieren los Arts. 129 y 133. Los derechos de los socios son proporcionales a este valor cualquiera que sea la cuantía del mismo, el cual puede diferir del valor real que tenga la acción dentro del patrimonio social, que sólo puede establecerse en el momento de la liquidación de la entidad. Se diferencia asimismo del valor en plaza o comercial de las acciones que es el precio que alcanza en el mercado de valores, el cual no podría servir para fundamentar los derechos del accionista desde luego que es por esencia movable.

Las acciones confieren iguales derechos tal como lo dice el Art. 145, sin embargo, de conformidad a la misma disposición en la escritura social puede convenirse que el capital se divida en acciones con derechos especiales para cada clase.

El valor de las acciones, que está señalado en dinero, debe serlo en colones, según el Art. 129.

Las acciones serán de un valor de diez colones o múltiplos de diez, Art. 129.

La acción como materialización de la participación del socio en la entidad, confiere a éste diversos derechos, que pueden enumerarse de modo principal así: derecho de voto, de participación en el reparto de utilidades y en el acto de la liquidación.

Si se quiere circunscribir mejor la participación del socio a través de

la acción puede verse si tomamos en consideración lo siguiente:

a) Derecho a las utilidades, es decir, a los beneficios que arroje el ejercicio, dentro de los montos que acuerde la Junta General al aprobar el balance Arts. 35, 38 y 165;

b) Según el Art. 338 los accionistas tienen derecho a reparto del remanente después de pagadas las obligaciones sociales, en el caso de la liquidación de la sociedad;

c) El derecho a voto en las Juntas Generales, ya sean ordinarias o extraordinarias, va implícito en la posesión de la acción, según lo dice el Art. 164, pues "El accionista dispondrá de tantos votos como acciones le pertenezcan o represente". Este derecho puede quedar limitado por el pacto social o por acuerdo que lo modifique dando a ciertas acciones voto limitado, pero no ampliarlo de tal modo que una sola acción tenga varios votos, Art. 160.

De la condición de accionistas nacen otros derechos:

1) El de traspasar a otra persona la participación que lleva la acción, dejando así al que la adquiere en la posición del antiguo socio, Art. 154. En lo que se refiere a las acciones nominativas puede quedar sujeto a determinadas condiciones.

2) La facultad que tienen de inspeccionar los libros de la sociedad, Arts. 236 y 245.

3) De ejercer el derecho de opción a suscribir las acciones que se emitan en caso de aumento de capital, Art. 157.

Por otra parte, cuando el accionista forma parte de grupos minoritarios tiene también otros derechos:

a) Puede dirigirse a los administradores para que convoquen a la Junta General, cuando los socios representen por lo menos el cinco por ciento del capital social, Arts. 231 y 235.

b) Puede asimismo pedir que se aplaze la sesión por una sola vez por el término de tres días, Art. 234.

c) Pueden impugnar los acuerdos tomados en Junta General que a su juicio no se apeguen a la ley o al pacto social, en el caso de que hayan estado

ausentes o disientan de los acuerdos, aunque el derecho que se le confiere sea limitado, Arts. 247 y 250.

d) Los accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social puede ejercer directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, según el Art. 280.

Existe también el derecho de los accionistas a reclamar de la sociedad la emisión de un instrumento que certifique su condición.

El Art. 153 dice que las acciones pueden ser nominativas o al portador, pero de conformidad a lo dicho en el Art. 134 "Las acciones serán siempre nominativas, mientras su valor no se haya pagado totalmente".

Si no tiene el título que representa su participación el accionista no puede intervenir en la vida de la sociedad. Los Arts. 144 y 146 prescriben que la exhibición de los títulos es necesario para el ejercicio de los derechos que incorpora.

Los Arts. 134 y 158 contienen disposiciones que limitan la circulación de las acciones, el primero dice que una vez pagadas totalmente las acciones nominativas los accionistas podrán exigir que se les extiendan títulos al portador "siempre que la escritura social no lo prohíba" y el segundo dice que en la escritura social puede pactarse que el traspaso de las acciones nominativas cuyo valor no esté totalmente pagado, sólo se hagan con autorización de la administración social.

Las acciones de la sociedad anónima son títulos de crédito, tal consideración se desprende de lo dicho en el Art. 126, "Su capital se divide en partes alícuotas representadas por títulos valores llamados acciones", en el Art. 191 se dice que la sociedad se constituirá bajo denominación en la que deberá figurar las palabras "sociedad anónima" o su abreviatura S.A. y el Art. 153 que establece que los títulos pueden ser nominativos o al portador. De ahí se desprende que las acciones quedan sometidas al régimen de los títulos nominativos y al portador, Arts. 654 y 675.

La acción no es en toda la extensión de la palabra un título de crédito desde luego que los derechos y obligaciones que tiene el socio se indican en el pacto social, es así como el Art. 149 están indicados: la denominación, el domicilio y el plazo de la sociedad, la fecha de la escritura pública y los datos de

inscripción en el Registro de Comercio, el valor nominal de las acciones y el importe del capital social, los llamamientos que sobre el valor de la acción ha ya pagado el accionista o la indicación de estar totalmente pagadas. De aquí -- que si el documento contiene datos que salen de su órbita, como puede verse si hay posteriores modificaciones del pacto, la acción no llena los requisitos todos, que se necesitan para los títulos de crédito, pues posee unas notas diferenciadoras propias de su papel.

Brunetti, define la acción así: ""Un título de crédito no constitutivo, que faculta a su poseedor para ejercitar los derechos inherentes a la calidad de socios, que están contenidos en el mismo" (16) Nuestro Código define la acción en el Art. 144 cuando dice: "La acción es el título necesario para acreditar, -- ejercer y transmitir la calidad de accionista". Esta definición puede completarse con la que da el Art. 623 de los títulos valores: "Son títulos valores los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna".

La acción pertenece en la categoría de lo que la doctrina llama títulos de participación, que no contienen en sí mismos un derecho de crédito en el -- estricto sentido teórico del vocablo, sino que una serie estrechamente relacionada de obligaciones, facultades y derechos, las cuales van unidos indisolublemente a la situación en que se coloca el accionista.

Puede indicarse que el título valor acción en manos de su legítimo tenedor da por cierta su condición o estado, el cual deviene a su vez de la escritura -- de constitución.

Si se aparta el hecho de que la acción lleve en sí un derecho de crédito, las demandas que el socio pueda dirigir contra la entidad en virtud de su calidad de accionista, son personales, por lo tanto no repercuten en los bienes sociales, de tal manera que no puede considerarse al socio como un acreedor, en la forma en que toma esta palabra.

Lo que se dijo puede acomodarse al concepto de lo que es la literalidad de los títulos valores, vista desde el ángulo de documento que incorpora una relación jurídica obligatoria, de tal forma que entre el socio y la entidad, lo dicho en el texto de la acción es la regla. Tal como lo dice el Art. 144

Ascareli citado por Brunetti dice: "La literalidad es la cualidad de los títulos de crédito. En la cambial es absoluta porque no tolera referencias a relaciones que están fuera del documento. Desde este punto de vista, la letra de cambio es un título completo, mientras que los títulos de participación, como las acciones y los del orden representativo (como típico, la póliza de embarque) son incompletos. La literalidad no excluye que el ejercicio del derecho documentario dependa de la existencia de una relación externa al mismo. Así en la acción referente a las cláusulas del acto constitutivo, para la póliza de embarque respecto de las del contrato de flete y de transporte". Y el mismo Brunetti dice: "En los títulos al portador y a la orden propiamente dichos, el derecho derivado del título es el correspondiente al título acordado. En los títulos de participación, el documento sirve solamente para la legitimación del portador del derecho" y enseguida la clásica definición de Vivante, que reproduce nuestro Art. 623, con ligeras variantes: "Título de crédito es el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo que se menciona en el mismo "...(17)

No debe confundirse la literalidad con otra característica de los títulos de crédito, que da nacimiento a una relación entre el documento y el derecho que este incorpora, importante en lo que se refiere a la circulación de los títulos. En lo que toca a los títulos de participación, la incorporación posee ciertos y especiales matices. Como dijimos antes, la acción es un título incompleto en el cual deben figurar datos que se refieran al pacto social y sus modificaciones, las cuales muchas veces no surgen del título, lo que en realidad incorpora la acción no es la calidad de socio, sino que la parte del capital social cuyo valor nominal representa y que se indica en el texto del título y la facultad de ejercitar los derechos que corresponden a todo accionista.

Otra característica de los títulos completos que no debe atribuirse a los de participación es la llamada abstracción, tal y como sucede con la letra de cambio. Esta cualidad no funciona a cabalidad en lo que se refiere a las acciones, piénsese tan solo que si así fuera, la sociedad no podría ejercer las facultades que le concede el Art. 135, en contra del suscriptor que no ha pagado totalmente la acción. En consecuencia, el derecho que incorpora

la acción no es abstracto, desde luego que no nace de una declaración autónoma contenida en una determinada convención, por el contrario, se encuentra estrechamente relacionada con el pacto social y con los acuerdos de la Junta General, que pueden no estar mencionados en el título.

La acción es a todas luces un documento que encierra una confesión, pues si consideramos que la confesión es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma sobre la verdad de un hecho, del Art. 371 C., no puede ponerse en duda que el tenedor de la acción posee entonces una declaración que une o vincula tal expresión con la existencia de los hechos que aseguran son ciertos. Por eso es que el Art. 149, No. VII dice que las acciones certificadas provisionales o definitivos deben tener la firma de los administradores que conforme al pacto social deben suscribir el título. Es precisamente esta calidad de documento de confesión el que justifica la legitimación del poseedor.

Los autores están de acuerdo en que los instrumentos pueden asumir estas funciones: 1) De medio de prueba, desde luego que a través de ellos se establece la existencia de una relación jurídica; 2) Constitutiva, pues viene a ser elemento indispensable para que surja el vínculo, que una vez establecido, se confunde con el documento; 3) Como vehículo para ejercer el derecho incorporado o para transmitir las obligaciones, facultades y derechos unidos a él.

Puede confundirse la legitimación con la titularidad del documento, pero son dos cosas diferentes; la primera entraña la posibilidad de ejercitar el derecho con independencia de la segunda. Un ejemplo que es notorio puede verse en la letra de cambio, pues para reclamar el crédito que ella encierra se precisa de la posesión del título, pero no de la mera tenencia material del mismo, sino que la que nace de las formas de adquisición de la circulación de los títulos cambiarios. La titularidad implica una relación de dominio con la cosa, la legitimación la omite, más si se toma en cuenta que el poseedor de buena puede pasar a tenedor legítimo de la letra de cambio, inclusive a título de no dueño.

Así pues, el concepto de la legitimación dice relación con el de propiedad unido a la posesión del título, situación esta última en la que la legitimación está de más. No quiere esto decir que el propietario puede hacerlo, por

lo que podemos todavía más, concluir que cuando se deja de ser propietario poseedor, ello no obsta para la legitimación del nuevo tenedor, lo que se torna más obvio si el nuevo poseedor deriva su derecho del antiguo dueño o de un tercero de quien lo adquirió de buena fe.

Entonces para la legitimación de los títulos de crédito, es del todo imprescindible que la posesión del instrumento sea calificada por la indicación dentro del texto de quien es el acreedor de la prestación que el mismo encierra. Es decir que la legitimación hace el papel que desempeña la posesión en la adquisición de los bienes muebles y la inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas con los inmuebles, pues señalaba el estado de hecho en el cual se apoya el derecho. Así, en la letra de cambio el legitimado para el ejercicio de los derechos derivados de ella es el que conforme a las regulaciones que indica la ley surge como tal; en los títulos de participación es quien tenga la posesión de los mismos, si es al portador (Art. 675) o para los títulos del orden nominativos el que aparece registrado tanto en el título como en el libro de socios, o se le ha extendido un nuevo título o también la persona que ha obtenido el título por endoso seguido de registro en los libros sociales.

El concepto de legitimación puede expresarse así: consiste en la posibilidad de ejercer el derecho por el tenedor del título valor, aunque no sea el titular jurídico del mismo, según las normas del derecho común.

Así es como podemos explicarnos el que se den situaciones como el caso de las acciones al portador que se han pignorado, el acreedor prendario está facultado para intervenir y votar en las asambleas, a percibir utilidades y a recibir su parte en la liquidación. (Desde luego, que la sociedad deberá tener al portador de las acciones como accionista, según lo dice el Art. 164). Se ve que la propiedad tiene menor entidad que la legitimación. Tiene, puede decirse, dos efectos si nos atenemos a la división entre derecho sustantivo y adjetivo. En lo que atañe al primero porque es la base para presumir que el legitimado es el titular del derecho que incorpora el título. La persona que presenta el título no tiene que probar que es el legítimo propietario y el deudor debe satisfacer la obligación a favor de dicho tenedor. En lo que se refiere a la

parte adjetiva no puede la sociedad eximirse del cumplimiento de la obligación alegando solo que el tenedor del título no está facultado para actuar como beneficiado con la prestación, debe establecer que el tenedor lo adquirió con malicia en daño de la entidad. Esmás, la legitimación tiene valor probatorio de una extensión superior a la normal, pues si se efectúa un pago a una persona incapaz, éste se tiene por bien hecho, si media la ignorancia de tal circunstancia por parte del deudor. Debe demostrársele, pues al que ejerce la acción, que no tiene derecho a ella.

El modo de transferir el dominio de las acciones está regulado, según sean éstas al portador o nominativas, de conformidad a lo que disponen los Arts. 134, 153 y 158, en relación con lo dispuesto en el Art. 164, por el cual la sociedad debe tener como accionista al inscrito como tal en el registro respectivo, si las acciones son nominativas y al tenedor de éstas, si son al portador.

Sólo puede ser al portador, las que están enteramente pagadas, Art. 134 inc. 2o.

No existen dentro de nuestro ordenamiento las acciones a la orden.

Durante el tiempo que transcurre entre la suscripción y la entrega de las acciones a los socios, la sociedad podrá extender a los interesados, títulos provisionales, los cuales quedarán en todos los efectos, equiparados a las acciones, Art. 134, inc. 3o.

Y el Art. 148 dice que: Entre tanto, pueden expedirse certificados provisionales para canjearse por los títulos definitivos.

Estos instrumentos tienen la misma categoría de las acciones de tal forma que puede ser al portador cuando el aporte prometido ha sido completamente satisfecho. De ahí que se considere que los certificados como títulos de crédito, pues el socio puede, con base en ellos, exigir sus derechos y puede, asimismo, demandar su conversión en títulos definitivos.

Las acciones al portador son transmisibles por la simple entrega material de los títulos, Art. 145 inc. 3o.; la sociedad debe considerar como accionista al tenedor de ellas, Art. 164.

En cuanto a la pérdida, extravío, deterioro o sustracción de las acciones nominativas o al portador, deberán sujetarse para su reposición a lo que dispone el Art. 900 y siguientes.

De conformidad con el Art. 149, la acción debe contener ciertos datos, que son señalados por la ley, de tal manera que el socio puede darse cuenta del fin y demás elementos del pacto social. Por ello es que como dijimos antes, la acción no es un título completo de participación; desde luego que debe hacer referencia a elementos externos al título causal de la misma.

El título surge con la suscripción, mediante un acto unilateral de la sociedad. De aquí se desprende el gran principio de creación que choca frontalmente con la concepción contractual de los actos jurídicos. La acción es tal, desde el momento de que se han llenado los requisitos de forma que la ley le señala. Se convierte en documento que lleva derechos para el que la posee legítimamente.

Lo dicho anteriormente sirve de base para las acciones al portador. La sociedad se obliga en el momento de la suscripción, no precisa desprenderse de nada. No sucede lo mismo con las acciones nominativas, el principio enunciado no es suficiente, debe haber emisión para que el socio se torne propietario del título de conformidad al nombre que aparece en el registro social.

El Art. 131 dice que las acciones son indivisibles, en consecuencia, cuando haya varios propietarios, éstos nombrarán un representante común, quien ejercerá los derechos derivados de la misma.

Vivante, sobre este punto dice: "Esta regla, actúa, tanto en interés de la sociedad como en el de los accionistas: en interés de la sociedad porque las frecuentes subdivisiones de propiedad, que se producen especialmente por causa de muerte, no compliquen para el pago de los dividendos y para el cómputo de votos; en interés de los accionistas, para que el título conserve su facilidad de circulación. De aquella regla, la ley ha sacado una consecuencia importante: el derecho de la sociedad a no reconocer ninguna transferencia hasta haya sido designado el único titular de la acción. Pero hay otras igualmente notables: el derecho de la sociedad a repetir de cada heredero

el total importe de la acción y de rehusar los pagos parciales ofrecidos por cada uno de éstos; la imposibilidad de quien ha cedido una acción de reservarse contra la sociedad el derecho a los dividendos relativos al tiempo en que era accionista"" (18)

La regulación de la circulación de las acciones varían según sean nominativas o al portador. El Código de Comercio no habla de acciones a la orden.

De conformidad a los Arts. 146 y 164, para ejercer los derechos derivados de las acciones al portador, basta la presentación de los mismos.

En lo que toca a las acciones nominativas, el Art. 154 prescribe que son transferibles por medio de endoso o por cualquier otro medio previsto en el derecho común, seguido de registro en los libros que al efecto llevará la sociedad.

Como puede deducirse de lo dicho, la circulación de las acciones nominativas tiene mayores trabas, pues en los dos casos que menciona el artículo citado, se precisa de la intervención, por un lado, de un Notario u otro funcionario público; desde luego que se sujeta la transmisión al derecho común y del otro, debe la sociedad hacer la anotación en los libros para tener como accionista al nuevo tenedor.

Veamos ahora lo relativo a las acciones preferidas.

El Art. 145 establece que las acciones confieren iguales derechos...y añade: "Sin embargo, en la escritura social puede estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones, con derechos especiales para cada clase, observándose siempre lo dispuesto en el Art. 36".

Así pues, dentro de nuestra legislación se han reconocido entre otras dos categorías de acciones, las comunes y las preferidas, que en doctrina se llaman también privilegiadas. El principio contemplado en la parte primera del artículo citado no es absoluto.

El fundamento de esta clase de disposiciones puede encontrarse en el afán de que se den las condiciones propicias para que se alleguen masas de capital a las distintas industrias y comercios.

El Código de Comercio ha regulado distintos derechos preferentes para las acciones privilegiadas, Art. 159 puede establecerse...diversas clases de

acciones, pero en caso de que no se especifique tal circunstancia en el pacto social, habrá una sola clase de ellas.

Es decir, que si se establecen varias clases de acciones pueden ellas tener uno más de los siguientes privilegios: a) participación en las utilidades; b) reembolso preferente en caso de liquidación de la sociedad; c) derecho de voto en las asambleas, este no sería propiamente un privilegio, desde luego que todas las acciones dan derecho a voto.

En lo que se refiere en la preferencia al reparto de utilidades, el Art. 161 dice que las acciones ordinarias no pueden asignarse dividendos sin que antes se señale a las de voto limitado (Art. 160) un dividendo no menor del 6% sobre su valor nominal. El inciso segundo del mismo artículo indica que las acciones de voto limitado se les señale un dividendo mayor que el de las ordinarias.

El inc. 4o. del Art. 161 habla de que las acciones preferidas de voto limitado se reembolsarán primero que las ordinarias.

La prescripción del Art. 160 de que cada acción preferida da derecho a un voto, concuerda con el Art. 164 que dice que los accionistas dispondrán de tantos votos como acciones les pertenezcan, de tal modo que debe respetarse esta última disposición que tiene íntima relación con el Art. 169, el cual a su vez indica que será nulo todo pacto que restrinja la libertad de voto de los accionistas.

En los Arts. 217 IV y 218, queda regulada otra categoría de instrumentos que no son propiamente acciones, pero que tienen una entidad semejante, son los certificados de goce. Estos certificados se dan cuando el contrato social autorice la amortización de acciones con utilidades y se otorgan a los poseedores de las acciones reembolsadas; no tienen derecho a voto, pero confieren el derecho a participar en las utilidades líquidas después de que se haya pagado a las acciones no reembolsadas el dividendo señalado en la escritura social.

Estos certificados se emiten de conformidad a lo establecido en el Art. 217 citado, a través de un decreto de la Junta General, luego de un balance

que determine el valor real de las acciones. Los certificados se emiten sólo en contra de acciones totalmente pagadas. Las acciones que se van a amortizar se designan por sorteo. Así los poseedores de los certificados de goce continúan recibiendo utilidades de la sociedad, por supuesto que con ciertas limitaciones.

Los certificados de goce, aún cuando no otorgan la calidad de socio, sí deben considerarse con un título de crédito. Algunos autores consideran certificados de goce sustitutos de las acciones amortizadas con utilidades; son verdaderas acciones y los poseedores de los mismos deben ser considerados como socios.

De conformidad a lo establecido en el Art. 217 y en el 218, los certificados de goce: 1o.) se otorgan a los tenedores de acciones reembolsadas con lo cual se puede asumir que se les restituye su aporte;

2o.) Estos certificados dan derecho a la participación en el reparto de utilidades, después de que se hayan pagado las acciones ordinarias y para el caso de que se liquide la entidad, los poseedores de dichos certificados concurrirán con los títulos no reembolsados en el reparto del haber social, después de que a éstos se les haya devuelto su aportación, a no ser que el pacto social disponga otra cosa;

3o.) No conceden los certificados de goce, el derecho de voto en las asambleas, de tal manera que el titular de un certificado pierde la calidad de accionista y se convierte en un acreedor de la sociedad por las utilidades y la concurrencia al reparto en caso de liquidación

La doctrina ha considerado que la calidad de acreedor se fundamenta, para el poseedor de los certificados en el llamado "negocio en participación" que nuestro Código de Comercio llama contrato de participación, Art. 1519, el cual se caracteriza por el interés común en las utilidades de las operaciones empresariales.

Aparte de los certificados de goce existe otra clase de títulos emitidos por la sociedad, llamados bonos de trabajador que aparecen reglamentados en el Art. 216. El precepto indicado es, a no dudarlo, el fundamento para -

que las personas que contribuyen con su esfuerzo personal a la buena marcha de los negocios, participen de sus beneficios, (Ver exposición de motivos del Anteproyecto).

Los bonos de trabajador son creados por un acto de liberalidad de los socios, Brunetti, sobre esta cuestión de los bonos de trabajador dice: ""Pero las dificultades interpretativas de esta infeliz disposición no terminan aquí. Los prestadores de trabajo a lo que han de ser individualmente asignadas las acciones, forman una masa fluctuante: hoy están, mañana no; hoy la empresa tiene cien obreros, dentro de seis meses puede tener quinientos o la mitad ¿cómo se puede hablar de una asignación individual y por consiguiente nominativa? ¿por qué tendría que gozar del beneficio solamente los dependientes que están en servicio el día del acuerdo y no aquellos que han ingresado posteriormente?. La atribución individual de acciones en una empresa que cuenta un gran número de obreros es prácticamente irrealizable y da lugar a peligrosas desigualdades""

(19) Brunetti, Tratado de las Sociedades, pág. 158

Y sobre el mismo tema se pronuncia uno de los redactores del Proyecto de Código de Comercio, el Dr. Roberto Lara Velado, en los siguientes términos: ""De manera específica, podemos señalar las modalidades siguientes: 1) Aquellas sociedades que dan a sus trabajadores participación en las utilidades, mediante la emisión de bonos de trabajador; esta participación puede darse a los trabajadores individualmente, por regla general a aquéllos que llenan ciertas condiciones, como cierto tiempo de trabajar en la empresa, importancia de sus servicios u otras similares; también puede darse esta participación a los organismos sindicales de los trabajadores de la empresa, cuando dichos trabajadores están organizados. 2) Participación en el manejo de la sociedad, mediante la admisión de representantes en trabajadores en los organismos directivos -- de la misma; estos representantes pueden ser electos por la totalidad de los trabajadores, o por las directivas sindicales de las organizaciones a que éstos pertenecen. 3) Participación en el capital de la sociedad, mediante la figura denominada accionariado obrero; la sociedad destina cierto número de acciones a sus trabajadores, las cuales pueden haber sido pagadas previamente por los capitalistas, o pagarse con las utilidades que a los trabajadores correspondan;

dichas acciones pueden adjudicarse individualmente a los trabajadores que cumplan con determinados requisitos, o a las organizaciones sindicales a que los trabajadores de la sociedad pertenezcan; generalmente, estas acciones no pueden transferirse por los trabajadores y deben ser devueltas por éstos a la sociedad, en caso de retiro; pero en este caso, la sociedad está obligada a liquidar y pagar el valor real de las acciones al que se las devuelva, de conformidad al último aprobado".

Antes de terminar esta parte, trataremos lo que nuestro Código llama bonos de fundador, según se ve en los Arts. 210 y sig.

La ley determina que estos bonos tendrán una participación que no exceda del diez por ciento de las utilidades líquidas anuales, durante un período no mayor de diez años a partir de la constitución de la sociedad.

Doctrinariamente estos títulos no llevan aparejada la condición de socios, sino nada más que la de acreedor de la sociedad, condición que permite participar en el reparto de utilidades, pero que no da derecho de voto y a concurrir en el reparto del haber social luego de la liquidación.

En cuanto a lo dicho es bueno que conozcamos las razones de haberse incluido en el Código de Comercio tales títulos de participación, el Dr. Roberto Lara Velado, uno de los redactores del Proyecto de Código, hoy Ley de la República, dice: "Se conocen como socios fundadores los firmantes de la escritura de constitución simultánea; y los firmantes del programa, en el caso de la constitución sucesiva o pública; estas personas tienen derecho a cierta remuneración, por la promoción del negocio a que se dedica la sociedad; algunas legislaciones extranjeras les acreditan acciones liberadas, de las cuales se ha hablado más arriba, pero en nuestro derecho no están contempladas, por cuanto merman, aunque sea temporalmente, la garantía de los acreedores; en términos generales, no puede acreditarse a los fundadores ninguna ventaja que menoscabe el capital de la compañía. Los bonos de fundador no son acciones, por lo tanto no representan parte del capital social ni dan derecho a participar en forma alguna en la administración de la compañía; simplemente amparan el derecho a participar en las utilidades. Pueden emitirse con carácter

intransferible, o en forma nominativa, en cuyo caso necesitan autorización de la administración social para ser transferidas; o al portador, los cuales se transfieren libremente; su duración máxima será de diez años; pueden combinarse con plazos extraordinarios hasta de diez años, concedidos a sus titulares para el pago de acciones suscritas por los mismos, siempre que se estipule que los dividendos que le corresponden se abonarán al pago del capital suscrito, en cuyo caso sólo pueden transferirse simultáneamente con las acciones suscritas a cuyo pago contribuyen, y a las mismas personas que adquieren éstas". (Pág. 95 Revista de Derecho No. 2, Año 1)

El Art. 141 prohíbe a las sociedades adquirir sus propias acciones; pero en el mismo artículo se establece una salvedad: "salvo por remate o adjudicación judicial".

Esta operación de adquisición de las propias acciones es muchas veces una buena medida dentro de hacer económico de la sociedad, pero puede darse el caso en que se tuerza la intención para que caiga dentro del campo de una verdadera maniobra de lucro o interés.

El Art. 142 dispone que la sociedad no podrá hacer anticipos ni préstamos sobre las acciones que emita.

A primera vista no se ve claramente cuál es el objeto de una disposición como esta, pero si nos detenemos un poco a pensar en la operación, sacamos las siguientes conclusiones: el artículo impide que con el préstamo o el anticipo que se haga se compren acciones; por otra parte, se evita el que las garantías que le son debidas, en este caso las acciones, se vean reducidas a cero en razón de cualquier eventualidad durante la que podrían tener necesidad de hacer uso de tales garantías.

La disposición ha sido redactada en forma terminante: en "ningún caso"... por lo que de realizarse una operación de esa naturaleza sería nula de conformidad con la norma fundamental que expresa el derecho civil y que se aplica al mercantil: Art. 10 C. Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto se designe otro efecto que el de nulidad en caso de contravención".

¿Qué pasa cuando la propiedad de la acción se divide? ¿Qué sucede en los casos de transmisión temporal del dominio? El Art. 132 contiene disposiciones de suma importancia, desde luego que se refiere a las situaciones objeto de las anteriores preguntas, y responde a las mismas.

En virtud de la indivisibilidad de toda acción que señala el Art. 130, hay que considerar las distintas circunstancias a que puede dar lugar la división del dominio o la transmisión temporal del mismo a otra persona distinta del titular de la acción.

Hay que distinguir en lo que se refiere a las acciones nominativas o al portador para determinar el régimen que se les aplicará, con relación a las acciones al portador ya se sabe que en virtud del Art. 164 el poseedor está legitimado para ejercitar las facultades derivadas del título. En cuanto a las acciones nominativas debemos tomar como punto de partida el que existe un registro de accionistas (Art. 155) y que en él se anotan los gravámenes y trasposos que recaen sobre el título, de tal modo que no producirán efecto alguno frente a la sociedad las acciones dadas en prenda o en usufructo, para el caso, si no hay anotación en los libros sociales de tal circunstancia (Art. 153 No. II). Ahora bien, la prenda debe constituirse a través de la entrega del título valor el cual se endosa con la cláusula "en prenda" Art. 668 y 1531 No. V.

El Art. 2145 del Código Civil que se refiere a la prenda dice que el acreedor prendario no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Esta disposición está en conforme regulación de la prenda de acciones, pero tal situación no tiene justificación si consideramos lo siguiente: El socio participa en la vida de la sociedad, principalmente a través del derecho de voto, lo que puede, en determinados casos, afectar el patrimonio de la entidad, así que el acreedor prendario tiene interés también en el patrimonio de la compañía, de tal forma que si se permite que el deudor, socio de la entidad, ejerza sus derechos, podría darse el caso de que el derecho del acreedor pignoraticio se redujera a la nada a través del voto del socio. Tal razonamiento puede aplicarse al caso del usufructuario de acciones. No obstante nuestra ley dispone lo contrario.

En lo que se refiere al depósito de acciones, hay que hacer constar que deberá entregarse las cantidades recibidas en virtud de las operaciones sociales al tiempo de expirar el depósito constituido.

También existe el depósito de títulos valores en las instituciones bancarias, Art. 1202.

En último término hablaremos de las acciones dadas en comodato, por el que una de las partes entrega a otra, gratuitamente, una especie, muebles o raíz para que haga uso de ella, y con cargo de restituirla misma especie después de terminado el uso. Art. 1932 C.Civil. De este modo el comodatario debe seguir las cláusulas del respectivo contrato.

Según el mismo artículo 132 los derechos patrimoniales, o sea participar en las utilidades, de recibir a la hora de la liquidación la parte correspondiente del haber social, etc. serán ejercidos por el tenedor legítimo de las acciones con el alcance que el pacto o la ley determinen. (Inciso 2o. Art.132)

En el caso de transmisión temporal y revocable del dominio el adquirente ejercerá todos los derechos propios del accionista, con los efectos que la ley o los pactos hayan fijado. (Inc. 1o. Art. 132).

Caso del socio único por haber pasado a sus manos todas las acciones.

El Art. 357 regula la materia referente al caso de que la sociedad pase a manos de un solo socio. Este tema lo trataremos con mayor extensión en el capítulo referente a la disolución de las sociedades; por ahora bástenos decir lo siguiente: la ley ha resuelto a través de este artículo, un viejo problema que se había dado en casi todas las legislaciones, pero como se decidió que la realidad jurídica se igualara a la realidad económica, el problema dejó de serlo. Y es que podría darse la situación de que una persona escogiera este cómodo expediente para limitar su responsabilidad, de tal manera que con el artículo citado de por medio se evita esa maniobra.

Si resumimos lo dicho en las anteriores páginas podemos hacer una exposición así:

Defínese la acción al decir: que es una parte del capital social, representada por un título transmisible y negociable, en el cual se incorporan los -

derechos del socio, de naturaleza indivisible y responsabilidad limitada.

Puede que la definición no sea completa, pero para los efectos de este trabajo consideramos que es suficiente, pues de lo contrario entraríamos a un campo que no nos corresponde.

La acción puede ser vista a través de varios enfoques;

a) Como parte alícuota del capital social; b) Como conjunto de derechos del accionista; y c) Como título valor que ampara los derechos del accionista.

El primer literal no requiere mayores explicaciones, solamente que es una de las partes iguales en que se divide el capital social.

Por los derechos mencionados en la letra b) puede decirse que son: 1) Patrimoniales y 2) Sociales.

En virtud de los primeros se tiene derecho a percibir utilidades, de conformidad a lo establecido en la escritura o en la ley. Se tiene derecho a recibir después de la liquidación la parte del haber social que se le adjudique a la acción.

Se tiene el derecho de gravar y traspasar la acción, asimismo el derecho de opción a suscribir proporcionalmente nuevas series de acciones que se emitan o series de bonos y obligaciones negociables.

Los derechos sociales son los siguientes: puede el socio o accionista participar en la Administración de la entidad, mediante el voto en las juntas generales. Por otra parte, existe la facultad de optar a cargos en los organismos directivos de la sociedad anónima.

Existen varias clasificaciones de las acciones. Sólo daremos las que consideramos más importantes.

Por los derechos que confieren: puede ser comunes o preferidas, Arts. 129, 145 y 159.

Por su emisión y transferencia: nominativas y al portador, Arts. 147, 149 y 153.

Por los compromisos de sus tenedores: pagadas y pagadoras, Arts. 134, 135 y 136.

Comunes: las que confieren los derechos inherentes a la calidad de ac-

cionista, patrimoniales y sociales, Art. 145.

Preferidas: gozan de pago preferente en ciertos casos, principalmente en recibir un porcentaje determinado de su valor nominal en concepto de dividendos, llamados dividendos garantizados, Arts. 159 y sig.

Las nominativas se emiten a nombre de persona determinada y se transfieren por endoso seguido de registro en los libros de la sociedad, Arts. 153 y 154.

Las acciones al portador pertenecen a quienes las poseen materialmente, para transferirlas basta su simple entrega, Art. 154 inc. final.

Las pagadas son aquellas cuyos titulares han aportado todo su valor

Pagadoras las que no han sido pagadas en su totalidad.

Las acciones pueden tener tres valores: 1) Valor nominal: el que aparece en la escritura social, resulta de dividir el capital social entre el número de acciones; 2) Valor contable o real: el que tiene la acción si se liquidara la sociedad, se obtiene dividiendo el haber social entre el número de acciones; y 3) El valor comercial o de mercado, es el precio que se paga por cada acción en un momento dado.

Si consideramos a la acción como título, es un título valor, valga la redundancia, que representa la participación de un tenedor, tanto la parte alícuota del capital social como los derechos del accionista.

Es un documento destinado a circular, se transfiere de un tenedor a otro. Mientras la escritura no se inscriba, no puede haber emisión de acciones porque el pacto causal de las mismas no tiene existencia legal.

Según el Art. 149, las acciones deben contener ciertos datos, entre ellos: identificación de la sociedad emisora, denominación, domicilio, plazo social. Por otra parte, la fecha de la escritura, nombre del Notario y la inscripción en el Registro de Comercio. Deben contener, asimismo, la indicación de si son nominativas y en este caso, aparecerá también el nombre del poseedor; si son al portador es suficiente indicar tal calidad. Lo necesario para identificarlas: serie, número o detalles similares.

Es imprescindible que aparezca en el texto la información para determinar si la acción ha sido pagada totalmente o sólo en parte; y, como requisito final,

las firmas de las personas que según la escritura social deban suscribirlas.

Cabe hacer la advertencia que al modificar la escritura social, si las alteraciones afectan a las acciones, se hace indispensable cambiarlas por nuevas, anulando las primitivas.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO VI

- (16) Brunetti, obra citada, página 107, T. II
- (17) Brunetti, obra citada, página 108, T. II
- (18) Vivante, obra citada, página 200, T. II
- (19) Brunetti, obra citada, página 168, T. II
- (19 bis) Revista de Derecho No. 2, citada, página 96

CAPITULO VII

EL BALANCE EN LA SOCIEDAD ANONIMA

El Código de Comercio no da un concepto de lo que es el balance, pero en el Art. 282 dice que las sociedades anónimas practicarán anualmente por lo menos, un balance que contenga con EXACTITUD el estado de cada una de las cuentas, la especificación del activo y del pasivo y el monto de las utilidades o pérdidas que se hubiesen registrado; irá acompañado del respectivo estado de pérdidas y ganancias. Y el Art. 443 inc. 1o. dice: "Todo balance general debe expresar con veracidad, y con la exactitud compatible con sus finalidades, la situación financiera del negocio en la fecha a que se refiera. Sus renglones se formarán tomando como base las cuentas abiertas, de acuerdo con los criterios de estimación que se precisan en el artículo siguiente".

El balance es el resumen o compendio de los documentos contables.

LANGLE Y RUBIO define el balance así: "Es una sintética expresión contable de la situación patrimonial de una empresa mercantil al final de un ejercicio económico". (20)

Mesineo dice: "que el balance es un documento derivado o dependiente o reflejo, adquiriendo su sentido solamente per relationem o sea en cuanto describe una situación contable antes constituida de la que se asume una paternidad en mayor medida que la asumida por aquellos documentos justificativos a los que se refiere la ley y de los que los compiladores del balance obtienen los documentos"(21)

En la redacción de tan importante documento, entran tres órganos de la sociedad: la Junta General, los administradores y el auditor. Arts. 283, 284 y 286.

El Art. 283 establece que el administrador único o la Junta Directiva deben concluirlo en el término de tres meses improrrogables a partir del cierre del ejercicio social. Aunque vemos que la ley habla de balance no podemos menos que concluir de que se trata de un proyecto del mismo.

El mismo artículo citado dispone que tal documento debe ser entregado al auditor dentro del plazo indicado, quien a su vez tiene un término de treinta días para formular su dictamen con las observaciones y proposiciones que estime convenientes.

Es decir, que el Auditor no interviene en la redacción del documento, pero efectúa una comprobación e inspección con ayuda de los libros e instrumentos contables, con un dictamen a la Junta General sobre su labor. Esto relacionado en las obligaciones que le señala el Art. 291 No. VI.

El Art. 285 señala que el órgano administrativo deberá poner a disposición de los accionistas el balance con sus anexos y el dictamen del auditor en los términos del Art. 236.

El Art. 286 prescribe que la Junta General discutirá los términos de la memoria anual y demás documentos, con el deber de resolver sobre su aprobación o rechazo y tomar las medidas que estime convenientes.

Si la Junta General aprueba la gestión, el proyecto de balance se convierte en definitivo. La Junta General puede rechazarlo o modificarlo. Si lo rechaza debe convocar a nueva Junta General para los efectos correspondientes.

El balance se refiere a un año de ejercicio, según el Art. 282 de tal manera que es lo que se denomina un "balance de ejercicio".

Tenemos entonces que la situación financiera de la sociedad se obtiene a través de la comparación de lo que indica el balance con los resultados del ejercicio anterior. La consistencia del patrimonio se establece a través de la deducción del pasivo del activo. El aumento que no se repartió acrecerá al patrimonio anterior. Si las deudas superan al patrimonio activo al final del ejercicio, el balance será pasivo, si el patrimonio que existía al empezar las operaciones del ejercicio superan al que aparece al fin, habrá una pérdida.

De lo dicho tenemos que el balance es el índice de los cambios habidos en el patrimonio durante un ejercicio anual. De ahí surge también la parte de las utilidades que se podrán repartir. El Art. 223 indica que la Junta General que aprueba el balance, según el No. IV de la disposición, ordena la distribución de las utilidades.

Los resultados que arroja la contabilidad y que figuran en el balance, se someten a una escrupulosa regla que debe seguir el camino que le traza la ley, tal y como lo reglamenta el Art. 443 y sig., disposición esta última que es el producto de una concienzuda labor de experiencias en el trajinar de las empresas

y otras legislaciones, ahora plasmada en nuestro cuerpo legal.

Es así como el balance anual tiene un propio fin definido por la ley, diferente de cualquier otro tipo de balance.

Ese estado de pérdidas y ganancias que lo debe seguir necesariamente, da por sentado los valores que se le asignan a los componentes del patrimonio y que están contenidos en el balance. Debe pues, concordar su resultado con el del balance, ya que el estado de pérdidas y ganancias es el desarrollo del mismo. Como bien lo expresan de una manera por demás gráfica, los tratadistas en materia contable, el balance es una fotografía fija y el estado de pérdidas y ganancias una película.;

El objeto del balance anual, como se ha señalado por los autores, queda establecido como una imperiosa necesidad de valorar en su justa dimensión el patrimonio de la entidad. No se pretende con él, llegar a un estado final de cuentas, sino a conocer cuál es el verdadero rendimiento económico de la sociedad. No puede extraerse de su contenido un resultado definitivo, puesto que es hasta la terminación total de las operaciones sociales cuando se sabrá si la empresa fue un éxito o una derrota mercantil.

La diferencia que se establece entre las utilidades brutas y netas y que aparece de manifiesto en este tipo de balances es adecuada a la necesidad de que la sociedad rinda en forma sostenida. De aquí que de las utilidades se haga uso en aquellos casos en que haya que afrontar los gastos que supone el sostenimiento de los elementos que componen la compañía y además de que se está listo para los casos en que por casos imprevistos surja una pérdida en el desarrollo de actividades futuras.

Hacemos énfasis en que la finalidad u objeto de este tipo de balance no es sólo para que vea la situación económica y el resultado de la gestión financiera de la empresa, sino que podemos añadir otros elementos de juicio que fundamentan la finalidad de esta clase de documentos.

1) Como se ha repetido a lo largo de estas páginas, el interés de legislador es mantener incólume en todo momento la debida correspondencia entre el capital y el patrimonio. Es por eso que se establece como una obligación la formación del balance anualmente, Art. 282; y la debida publicación del mismo, Art. 286. sobre tan interesante tema. De Gregorio opina: "La obligación de ha-

cer públicos, aunque sea en medida limitada los negocios propios es, por lo general, un no despreciable freno contra los abusos; pero también sirve directamente -porque el balance, si es regular, impide la distribución a los accionistas de - beneficios que no sean efectivamente conseguidos-, sirve para la formación de - la reserva legal y de aquellas otras, eventualmente establecidas en el acto constitutivo y que son una especie de refuerzo del capital social; sirve para limitar la compra, por parte de la sociedad, de propias acciones, y finalmente, revela un estado de hecho que obliga a recurrir a oportunas disposiciones en caso de - disminución del capital social" (22)

2) A través del examen del balance pueden los socios tener el debido conocimiento del estado de las operaciones y negocios sociales.

3) El balance es la base sobre la que se procede al reparto de utilidades, unido al estado de pérdidas y ganancias. El Art. 38 dice que el reparto de - beneficios nunca podrá exceder de los que realmente se hubieren obtenido, conforme al balance y estado de pérdidas y ganancias.

El Art. 282 dice que: "El balance debe contener con EXACTITUD el estado de cada una de las cuentas" y el Art. 443 dice: "Todo balance general debe expresar con VERACIDAD y con la EXACTITUD...etc."

El uso de la palabra veracidad ha sido criticado por los autores, en forma acre, con mucha mayor razón si consideramos que las valoraciones que se establecen en el balance no son meras aplicaciones de criterios matemáticos - sino que verdaderos juicios de valor y que dependen en mayor o menor grado de la apreciación subjetiva del redactor. Por otra parte, es preferible que - se peque por omisión y no porque se ha valorado en demasía un determinado elemento de composición del balance. Por esto consideramos poco feliz la palabra que emplea la ley, y sí estimamos aceptable lo de la exactitud.

En la redacción del balance se reconocen tres directrices principales:

a) El balance debe ser unitario, pues ha de tornar visible la redacción del balance;

b) Debe ser continuo, con dos fases que lo integran: En cuanto a la forma por el hecho de que su contenido debe adecuarse a los balances de ejercicios

precedentes. En cuanto a la materia porque deben apreciarse sus elementos desde el mismo punto de vista y con los mismos criterios de valoración que los usados en ejercicios anteriores.

c) Debe ser periódico, tal como lo ordena el Art. 282, redactado al finalizar cada ejercicio anual.

ESTADO DE PERDIDAS Y GANANCIAS - (1)

Los Arts. 282 y 441 hablan del estado de pérdidas y ganancias el cual contiene una síntesis de los resultados obtenidos en un determinado lapso. El segundo de los artículos citados dice que el comerciante debe establecer, por lo menos una vez al año, la situación económica financiera de su empresa.

El estado se forma por dos partidas contables: el debe que se refiere a -- gastos y pérdidas y el haber para las utilidades.

El balance pone de manifiesto el estado del patrimonio social en un momento dado y el estado de pérdidas y ganancias permite determinar en forma compendiada los estados correspondientes.

Zappa define el estado de pérdidas y ganancias de la siguiente forma:

""La cuenta de pérdidas y ganancias es la cuenta general de la gestión; es la -- máxima cuenta sintética de rédito; y entre las cuentas de rédito la más expresiva que resume todas las demás y las compone de forma que las unifica para la de-- terminación de las resultancias. La cuenta de pérdidas y ganancias es una cuenta de síntesis anual; sólo el cierre del ejercicio, por lo general, recoge los resultados ofrecidos por las demás cuentas que sólo actúan mientras transcurre el ejercicio. A fin del ejercicio, la cuenta de pérdidas y ganancias pone de relieve, directa o indirectamente, agrupados en las partes adecuadas, en el ha-- ber, los elementos positivos y en el debe los elementos negativos del resultado del ejercicio y determina por el balance el resultado de ejercicio, el benefi-- cio o provecho si el saldo en el debe, y la pérdida si el saldo está en el ha-- ber"" (23)

Surge así la tremenda importancia del artículo 37 que dice: "Si hubiere pér-- dida del capital deberá reintegrarse o reducirse en el caso del ordinal 7o. del --

Art. 444, antes del reparto o asignación de utilidades". Y el Art. 38. El -- reparto de utilidades nunca podrá exceder del monto de lo que realmente se hubiere obtenido, conforme al balance general y estado de pérdidas y ganancias".

NATURALEZA JURIDICA - (2)

El balance no es una declaración de voluntad de la sociedad. En apoyo de esta aseveración citamos las magistrales consideraciones de Brunetti, basadas en -- las explicaciones de Messineo, así: .

""a) El balance, antes (Arts. 2423 y 2432) y después de la aprobación no es nunca una declaración de voluntad. Es un documento derivado y dependiente, en cuanto una situación contable preconstituída, de la que no asume la paternidad en mayor medida de como la asumen los documentos justificativos y la memoria de los administradores a que se refiere el Art. 2432. El substractum del balance ha de buscarse en la realidad y en la sustancia de las relaciones jurídicas formadas, en cada caso, por la sociedad. No anuncia, ni más ni menos, que esta realidad.

b) El balance no es declaración de voluntad teniendo esta expresión valor técnico sólo cuando ejercita una función dispositiva, de constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico o un derecho subjetivo. Debe excluirse que los -- administradores presenten el proyecto de balance y entiendan con ello emitir una declaración de este género, que por ser dirigida a la asamblea, que es otro órgano de la sociedad, no puede ser la destinataria.

c) El balance formado por los administradores es un proyecto que el colegio de censores de cuentas revisa y corrige (Art. 2432). La asamblea lo aprueba como emanación de su órgano administrativo y el acto de aprobación se confunde con el proyecto "por lo que si en hipótesis se quisiese aislar en el balance lo que es obra exclusiva de los administradores (el proyecto), el resultado -- sería que aquel es un acto pendiente y, como tal, no podría revestir ningún -- carácter de obligatoriedad para la sociedad respecto de nadie.

d) El acuerdo de aprobación del balance es un acto social con eficacia meramente interna, que se limita a reconocer una situación patrimonial de la -- sociedad, tal como queda expuesta por los administradores. Esta eficacia no --

relevante para terceros sino sólo para los socios, a los fines de la distribución de los beneficios o de la eventual reducción o reintegración del capital perdido (Arts. 2433).

e) Formalmente la aprobación no puede entenderse como adopción por la asamblea de las resultancias del balance (razón por la que no se puede ver en él una confesión extrajudicial o una ratificación). La responsabilidad por la exactitud de las partidas del balance no se transfiere de los administradores o de los censores de cuentas a la asamblea. La responsabilidad por la falsedad sigue para aquellos, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores sociales (Arts. 2392, 2395 y 2407). "El balance sigue siendo esencialmente obra de los administradores y la asamblea puede declararles responsables por las valoraciones exageradas o por los errores; de otro modo existiría una cooperación en la culpa o en la negligencia que excluiría la acción de un culpable contra otro".

f) la aprobación no convierte a la asamblea en autora del balance; en ella se produce una simple anotación de la situación patrimonial indicada en el proyecto de los administradores. Por eso le es extraño todo carácter atributivo de derechos patrimoniales frente a terceros. Solamente tiene efecto atributivo de conformidad con el objeto de la sociedad, el acuerdo sobre la distribución de los beneficios a los socios (Art. 2433).

g) Siempre que el balance no sea falso y no contenga enunciados inexactos, como documento es un medio de prueba lo que enuncia (o sea de la verdad de las declaraciones que contiene, dentro de los límites en que tiene valor un documento privado). De esta forma es una declaración porque está ligada a los elementos contables que reproduce, y una declaración de ciencia, no existiendo, en ésta, una confesión extrajudicial; si en ésta existiese un negocio de declaración, faltaría aquí la bilateralidad que es índice del mismo. En el balance, sigue Messineo: "convergen para el mismo fin (prueba) el documento y el contenido del mismo: el balance es, al mismo tiempo, el documento que contiene la prueba y el acto, o sea la declaración de naturaleza probatoria que está consignada en el documento" (23). A las palabras anteriores nada tenemos que agregar, ambos maestros Brunetti y Messineo, no dejan lugar para ello.

El Art. 278 dispone que la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad se extingue por la aprobación de la memoria anual, etc. Sobre este tema trataremos en capítulos posteriores, por ahora basta con el enunciado en referencia a la redacción del balance y a su naturaleza jurídica.

CONTENIDO DEL BALANCE ... (3)

Aunque este tema pertenece en gran parte a la ciencia contable y a los tratados sobre la materia, daremos un rápido vistazo a las principales disposiciones del Código de Comercio que a ella se refieren.

La ley en el Art. 443 establece lo que se llama un esquema para la redacción del balance. El por qué de esta disposición puede hallarse en lo siguiente: el legislador al haber adoptado tal criterio, crea normas que redundan en una mejor administración. Además, debe tomarse en cuenta que al indicar las distintas partidas ello deviene en beneficio de la claridad que debe imperar en este tipo de documentos.

El esquema que la ley señala puede decirse que es teórico, de tal modo que pueden faltar algunos elementos que correspondan a situaciones de orden económico-contable, que ocurren en sociedades cuyas operaciones alcancen grandes dimensiones, de tal modo que en la realidad deben hacerse figurar en el balance otras cuentas no señaladas por la ley.

El Art. 443 ha distinguido entre el pasivo y el activo, el No. II lit.e) incluye el capital y las reservas, exigencia que se fundamenta en criterios de la ciencia contable, los autores consideran que jurídicamente esto no tiene asidero. Asimismo, se considera que la colocación de las utilidades en el pasivo no tiene base, pues no es congruente que la utilidad se coloque en el pasivo sin que sea una verdadera partida del mismo. La única razón que se aduce, es que tal medida se toma a efecto de que cuadren ambas secciones del balance.

Omitimos comentarios a las disposiciones contenidas en el Art. 443 porque hay sobre el tema suficiente literatura, que no justificaría de nuestra parte un comentario más amplio, pues los autores han desarrollado el tópico con una amplitud quizás imposible de superar, más aún, la claridad en la exposición ---

difícilmente puede ser igualada.

VALOR DE LAS PARTIDAS DEL ACTIVO (4)

Trataremos de un punto que sí puede tener alguna relevancia para nosotros como el valor que las distintas partidas que componen el activo del balance, lo que dentro de nuestro cuerpo de leyes está tratado en el Art. 444 del Código de Comercio.

El No. 1 dice: "Los inmuebles, las instalaciones, las maquinarias y los muebles no se computarán por un valor superior a su precio de costo, salvo el caso de revaluación en las condiciones legales. Anualmente deberá constituirse una reserva para su depreciación o cargarse a pérdidas las cuotas correspondientes, excepto las tierras".

Se trata aquí del valor que debe darse a bienes que duran por lo general un lapso considerable y que la sociedad no pone en venta, sino que son elementos para el movimiento del patrimonio, de tal forma que la entidad depende en mucho de ellos.

Queda prohibido a través de esta disposición el que tales bienes sufran una revaluación llamada "revaluación económica". Esta prohibición no aparece manifiesta en la ley, pero sí puede deducirse del mandato de la disposición sobre la constitución de una reserva de depreciación o el deber de cargar a pérdidas las cuotas correspondientes.

El criterio que adopta el legislador es un tanto más complejo que el de la simple depreciación a efectuarse para cada redacción del balance en proporción al deterioro o consumo de dichos bienes en el ejercicio al que el balance se refiere. Esta regla puede aplicarse sin problemas en la hipótesis de que la empresa operará sobre las mismas condiciones con que se constituyó, pero si ocurre una variante en lo que se refiere a los rendimientos de producción, en razón de una buena organización o porque se den condiciones óptimas en el mercado, entonces se hará necesario una adecuación a estas circunstancias, al mismo tiempo que se impone un reajuste en estimación de la depreciación hasta hacerla coincidir con las verdaderas condiciones económicas empresariales.

Así pues, si se pretende elaborar un balance que sea exacto reflejo de la situación, se torna imperioso el valúo de los bienes señalados de conformidad con las verdaderas condiciones de la economía.

No. II.- "Las materias primas, los productos en proceso y terminados y las mercaderías se computarán por su valor de costo, excepto en el caso de que el valor promedio de éstos hubiere sido inferior al valor de costo durante todo el año a que se refiere el balance, caso en el que sólo podrá figurar por el valor promedio.

La ley permite a los administradores un cierto margen para la apreciación. Desde luego que son bienes comerciales, no puede haber en rigor una depreciación, si tomamos el vocablo en su sentido técnico.

El valúo a que se refiere este ordinal señala dos criterios: el precio o valor de costo y el precio de mercado. Es una medida bastante restringida, pero que evita se atribuya a las cosas un sobreprecio que luego puede ser desacreditado en el momento de su enajenación.

Adviértase que existe una inseguridad en el precio de costo y por el otro lado, una indefinición en el precio de mercado. Con esta observación debemos también aclarar que por precio de costo no debe entenderse el precio de compra del bien, sino que hay que cargar al mismo los componentes que lo integran, según lo aconseja la ciencia contable, tal como fletes, seguros, comisiones, etc., los cuales deben tomarse en cuenta para un verdadero valúo.

En cuanto al precio de mercado el valuador tomará en consideración lo siguiente: a) los precios que imperan en las plazas donde habrá de colocarse el bien apreciado; b) la naturaleza misma de las cosas, pues si bien aquellas de fácil deterioro o que deben venderse en determinada época del año, es imperioso tomar en cuenta las condiciones del mercado o de lo contrario, apreciarlos en la cantidad que tendrían si se liquidara la empresa; c) por otra parte, deberá considerarse la condición de la sociedad en el campo financiero; d) además, otros factores que influyen son el monto de las existencias y el período dentro del cual deben realizarse y la frecuencia de las ventas dentro de este tiempo; e) finalmente, si las condiciones generales de la economía hacen imposible prever cualquier cambio en los precios, se necesita de una ----

prudencia suma para vaticinar a partir de los precios actuales de mercado a la época del balance al precio que puedan alcanzar los bienes.

No. III. "Las patentes, los derechos del autor, las concesiones, las marcas de fábrica y demás distintivos comerciales y el llamado crédito mercantil no se computarán por un valor superior al de adquisición o costo; y éste deberá amortizarse anualmente, de tal manera que, al extinguirse el derecho relativo por el transcurso del plazo, haya quedado totalmente amortizado. El crédito mercantil o derecho de llave deberá amortizarse en un plazo que no exceda de cinco años".

Es de dudosa aplicación el precio de costo para estos elementos, dado que el costo solamente puede relacionarse con los gastos que se hacen para poner a funcionar las instalaciones de la entidad, por lo que el precio de compra es un instrumento mucho más eficiente y puede establecerse con mayor facilidad.

Puede cuestionarse el que la ley hable de amortizaciones, pero si consideramos que son bienes para cuya adquisición o compra se efectuó un gasto y su incorporación al patrimonio tiene carácter de permanencia, lo que la ley establece se apoya en la razón. Los bienes a que se refiere este ordinal, no puede decirse que rindan dividendos, ni que se pueda comerciar con ellos, pues muchos no están destinados al tráfico mercantil, ya porque es bastante difícil apreciarlos en su debido valor para proceder a su venta o por cualquier otra circunstancia.

No. IV. Los títulos valores cotizados en bolsa y que produzcan rendimiento fijo, pueden ser computados, bien al valor de la cotización en bolsa que se obtenga como promedio en el ejercicio a que se refiere el balance, o bien en la forma indicada en el ordinal siguiente.

Para la valuación de estos títulos pueden seguirse tres criterios: 1o.) el precio de adquisición o compra; 2o.) el precio de cotización actual; 3o.) el precio medio de cotización.

Con el primer criterio se protege a los acreedores de la sociedad en contra de los repartos ficticios de utilidades como consecuencia de una elevación pasajera de los precios en el mercado de valores. Este criterio es el que más se ajusta a las reglas de prudencia que deben seguirse en esta materia, pero -

la verdad es que no da ninguna imagen verdadera del estado económico del patrimonio social. El fundamento está en que mientras no se realicen los títulos, lo único que permanece es la expectativa de obtener el precio a que se cotizan actualmente, expectativa que jamás será igual a un beneficio percibido, el cual se basaría en la ganancia obtenida por la diferencia entre el precio de adquisición y el precio corriente.

El precio de cotización actual es considerado más exacto porque los elementos integrantes del pasivo deben ser apreciados por el valor que poseen al cierre del ejercicio. No obstante este criterio encierra ciertos riesgos, los cuales devienen de que hacen posible la incorporación al balance de utilidades no percibidas. Así los administradores tendrían en sus manos el instrumento para elevar las cotizaciones en bolsa a través de compras simuladas.

Así pues, la ley adopta el criterio del precio medio de cotización para la valoración de este llamado "capital circulante". Con una regulación flexible para la apreciación, pues se toma en cuenta que pueden sufrir, los títulos, cambios aparte del valor que ellos encierran. Es así como se establece un promedio de cotización durante el ejercicio, ya que sujetarlos a un valor fijo al cierre del ejercicio podría traer como resultado: o a un aumento sin fundamento o igualmente una reducción en iguales condiciones, las cuales quedarían condicionadas a hechos o sucesos propios del azar económico.

No. V.- Esta disposición no necesita de mayores comentarios si consideramos que las acciones no cotizadas sólo podrían valuarse através de su valor nominal o su valor real o contable. El primero podría no ajustarse a la verdadera situación de la empresa. El valor contable o real si se puede obtener el verdadero criterio de evaluación, así pues la disposición legal comentada está más que justificada.

Los títulos valores no cotizados en bolsa y las partes sociales, no podrán valuarse en una cifra superior a la que resulte del último balance de la sociedad emisora respectiva o sea la proporción que resulte de dividir la suma de capital social, reservas y utilidades acumuladas por el número de títulos en circulación.

Los títulos cotizados y las partes sociales, quedan sometidos al mismo criterio de valoración. Esta disposición no necesita de mayores comentarios si consideramos que las acciones no cotizadas y las partes sociales, sólo podrían valuarse en su justo precio a través de su valor nominal o real. El primero podría no reflejar la verdadera situación de la empresa. El valor contable o real si puede dar el verdadero criterio de evaluación, de tal forma que a juicio nuestro tal disposición está mas que justificada.

Los títulos valores no cotizados en bolsa y las partes sociales, no podrán valuarse en una cifra superior a la que resulte del último balance de la sociedad emisora respectiva o sea la proporción que resulte de dividir la suma de capital social, reservas y utilidades acumuladas por el número de títulos en circulación.

Los títulos cotizados y las partes sociales, quedan sometidos al mismo criterio de valoración. Esta disposición no necesita de mayores comentarios si consideramos que las acciones no cotizadas y las partes sociales, sólo podrían valuarse en su justo precio a través de su valor nominal o real. El primero podría no reflejar la verdadera situación de la empresa. El valor contable o real si puede dar el verdadero criterio de evaluación, de tal forma que a juicio nuestro tal disposición está más que justificada.

No. VI. - Los créditos se computarán por su valor nominal, excepto cuando tengan más de tres meses de vencidos sin que se haya logrado su cobro, caso en el cual se constituirá una reserva adecuada para prever el castigo que hayan de sufrir dichos créditos.

Los créditos deberán hacerse aparecer en el balance por su valor nominal, ya que no podría ser de otra manera, pues de los mismos documentos surge su valor. Además de que el valor del crédito sólo puede concretarse, verdaderamente en el caso de que sea cobrable, pero si la posibilidad desaparece no queda otro camino que la constitución de una reserva que cubra tal contingencia. Obsérvese que el balance debe reflejar el verdadero valor económico de los créditos, así pues se inscribirán en el mismo con la condición de que se haga la reserva de referencia.

No. VII. - Los gastos de establecimiento en primera organización pueden

registrarse hasta por la suma efectivamente erogada, si no excede del diez por ciento del total del activo. En todo caso, deberá quedar amortizado en un plazo no superior a cinco años. De igual manera deberán registrarse y amortizarse los gastos para la ampliación de una empresa o para la emisión de obligaciones negociables o bonos.

Los gastos de establecimiento constituyen un bien inmaterial, que tal y como dicen los autores no es una entidad económica.

La doctrina y las leyes han discutido sobre la conveniencia o no de hacer figurar estas partidas en el balance. Unos se han pronunciado contra y otros en favor. Los que adversan este tipo de disposiciones se basan en que ya figuran tales bienes implícitamente en otras partidas del activo, por otra parte se aduce que no puede decirse que tengan equivalente efectivo de tal forma que si se incluye se autoriza el reparto de dividendos ficticios, producto de un activo que no existe.

A lo que se afirma antes se opone la argumentación de que si se prohíbe tal partida en el balance, los gastos que ocasiona se cargarían a un solo ejercicio, los cuales en el mayor número de los casos no se podrían cubrir sin una pérdida y que además debe considerarse que los gastos de establecimiento benefician a todos, por lo que no sería justo que sólo los primeros accionistas corran con ese gasto.

El Código acogió el segundo pensamiento ya que permite la inclusión de tales partidas en el balance pero con ciertos límites, como son a un diez por ciento del total del activo.

Art.444 inc. último.- Cuando sea posible optar entre diversos criterios para la evaluación de un renglón del activo, en el propio balance deberá expresarse cuál es el adoptado.

Entendemos que las reglas que da el Código no son estrictas hasta la exageración, pues no es posible enmarcar dentro de una disposición o disposiciones legales los diferentes matices que alcanzan en el diario acontecer los negocios empresariales. La ley sólo da preceptos para aquellas situaciones normales.

Este inciso final da pie para que los administradores puedan optar por diversos criterios de valoración, pero deberán expresarse en el balance qué regla se adopta, además de que es de rigor justificar ante la Junta General el porque de tales valúos.

Pero el hecho de que exista la facultad de optar por otros criterios no significaría carta blanca en estos asuntos, ya que tal situación acarrearía graves consecuencias y las reglas señaladas serían letra muerta. Para apartarse de las regulaciones del Código debe fundamentarse plenamente la decisión que se tomó.

Art. 445.- Según este artículo se pueden revaluar los bienes registrados en el balance ya que por las diversas fluctuaciones del mercado, éstos pueden verse sometidos a depreciaciones o disminuciones. Para el caso de que se opte por la revaluación, es necesario hacer constar en el balance una reserva especial por el valor de los revalúos hechos, pues pudiera ser que el valor de los bienes no llegue a hacerse efectivo. En la misma disposición se establece que las sociedades no podrán disponer de las reservas sino en el momento de la liquidación o al proceder a la venta de los bienes revaluados.

CAPITULO VIII

ORGANOS DE LA SOCIEDAD

La Sociedad Anónima tiene como órganos los siguientes: a) La Junta General de Accionistas; b) La Junta Directiva o el Administrador único; y, c) El Auditor y el Consejo de Vigilancia. En este capítulo trataremos de la Junta General y en los próximos de la Directiva y del Auditor.

Como lo expresamos en páginas anteriores, la Sociedad Anónima ha sido influida considerablemente por las ideas políticas imperantes en las distintas épocas de la historia. En los antiguos ordenamientos estas sociedades eran gobernadas por los Administradores o Directores con facultades considerables, nombrados por los Soberanos en un tiempo; y por los accionistas mayoritarios posteriormente. Comienza aquí la intervención de los accionistas en los asuntos sociales, pues la intervención de los gobernantes desapareció en virtud de la mayor influencia de los socios. Estos, reunidos en asamblea, son los que deciden acerca de la marcha de los negocios sociales, nombran a los Administradores, aprueban la gestión de los mismos, acuerdan el reparto de utilidades, así, los Administradores se convierten en dependientes de la Junta General.

El siglo XIX es el momento en que la Junta General se destaca como órgano portador de la voluntad de la entidad a través del voto de la mayoría. Adquiere entonces la sociedad un carácter impersonal, se toma en cuenta el capital, la persona no tiene mayor importancia, aunque esta aseveración no debe tomarse en sentido estricto: el accionista sí podría intervenir en la gestión de la empresa por medio de la concurrencia de las Juntas Generales; y mayormente por el ejercicio del derecho de voto dentro de las mismas.

A pesar, como se ha dicho, que la pretensión de las legislaciones ha sido estructurar la Sociedad Anónima como un ente democrático, la realidad se ha encargado de demostrar que no existe tal cosa. En una especie de retroceso, la Sociedad Anónima volvió a tomar las características que anteriormente la diferenciaban, los grandes accionistas tomaron el control de la misma y los pequeños abandonaron el campo delegando su derecho de voto en instituciones bancarias. El golpe de la realidad hizo que la doctrina se pronunciara por una revisión del

sistema de organización de la Sociedad Anónima. Pero, la cuestión se ha quedado hasta cierto punto en la teoría, pues casi nadie ha legislado en el sentido de limitar los poderes de la Junta General y aumentar el de los Administradores, por lo que la concepción antigua de la sociedad persiste ya que se da a la Junta General, la supremacía dentro de la organización social.

Dentro de la estructura del Código de Comercio, la Junta General es el órgano a través del que forma y se expresa la voluntad social; órgano supremo, cuyos acuerdos tomados de conformidad a la ley, obligan a todos: Administradores, Accionistas ausentes y disidentes (Arts. 220 y 247). Más, no obstante, la vida económica de la sociedad se desenvuelve gracias a la gestión que realizan los Administradores, quienes son los que manejan la entidad y la Junta General solo realiza una vigilancia posterior a través del examen de la Memoria Anual, el balance y demás documentos.

Veamos ahora el concepto de Junta General y las notas características de la misma.

La Junta General está constituida por la reunión de los accionistas en un local determinado, convocados al efecto y con las formalidades legales, para deliberar y decidir por mayoría sobre los asuntos propios de su competencia.

De la anterior definición se desprenden ciertos elementos que pueden ser analizados separadamente:

1o.) Reunión de los Accionistas: La Junta se constituye por la presencia física de los socios, con las salvedades del caso, sin que pueda evadirse tal requisito, a través de una nota enviada por el socio dando su adhesión a la Junta o de cualquier otra manera similar.

En la junta deben reunirse sólo los socios, a pesar de que la ley autoriza también la asistencia de otras personas no socios.

Tómese muy en cuenta que la reunión es de los Accionistas pero no de todos, pues habrá algunos que no estarán facultados para asistir a la Asamblea, por cualquier circunstancia que señale la ley. El Código de Comercio, como más alto quórum para que haya reunión válida, señala el de las tres cuartas partes de todas las acciones, por ejemplo: Artículos 243, 187, 176.

La Junta debe celebrarse en el lugar designado en la convocatoria, así que no podrá efectuarse en cualquier lugar.

Es notorio que no se trata de una reunión espontánea de los socios, sino que se reúnen precisamente en virtud de la convocatoria. Con el sólo hecho de que se reúnan los socios no basta, se hace necesario que previamente hayan sido convocados con la debida antelación; sólo por excepción, según lo dispone el Artículo 233, puede celebrarse la Junta sin previa convocatoria, porque reunidos los accionistas o representantes de todas las acciones en que está dividido el capital social, acordaren instalarla y aprobaran por unanimidad la Agenda.

El objeto de la Junta General es deliberar y decidir. Deliberar significa: ""Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de nuestras decisiones, antes de cumplirlas o realizarlas. Resolver una cosa con premeditación."" (1) Los autores estiman como necesaria la deliberación para que pueda darse la voluntad social. Pero puede darse el caso de que no haya deliberación, pues no es obligatorio que los socios tomen la palabra. No obstante, debe regularse la forma en que se llevará la Junta, lo que constará en la escritura de constitución, los estatutos o en un reglamento aparte. La supresión de la deliberación contra el parecer de los accionistas dará lugar a la nulidad del acuerdo tomado.

Decidir quiere decir: "(del lat. decidere, cortar resolver) Cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable. Decidir una cuestión. Resolver. Mover la voluntad, a fin de que tome cierta determinación." (2) La decisión significa tomar el acuerdo debido, a la materia que se discute.

Los acuerdos se toman por la mayoría que determina la ley. Eso quiere decir que la Junta General se rige por el principio democrático de la mayoría, pero esto en realidad revierte en una plutocracia, pues es la mayoría del capital la que decide no la mayoría de personas. Se adopta el principio de la mayoría no porque sea lo mejor, sino porque la práctica así lo exige, dado que es sumamente difícil que se llegue a un acuerdo por unanimidad.

La Junta se pronuncia en los acuerdos sobre asuntos que le son previamente señalados. El socio debe estar enterado de las materias que se discutirán en la asamblea, de tal manera que pueda concurrir a la misma con el debido conocimiento. Los asuntos a tratar deberán estar contenidos en la convocatoria, según

lo dice el Artículo 228. Doctrinariamente se considera que la asamblea no puede acordar nada que tenga validez, si no ha sido previamente señalado el tema en la convocatoria, pero existen ciertas excepciones, como la que indica el Artículo 235, inciso 3o., que dice: "Además de los asuntos incluídos en la agenda y de los indicados en el Artículo 223, podrán tratarse cualesquiera otros, siempre que, estando representadas todas las acciones, se acuerde su discusión por unanimidad."

Lo que trate la Junta General debe ser algo relativo a los asuntos sociales, o sea que tenga nexos con el aspecto interno de su organización o con el externo en lo que toca a las relaciones con terceros.

Finalmente hacemos ver que la materia de que trate la Junta General debe estar dentro del campo de su competencia.

(1) LA JUNTA GENERAL EN SU CALIDAD DE ORGANO DE LA SOCIEDAD

El Artículo 220 dice que: "La Junta General formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la sociedad."

La ley habla de órgano, es por ello que trataremos sobre el tema de los órganos sociales, en forma breve, por razones de espacio y tiempo.

La doctrina moderna ha formado un nuevo esquema que sirve de base para comprender exactamente la naturaleza de los órganos sociales. A vía de ejemplo puede considerarse la posición de los Administradores, sin perjuicio de que se trate el tema sobre éstos con mayor amplitud en el capítulo pertinente. De conformidad al nuevo planteamiento no actúan como mandatarios de la sociedad en el concepto exacto de la palabra, sino que se les considera como el medio físico a través del cual se manifiesta la entidad, desde luego que forman parte de la misma, se exterioriza, valga la expresión, la actividad que desarrolla para la consecución de su objeto.

La teoría de los órganos sociales había sido negada por muchos autores que apoyaban la teoría de la representación. Esta última considera a los Administradores como mandatarios de la sociedad. No obstante la autoridad de los tratadistas, en las distintas legislaciones se ha plasmado con renovada vigor la teoría de los órganos sociales, la que tiene como fundamento entre otras consideraciones que éstos sirvan a las personas jurídicas como vehículos de expresión, en

consecuencia su calidad de mandatarios de los Administradores, desaparece y adquieren el carácter de representantes y prestadores de servicios.

El Código de Comercio, a diferencia de la legislación derogada, no habla de que a diferencia de la legislación derogada, no habla de que a los Administradores se les confiera un mandato, por el contrario, usa la expresión "estará a cargo" (Artículo 254), con lo que puede deducirse que elio no es un mandato o representación voluntaria, como en el ordenamiento civil.

Omitimos mayores comentarios a la teoría del órgano tomado en consideración que los autores han desarrollado este punto con una brillantez y profundidad inigualables, nos limitaremos a transcribir la cita que hace Brunetti del resumen sobre las principales líneas directrices que la componen: "La doctrina de la "organicidad" aunque haya sido iniciada por los alemanes, ha tenido en Italia una amplia elaboración, especialmente por obra de Maiorca, cuyas líneas principales se pueden resumir en las siguientes: a) Órgano expresa siempre y solamente un concepto jurídico. Todo elemento extrajurídico. Todo elemento extrajurídico ha de excluirse de su definición. b) Relación orgánica es también un concepto estrictamente jurídico, no indica ninguna relación entre sujetos. Cuando se dice que entre dos o más sujetos existe una relación orgánica se indica "una sustancia", no una relación; órgano es la forma relativa a la relación jurídica. Su noción es, por consiguiente, objetiva y formal. c) Por órgano se ha de entender una persona, pero en un sentido especial. Es, como la persona, punto de referencia de normas de capacidad y el órgano de normas de competencia y la diferencia y posición recíproca que en el mismo sistema jurídico existe entre las normas de capacidad y las de competencia, existe también para las personas y los órganos. d) Es clara la diferencia entre "órgano", "cargo" y "competencia", porque órgano es siempre una persona; cargo y competencia hacen referencia a la función que el órgano está llamado a ejercer. En el campo del Derecho Privado una persona jurídica no tiene competencia de función, sino capacidad de derecho y los órganos de la persona tienen la capacidad de ejercicio de los derechos de la persona. e) La capacidad de los órganos, cuando se considere en sus diversas calificaciones, se asume como poder. En este sentido se habla, por

ejemplo, de los poderes de la asamblea, de los Administradores y Directores en las sociedades por acciones. Pero el poder del órgano, en estos casos, representa una autonomía especial del propio órgano determinada por las disposiciones legales que la establecen. f) Hay órganos necesarios y voluntarios. El órgano es necesario cuando el ente no puede existir sin él. Una persona jurídica no puede existir sin órganos. Una sociedad comercial no puede existir, en la forma establecida por la ley, sin la especial organización dispuesta por la misma ley. En las personas jurídicas no sólo es necesario que la organización exista, sino que ésta ha de ser constituida y ordenada de un modo determinado. g) En las relaciones externas, la sociedad es sólo una organización (jurídicamente unitaria). No se puede distinguir una parte del todo. Quien actúa es la Sociedad (como organización). Y cuando el Administrador actúa dentro del ámbito de los poderes (ámbito que, por lo general, coincide con el objeto social) es la misma sociedad que actúa. Y cuando el administrador suscribe un contrato (si ha sido facultado para ello) es la sociedad que, obrando así, se vincula. h) Consecuencia de la identidad es que no se concibe ninguna acción de responsabilidad contra los Administradores por los actos que entren en el ámbito de su función." (3)

La Junta General ha recibido el nombre de órgano soberano de la sociedad. Es la expresión completa de la voluntad del ente, toda vez que se reuna de conformidad a las reglas establecidas por la ley, el pacto social o los estatutos.

Las disposiciones o acuerdos que surgen de la Junta General, afectan preponderantemente la parte interna de la dirección social, pues la voluntad soberana en sus efectos externos, puede manifestarse sólo en cuanto actúan los Administradores.

La Junta General no tiene carácter permanente, los socios deben constituirse en asamblea para resolver los asuntos de su competencia, por voto mayoritario, en los casos y formas exigidos por la ley, de tal forma que la Junta no puede reunirse en cualquier instante, sino de conformidad a la convocatoria de los Administradores, del Auditor y de las minorías que señala el Artículo 231. El poder de acordar sobre determinados asuntos no es absoluto.

La justificación de la existencia de la Junta General dentro de la organización de la Sociedad Anónima, puede encontrarse en las siguientes consideraciones:

es necesario que la marcha de los negocios sociales sea uniforme, tal como conviene a la empresa, es por ello que con la Junta General se evita el que los socios alejados se desinteresen por completo de los mismos; dentro de ella pueden unificar criterios. Además, es conveniente que las decisiones importantes se tomen dentro de su seno, en ella los socios pueden externar sus opiniones e influir en las decisiones. Esta forma de cuerpo colegiado hace posible también la adopción del sistema de mayoría relativa para los acuerdos, ya que la totalidad de las acciones difícilmente se podrán reunir.

Los autores están de acuerdo en que todos los acuerdos de la Junta General deben estar desprovistos de egoísmo. Debe sobreponerse el interés de la sociedad. Ya la ley, a través de la protección de las minorías, ha hecho énfasis en la preponderancia de los intereses sociales (Artículo 231).

Abundando en las consideraciones anteriores diremos que la Junta General se ha considerado como un reflejo del régimen democrático (político), pero esta consideración no pasa de ser un ideal de la doctrina. Los accionistas pueden decidir, pero no dirigir ni vigilar directamente las actividades de la sociedad. Son los Administradores quienes en realidad gobiernan la sociedad, como órganos que representan externamente la voluntad social.

Los accionistas desconocen los negocios sociales, tan solo en el momento de aprobar el balance y la Memoria Anual, pueden en una forma inmediata, darse cuenta del estado económico de la entidad, con las limitaciones que tal conocimiento conlleva.

Dentro del marco jurídico, la Junta General está en una posición cimera, pero en el plano de los hechos es más formal su papel y se reduce a velar por la observancia de la ley y el pacto social.

Otro aspecto que merece mayor atención es el dominio que ejercen dentro de la Junta los accionistas mayoritarios, pero esto responde al hecho básico de que para que haya acuerdo que beneficie a la sociedad, la presencia de los accionistas minoritarios, ausentes, casi siempre y verdaderos extraños a los negocios, es un obstáculo. La presencia de los mayoritarios, hace viable el número de acciones necesarias para tomar acuerdos válidos.

En vista del poder que ejercen los mayoritarios dentro de la Junta General, el legislador ha querido dar protección a esas minorías, a través de la igualdad de las acciones, Artículos 145 y 231.

(2) LA OBLIGATORIEDAD DE LOS ACUERDOS

El Artículo 247 expresa que "Las resoluciones legalmente adoptadas por las Juntas Generales son obligatorias para todos los accionistas, aún para los ausentes o disidentes, salvo los derechos de oposición y retiro en los casos indicados por la ley".

El artículo citado recoge en sus palabras lo que técnicamente se conoce como "sumisión al voto de la mayoría".

Por socios ausentes debe considerarse a aquellos que no asistieron personalmente ni por medio de representantes. Disidentes a los que votaron en contra del acuerdo. Claro está que la sumisión es a los acuerdos válidos y que no han sido atacados por vicios de nulidad. La sumisión de que aquí se habla no es total e incondicional, es verdad que el accionista ingresa a la entidad para someterse a la voluntad social, pero las decisiones que adopte la mayoría deberán respetar la ley, el pacto social y los estatutos, con base en el interés social. Nadie puede quedar obligado en virtud de un acuerdo tomado en contravención de las normas legales. Todo interesado está facultado para demandar la nulidad. Pero en lo que se refiere a los acuerdos que indica el Artículo 250, hay que hacer una diferencia, pues éstos son los que se denominan meramente anulables en doctrina, a ellos quedan sometidos los accionistas que hayan votado en su favor, pero no los disidentes ni los ausentes, pues todos estos accionistas pueden ejercer la acción de oposición.

En este ejercicio de las acciones de oposición, tienen las minorías el instrumento más adecuado para defenderse contra los abusos de la mayoría.

(3) COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL

Los artículos 222, 223 y 224, señalan los asuntos que son de la competencia de la Junta General; y, aún cuando la Junta es el órgano supremo que encarna la voluntad social, no es poderosa en todo sentido para decidir en cualquier clase de asuntos que se le sometan a consideración, tiene restringida su competencia.

1o.) Podemos señalar como primer límite, la existencia del órgano de administración, en el sentido nato de la palabra. (Artículo 254) Representa judicial y

y extrajudicialmente a la entidad (Artículo 260) en todo lo que se refiere a los negocios de la empresa. El atribuir a los Directores la representación de la sociedad, reduce el campo de acción de la Junta General al ámbito interno de la sociedad. Esto sin perjuicio de lo que dice el Artículo 225 de que la Junta General puede nombrar ejecutores especiales de sus acuerdos, por ejemplo en caso de que no haya Junta Directiva o sólo un Administrador.

La administración está sometida a la Junta General, que no puede dudarse, ejerce un control indirecto sobre la gestión, pues nombra o revoca a los Administradores, Artículos 254, 255, dirige su trabajo a través de sus acuerdos e instrucciones, lo fiscaliza y vigila por medio del examen del balance y de la Memoria Anual, Artículo 282 y sig., mas la Junta por su carácter de órgano deliberante y no permanente, no tiene la capacidad de administrar directamente el patrimonio social, por ello la doctrina está de acuerdo en que la gestión social esté a cargo de los Administradores, en todo lo que no caiga dentro de la esfera de la Junta General.

2o.) Encontramos otro tipo de limitación en la capacidad de la Junta que tiene un marco estricto a su vez, en la capacidad de la sociedad, enmarcado dentro de la ley, el pacto social o los estatutos.

3o.) El poder supremo de la Junta General tiene su valladar en los derechos y obligaciones de los accionistas, Artículos 169 y 170. Sobre este tema tratamos más ampliamente en el Capítulo VI, "La Acción".

4o.) El interés social es otro límite a la facultad de decisión de la Junta General. Los acuerdos, como ya se dijo, deben darse en interés de la entidad. El Artículo 250 autoriza la oposición a los acuerdos que violen un precepto legal o una estipulación del pacto social.

La competencia de la Junta tiene una extensión bastante considerable: nombra y revoca a los Administradores, Artículos 254 y 255; puede adquirir sus propias acciones, en determinados casos, Artículo 141; aprueba o rechaza el balance y la Memoria Anual que le presentan los Administradores, Artículo 282 y sig.; resuelve sobre la distribución de utilidades, Artículo 223 No. IV; acuerda el aumento o reducción del capital social, Artículo 173 y sig., 181 y sig.; acuerda la modificación del pacto social, Artículo 224 No. 1; autoriza la emisión de acciones negociables o bonos, Artículo 224, No. II; acuerda la exigencia

de responsabilidad a los Administradores, Artículo 279; nombra al Auditor, Art. 289; acuerda la fusión y transformación de la sociedad, Artículos 315 y 322; acuerda la disolución, Artículo 187 y sig., y otras muchas más que sería largo enumerar y que se encuentran dispersas en el Código de Comercio, consideramos que las disposiciones que le señalan a la Junta sus atribuciones, Artículo 220 y sig., son meros caminos a seguir, pues hay muchos actos que no pueden regularse en detalle.

(4) DIFERENTES CLASES DE JUNTAS

Las Juntas Generales pueden ser: Ordinarias, Extraordinarias, Especiales o Constitutivas.

La diferencia entre extraordinarias y ordinarias se basa en las materias que se tratan, serán ordinarias las que deliberan sobre asuntos llamados de rutina, y que están señalados en los Artículos 222 y 223; serán extraordinarias las que conocen de asuntos que se presentan esporádicamente en la vida de la sociedad, y que están marcados en el Artículo 224, así pues no sería imposible que una misma Junta tenga el carácter de ordinaria y extraordinaria, desde luego que la diferencia entre ambas es por razón de la materia que tratan.

JUNTAS GENERALES ESPECIALES

El inciso 2o. del Artículo 221, se refiere a las Juntas Constitutivas y las Especiales.

El Artículo 171 dice: "En el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aprobada por la categoría afectada, reunida en ASAMBLEA ESPECIAL.

El Artículo 206 dice: "La Junta General Constitutiva se hará constar en acta notarial y se iniciará con la elección de un Presidente y de un Secretario para la sesión...."

La primera disposición se refiere a los accionistas que poseen títulos valores regulados en el Artículo 159 y sig.

La segunda disposición habla de la Junta Constitutiva en la fundación sucesiva o pública.

Estas Juntas se rigen por las disposiciones de las Juntas Generales, Artículo 221.

Sobre lo dicho en el Artículo 171 de que la proposición que se perjudicial a la categoría especial de acciones hay que tener en cuenta lo siguiente: se se aprueba un acuerdo que las perjudique, sin su aprobación, no será válido. Ahora bien, a contrario sensu si se acuerda algo no perjudicial a los accionistas privilegiados, tendrá pleno efecto el acuerdo.

(5) NATURALEZA JURIDICA DEL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL

Según lo sostienen renombrados autores, el acuerdo de la Junta General, es un acto colectivo, el cual está constituido por dos o más declaraciones de voluntad que tienen un mismo fin o contenido, que se suman para formar la expresión de la voluntad colectiva. Este acto colectivo lleva en sí la declaración unitaria y unilateral de los socios; el primer carácter se explica porque sintetiza o compendia la voluntad de todos y el segundo porque no es la manifestación de voluntades contrapuestas sino la voluntad de la sociedad.

El acuerdo pertenece, en consecuencia, a la gran división de los actos jurídicos, en los que hay una manifestación de voluntad que tiende a producir efectos jurídicos. El acto es unilateral porque se realiza por una sola parte, aunque en su composición entren diversas personas físicas, es una forma de acto colegial que se caracteriza porque las declaraciones de voluntad integradas se dirigen a formar la voluntad de un sujeto distinto: la persona jurídica. El acto colegial es unitario si se considera que emana del colegio o asamblea, en su calidad de órgano. El ejemplo típico que se da, es la Junta General de las Sociedades Anónimas. De este modo el acuerdo social no tiene relación con el acto jurídico contrato. Las más recientes doctrinas consideran aún más, que son diferentes a los actos jurídicos del derecho común, porque la validez del acto jurídico no tiene nada que ver con la validez de la deliberación de la Junta. El acuerdo ni es acto complejo ni contrato, pues la dirección de las voluntades que lo forman va en otra dirección y no es contrato porque el acuerdo se decide por mayoría que constituye así la voluntad del ente.

Con el objeto de una mejor comprensión de la cuestión, los autores tratan de establecer si la deliberación de la Junta da nacimiento a un acto unilateral o plurilateral. El camino seguro que indican es a través de la comparación

entre el acto constitutivo y los acuerdos sociales. De inmediato podemos deducir que el acto constitutivo origina la sociedad y con ella el órgano-Junta General, el cual es el principal (Artículo 220); el acuerdo, por el contrario, es una manifestación de dicho órgano y de ahí su naturaleza de acto jurídico unilateral.

La distinción entre actos unilaterales y plurilaterales estriba no en la unidad o multiplicidad de las voluntades manifestadas, sino en la dirección que adoptan dichas manifestaciones, en cuanto converjan o diverjan. En las discusiones de la asamblea no se dan voluntades en dirección determinada, sino más bien un haz de voluntades, por lo que jamás podría hablarse de que la discusión sea originaria de un acto plurilateral.

Al contrario otros sostienen que el acuerdo de la Junta General es un acto plurilateral, dado que surge de un número determinado de voluntades conformes en el contenido. Si comparamos esta situación con la que se da en los contratos, tendremos: en vez de uno de los elementos básicos de todo contrato, el consentimiento, existe el acuerdo de la mayoría. Las voluntades se expresan no como en los contratos sino que se da una especie de paralelismo.

Pero llegados a este punto debemos aclarar que el acto colectivo no puede ni debe confundirse con el acto plurilateral. En el colectivo las voluntades que se unen en los debates, son expresión de la voluntad de la Junta y por lo tanto de una parte. No puede hablarse de que las voluntades sean la manifestación de intereses paralelos, pues la verdad es que constituyen todos ellos la voluntad del órgano social.

Si volvemos a la comparación entre el acto constitutivo de la sociedad y el acuerdo, es obvio que las voluntades de los socios llegan en él a la creación de la entidad y como corolario al órgano. No puede entonces existir una confusión entre el acto plurilateral originario de la sociedad y el acto unilateral que se subsume en los debates; y, este es el lugar propicio para la cita que hace Brunetti de la expresión de Donati al respecto: "Creo que una vez reconocida a la asamblea la calidad de órgano y afirmado el principio mayoritario, se puede concluir que la voluntad de todo miembro, aunque sea en concurso con los demás miembros de la mayoría, puede ser dirigida, no a la realización de un determinado fin (el de la deliberación), sino sólo a la formación de la voluntad del órgano, esto es,

del acuerdo, dirigido a su vez, a un determinado fin, lo que es algo distinto de la fusión de las declaraciones de voto de los miembros de la mayoría.... El acuerdo de la asamblea, como voluntad de un órgano único, distinta de la de las personas que intervienen en ella sólo puede ser un acto jurídicamente simple y, tanto en lo interno de la persona jurídica como en lo externo, el acuerdo tomado se presenta como un acto rigurosamente unilateral que más tarde puede convertirse, ya sea directamente, ya mediante la declaración de los Administradores, en elemento de un contrato o de otro negocio bilateral o plurilateral, concluído con terceros....""(4)

Tomemos en cuenta que en la Junta, como en todos los cuerpos colegiados de este tipo, es el órgano de la persona jurídica el que entra en actividad, no existe unión de voluntades, porque durante las discusiones se dan votos en contrario, de lo que resultaría una paralización en virtud de la oposición entre opiniones negativas y positivas. No se da tal fusión de la mayoría con la minoría en lo que al acuerdo respecta. Asimismo, no cabe el argumento de que en los debates de la Junta, como actos complejos que son, los acuerdos resultan de la concurrencia de voluntades de la mayoría, pues la voluntad de la minoría queda envuelta en los mismos, la deliberación, hecha de conformidad a la ley no es otra cosa que la manifestación de voluntad de la Asamblea.

Lo que hasta ahora hemos dicho queda puesto de manifiesto si tenemos presente el principio de sumisión al voto de la mayoría; el que se contrapone de una manera total al consentimiento que debe haber en los actos bilaterales y plurilaterales. Lo confirma el Artículo 247, y en ese artículo precisamente está la confirmación de que las resoluciones tienen carácter de unilateralidad, pues todas las voluntades, expresadas a través de la mayoría, son la voluntad del órgano. La ley no habla de las voluntades de los socios, sino de la Junta formada legalmente, de ahí que cualquier similitud con el contrato está fuera de lugar.

Sobre esto, Somarriva Undurraga y Arturo Alessandri Rodríguez dicen: ""Aunque el contrato y los actos complejos y colectivos suponen la unión de varias voluntades, se diferencian por el modo y la eficacia de tal unión. "En el contrato hay dos sujetos, contrapuestos entre sí; en el acto completo y en el colectivo hay varios sujetos que obran por la misma parte: en aquél hay manifestación de varias voluntades que se entrecruzan, en éstos, hay la manifestación

de varias voluntades paralelas. El contrato produce un vínculo entre las voluntades de los contratantes, sin producir su unificación; los actos complejo y colectivo, por el contrario, implican unión de diversas voluntades de contenido igual y constituyen el medio para la formación de la voluntad colectiva. Del contrato derivan obligaciones para una parte con respecto de la otra; en cambio, en los actos complejo y colectivo, los varios participantes no pretenden obligarse recíprocamente, sino que quieren producir respecto a terceros, el único e igual efecto jurídico querido por todos: no se contraponen como partes, sino que forman unidos entre sí, una sola parte." (5)

La presencia de los accionistas en la Junta no tiene importancia más que en relación con el número de acciones que poseen, lo que podría considerarse como requisito para que haya mayoría es, en el fondo, condición necesaria para que pueda expresarse válidamente la voluntad de la Junta. Cuando los Artículos 240, 241, 242, y 243, establecen los quórum necesarios para que haya resolución válida establecen dos bases esenciales: a) que no puede haber resolución sin que haya el número de votos que la ley exige para las Juntas ordinarias o extraordinarias sean de primera o segunda convocatoria; b) el pacto social o los estatutos no pueden modificar este mínimo requerido, sino en los casos permitidos.

No pueden considerarse completas las definiciones que hablan de las manifestaciones de voluntad, ignorando el concepto de unidad de la resolución. La resolución es manifestación de voluntad del órgano y su adecuación a las normas legales y al pacto social es indispensable para que tengan plena eficacia y validez.

La disposición de los órganos sociales se fundamenta en el derecho público, pues existe una similitud en su función y composición. Las asambleas manifiestan su voluntad a través de los debates y resoluciones, en las cuales las voluntades y opiniones de los participantes se unen a través de especiales ordenamientos jurídicos, los cuales generalmente dan el valor de voluntad de la Junta, a la voluntad de la mayoría, por excepción se exige unanimidad o mayoría calificada.

Es común escuchar que la Junta General es el poder legislativo y los Administradores, el poder ejecutivo, pero la verdad es que no puede hablarse de una tajante división de funciones entre los órganos sociales. Por otra parte, los autores

y la doctrina de los últimos tiempos, no adoptan la posición de considerar a la Junta General como órgano de realización exclusivamente interna y que sean los Administradores y el Auditor o el Consejo de Vigilancia, quienes hagan patente la voluntad de la Junta hacia el exterior. Si seguimos la exposición de connotados juristas sobre el tema, podemos llegar a interesantes conclusiones: 1o) La Junta General manifiesta su voluntad social, pero con dirección a los otros órganos sociales y a los accionistas o sea hacia el ámbito interno de la entidad. Aquí correspondería a los administradores la facultad de transmitir esa voluntad con validez hacia el exterior. Puede decirse, es de la competencia de la Junta este tipo de resoluciones, cuando son autorizados por la ley, el pacto social o los estatutos. Ejemplo de ello podría ser el Artículo 141, que habla de la compra de sus propias acciones por la sociedad, o la emisión de obligaciones negociables o bonos (Art. 224, No. 11); tales acuerdos deben ser cumplidos por los Administradores.

2o.) Puede ser que la Junta General acuerde algo que tenga orientada su finalidad hacia el exterior en relación con terceros. El Artículo 225 dice que la Junta puede designar ejecutores especiales de sus acuerdos, por ejemplo: contratar con terceros, especialmente si puede surgir una contraposición de intereses con los Administradores, o el Administrador Único se niegue o se encuentre inhabilitado de comparecer en el contrato.

3o.) Por último puede existir una competencia dividida entre los órganos sociales, en lo que a la formación y manifestación de voluntad del ente atañe. Tal caso puede darse en las proposiciones o aceptaciones de contratos con terceros por la Junta; el nombramiento de ciertos empleados fijado por el pacto social como atribución de la Junta General, etc. Aquí los Administradores tienen como única tarea el servir de vehículos para que se exprese la voluntad social constituida en el ámbito interno.

No obstante lo que se ha dicho en párrafos anteriores, los acuerdos emanados de la Junta General, desde luego que son actos unilaterales, pueden ser revocados o modificados por otro acuerdo tomado con posterioridad. Más no es absoluta esta facultad de la Junta General, puesto que los acuerdos que modifican otro anterior deben respetar, entendemos, los derechos de los accionistas y los terceros, adquiridos de buena fé.

En resumen, sobre la naturaleza del acuerdo emanado de la Junta General, podemos decir que se acepta sin duda alguna que son declaraciones de voluntad de una persona jurídica, y como tales pertenecen a la categoría de los actos jurídicos, pues los acuerdos están destinados a producir efectos jurídicos. Es un acto unilateral aunque en su formación entre una serie de voluntades individuales que se unen para formar la voluntades individuales que se unen para formar la voluntad de la sociedad, porque es manifestación de voluntad de una sola parte, además es un acto colegiado en sentido amplio, acto que se cumple por varias personas, pero como actúan en su calidad de elementos de un órgano, deviene en un acto unitario pues surge de la asamblea, organización unitaria. Son actos colectivos, pero no plurilaterales; ambas son dos clases que no deben confundirse, si establecemos que la Junta es un órgano encargado de la voluntad social, los acuerdos no pueden tener otra entidad que la de actos jurídicos simples, que pueden normar el orden interno o tener efectos en el externo, en conjunción con declaraciones de voluntad de terceros para contratar o figurar en cualquiera otra clase de actos jurídicos bilaterales.

(6) CONVOCATORIA

El Artículo 230 señala que la convocatoria deberán hacerla los Administradores, pero si no lo hacen, está facultado el Auditor en los términos del Artículo 291, No. VIII. El mismo derecho asiste a los accionistas que representen el 5% del capital social para que se traten los asuntos que indiquen en su petición, (Art. 231), y los administradores estarán obligados a hacer la convocatoria.

Podría suceder que los administradores se rehusen a efectuar la convocatoria o que el Auditor se niegue también a ello, en tal caso puede el Juez de Comercio hacerla, Artículos 231 y 232.

En el caso de la aprobación del balance y la Memoria Anual, el órgano administrativo tiene un término señalado para la convocatoria de la Junta General, la que tendrá efecto después de transcurrido el plazo que señala el Artículo 236, además de que los accionistas deberán contar con un lapso de por lo menos ocho días para examinar la documentación, Artículo 285.

En caso de que haya pérdidas de capital que asciendan a más de las

tres cuartas partes sin que los accionistas hagan aportaciones que lo mantengan por lo menos en una cuarta parte, los administradores están en la obligación de convocar a la Junta General para que conozca de tal situación, Artículos 187, No. III, 188 y 189.

En el Artículo 228, No. IV, se indica que en la convocatoria deberá señalarse el lugar donde se efectuará la sesión, dato que es de suma relevancia para la formación del órgano social.

El Artículo 223 dice que la Junta General Ordinaria deberá reunirse por lo menos una vez al año, dentro de los cinco meses siguientes a la clausura del ejercicio social.

El Artículo 228, inciso 3o., prescribe que en el caso de que las acciones sean nominativas, deberá enviarse un aviso a los accionistas con las indicaciones pertinentes que en la misma disposición se establecerá, destacándose entre otras la del No. IV, que se refiere a la agenda de la sesión, pues su cometido es informar a los socios sobre las materias a tratar en la Junta, por una parte; y, por otra, beneficiar a los ausentes desde luego que ellos estarán seguros de las materias que se trataron y que les interesan.

El problema de las acciones al portador en lo que se refiere a las convocatorias para las Juntas Generales, es diferente al de las acciones nominativas, las cuales constan en el Registro de Accionistas que lleva la sociedad; por eso es que el mismo Artículo 228 expresa que la convocatoria se publicará con 15 días de anticipación, a menos de que el pacto social establezca un plazo mayor; debe aplicarse lo que el Artículo 486 norma sobre la publicación material de los actos que ordena la ley.

El Artículo 233 resuelve un problema que se da en otras latitudes, por falta de prescripciones como la que comentamos y que trata de lo que en doctrina se conoce como "asamblea totalitaria". Dispone este precepto que en caso de que se hallen reunidos todos los accionistas o sus representantes, se acordare instalar la Junta y se aprobare por unanimidad la agenda, la Junta quedará instalada válidamente aunque no se haya hecho la convocatoria en los términos del Artículo 228.

Los Artículos 229 y 241 hablan de las Juntas en segunda convocatoria, cuando se haya reunido el quórum necesario. El que la ley haya señalado como obligatoria una segunda convocatoria resulta obvio si consideramos que con tal medidas se evita que los accionistas, ausentes habitualmente, frustren la reunión de la asamblea, pues no es necesario un número de acciones determinado y las resoluciones se toman por mayoría de votos presentes.

(7) INTEGRACION DE LA JUNTA GENERAL

Después de todo lo dicho, debemos sentar algo que quizás no resulte tan evidente: para que la voluntad general, o sea la voluntad de la sociedad se manifieste cabalmente, no se precisa tan sólo de la convocatoria y todas sus consecuencias, es de imperiosa necesidad que la sesión se efectúe de acuerdo a la ley, entre otras exigencias; que el acuerdo se tome con el quórum reglamentario.

A esto se refieren los Artículos 240 y 241. Por el primero se establece que para que la Junta ordinaria se considere reunida en la primera fecha de la convocatoria, deberá estar representada, por lo menos, la mitad más una de las acciones que tengan derecho a votar, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por la mayoría de los votos presente; el segundo dice: Si la Junta General ordinaria se reuniera en la segunda fecha de la convocatoria, por falta de quórum necesario para hacerlo en la primera, se considerará válidamente constituida, cualquiera que sea el número de acciones representadas, y sus resoluciones se tomarán por mayoría de los votos presentes.

Estas normas regulan la materia relativa al quórum que es necesario para que se constituya válidamente la Junta Ordinaria, en el sentido del mínimo de accionistas que deben concurrir a la misma. Nuestra ley en este aspecto es similar a otras legislaciones, al exigir el quórum sólo para la reunión en primera convocatoria, y permitir la celebración válida de la Junta en segunda convocatoria cualquiera que sea el número de acciones. Con este sistema se pena, aunque en forma indirecta, a los accionistas indiferentes, que adoptan una conducta negligente en el cumplimiento de la obligación de colaborar en la marcha de los negocios sociales y se establece un sistema seguro para que pueda efectuarse la Junta General Ordinaria, que por las materias de que trata, propias de su competencia, es de ineludible celebración para el normal funcionamiento de la entidad.

El Código de Comercio para la fijación del quórum ha seguido el criterio de considerar constituida la Junta según el capital que concurra a la misma, o sea un criterio eminentemente capitalista.

Este criterio capitalista para el quórum de presencia, si nos remontamos a las últimas consecuencias del mismo pueden llegar a que admitamos la celebración de una Junta General con la concurrencia de un solo accionista titular de la mayoría de acciones. Pero este razonamiento es desde todo punto de vista inadmisibles y conceptualmente imposible desde luego que por definición la Junta es una reunión de varias personas, además de que la ley habla de varias acciones o sea en plural y por otra parte debe haber un Presidente y un Secretario (Artículo 238) por lo menos.

El quórum sólo se requiere para el momento de la constitución de la Junta. Si los accionistas se retiran después de iniciada la sesión, no quedará afectada la validez de ésta; si los acuerdos son votados por las mayorías legal o contractualmente requeridas, Artículo 244.

En lo que toca a la segunda convocatoria, la ley prevé el caso de que no se reuna el quórum suficiente para que se constituya la Junta, por lo que se considerará válidamente reunida cualquiera que sea el número de acciones representadas. Se dan así las mayores facilidades para que se efectúe la reunión de las Juntas en segunda convocatoria con una norma que garantiza el normal desarrollo de las asambleas, que en otro caso, con el ausentismo u obstruccionismo de los accionistas, podrían resultar inútiles.

De lo dicho anteriormente podemos asumir que el Código de Comercio en lo referente a la expresión de la voluntad social a través de los acuerdos, contiene disposiciones que el pacto social podrá aumentar pero no reducir, Artículo 227.

Como ya lo hicimos notar, la Junta tiene capacidad para decidir sobre los asuntos que le competen si se encuentran reunidas cierto número de acciones, no de accionistas, Artículos 240, 241, 242 y 243.

El Código para la regulación de la Junta ha tenido presentes ciertos principios básicos: 1o.) una mayoría que impone su voluntad a la minoría; y 2o.) el de presencia, por el cual las acciones presentes en la Junta se pronuncian en tal o cual sentido a través de los acuerdos que obligan incluso a los ausentes o disidentes

(Artículo 247), aún cuando éstos conservan su derecho de oposición de conformidad con la ley, a éstos debemos añadir un tercer elemento que les sirve de regulador, como es el número mínimo de acciones que exige la ley para que el acuerdo tenga efecto.

De conformidad al Artículo 164, inciso 2o., el accionista dispondrá de tantos votos como acciones le pertenezcan o represente, por lo que todo accionista puede intervenir en las Juntas y votar en ellas de conformidad a la convocatoria; por otra parte, el Artículo 236 dice: "A partir de la publicación de la convocatoria, los libros y documentos relacionados con los fines de la Junta, estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas para que puedan enterarse de ellos.

Si el pacto social hubiere subordinado el ejercicio de los derechos de participación al depósito de los títulos de las acciones con cierta anticipación, el plazo de la convocatoria se fijará de tal modo que los accionistas dispongan, por lo menos, de ocho días para practicar el depósito en cuestión, el cual podrá hacerse en cualquier institución bancaria, si no se hubiere indicado una determinada en la convocatoria."

Se habla en esta disposición del depósito de acciones, por lo que debemos examinar un punto bastante interesante, el régimen a que se someten las acciones nominativas y al portador en lo que a este depósito se refiere. Las nominativas están registradas por el nombre del poseedor en los libros sociales por lo que es más fácil saber con anticipación quienes asistirán a la Junta. Cobra aquí importancia lo que dice el Artículo 147 sobre si las acciones son nominativas para ejercer los derechos de participación en las Juntas Generales de Accionistas y, en general, en la administración social, bastará que el socio aparezca registrado como tal en el Libro de Registro de Accionistas.

En lo que a las acciones al portador toca, el accionista, una vez publicada la convocatoria en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional y enterado de la misma, deberá presentar al lugar designado en la convocatoria o en cualquier institución bancaria si no se hubiere indicado una determinada en la convocatoria los títulos que justifican su derecho, Artículo 236.

Los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas por medio de otra persona extraña, en la forma que señala el pacto social y cuando no lo indique,

por simple carta, Artículo 131.

Ni los administradores ni el Auditor podrán ser representados en la Junta, así se garantiza la independencia del voto, Artículo 131, inciso 2o.

Veremos enseguida las regulaciones que contiene el Código sobre la capacidad de la Junta General para tomar acuerdos válidos. El Artículo 240 dispone los quórum necesarios para que quede constituida la Junta y para que haya resolución válida en primera convocatoria. Tenemos entonces que para considerar constituida la asamblea es necesaria la presencia de la mitad más una de las acciones que tienen derecho a voto. Las resoluciones serán válidas cuando haya mayoría de votos presentes.

El Artículo 241 establece como se constituirá y se tomarán resoluciones válidas en segunda convocatoria, así: "se considerará válidamente constituida, cualquiera que sea el número de acciones representadas y sus resoluciones se tomarán por mayoría de votos presentes."

El Artículo 242 da las mismas reglas para las Juntas Extraordinarias, si éstas deben acordar lo referente a la emisión de obligaciones o a la amortización de acciones con recursos de la propia sociedad y emisión de certificados de goce, Artículo 224, Nos. II y III.

El Artículo 243 regula la materia referente a las asambleas extraordinarias en cuanto éstas hayan de decidir en asuntos que no sean de los señalados en el Artículo 242, y se establecen proporciones especiales tanto para la constitución de la Junta como para la toma de resoluciones válidas, sea en primera, segunda o ulterior convocatoria, las que no transcribimos por considerarlas lo suficientemente claras. Dentro de esta misma disposición cabe destacar otras reglas como son las contenidas en los ordinales IV, V y VI.

En No. IV está en concordancia con el Artículo 160, pues da derecho de voto a todos los accionistas aún los limitados.

El No. V a nuestro juicio contiene una disposición que protege a los terceros y acreedores de la sociedad contra decisiones que puedan menoscabar el capital y la propia estructura de la sociedad, pues dice que en primera convocatoria rigen las disposiciones especiales sobre asuntos que deban tratarse en juntas extraordinarias, para que en segunda rijan las del 243, así se evita que los interesados en

cualquier maniobra dolosa establezcan con su inasistencia quórum y mayorías incompletas, con el objeto de que en una segunda convocatoria, se decida con las condiciones favorables a sus designios.

El No. VI es bien claro, las proporciones que da el Artículo no pueden disminuirse, pero sí aumentarse por el pacto social. Esto desde cualquier ángulo resulta conveniente.

El Artículo 244 contiene un precepto de suma importancia ya que a través de él se impide que accionistas, con intereses de dudosa procedencia o simplemente indiferentes a los negocios sociales, impidan con su retiro, la sesión, pues quedaría así desintegrado el quórum necesario para su validez.

Disposiciones como la nuestra evitan un sinúmero de discusiones que se suscitan en las legislaciones extranjeras. No obstante si entramos a un análisis más a fondo, de la cuestión, quedaría flotando alguna duda sobre la conveniencia de la adopción total de un sistema semejante. Los autores se han pronunciado en contra o en favor de la validez del acuerdo tomado sin la mayoría que indica la ley, en el supuesto de que no exista una disposición tan clara como el Artículo 244, en los siguientes términos: por una parte hay quienes opinan que una minoría obstructionista no tiene la facultad de impedir a otros tomar una decisión dentro del seno de la Junta. Por otra parte, hay quienes dicen que no existe el llamado poder de la mayoría o sea que no puede atribuírsela a ningún ente esa facultad. Es así como los accionistas disidentes no tratan con su actitud de impedir el ejercicio de un derecho sino que obran dentro de la legitimidad puesto que lo que ellos hacen es negarse a formar parte de la mayoría. Es más, se dice que la ley debe preocuparse por la legalidad del acuerdo y no de si la mayoría o minoría tienen derechos. Para que un acuerdo se considere válido se requieren dos condiciones: 1o.) un número de acciones que represente a la mitad más una del capital social; y 2o.) que voten por un determinado punto la mayoría de los votos presentes. (Artículo 240). Si no se dan estas dos condiciones, dicen los autores, no puede hablarse de una Junta legalmente reunida para deliberar aunque en un principio haya estado constituida legalmente, pero como lo dijimos, el Artículo 244 resuelve la cuestión y evita estériles argumentaciones en pro o en contra.

El Artículo 238 dice "Salvo estipulación contraria del pacto social, las Juntas ordinarias o extraordinarias serán presididas por el Administrador Unico o por el Presidente de la Junta Directiva y, a falta de ellos, por quien fuere designado Presidente de debates por los accionistas presentes.

Actuará como Secretario de la sesión, el de la Junta Directiva y, en su defecto, el que elijan los accionistas presentes.

La reunión de la Junta General exige que previamente se constituya una mesa directiva encargada, primero: de la admisión de los accionistas a la Junta, examinar los documentos de los representantes, formar la lista de presencia y resolver cualquier dificultad que se presentare; posteriormente: dirigir los debates, conceder la palabra y mantener el orden; y, finalmente, levantar el acta de la sesión. El Código dice que la mesa directiva debe estar constituida al menos por un Presidente y un Secretario, pero no habría obstáculo para que el pacto social o los estatutos la hagan constar de un número mayor de miembros.

Si el pacto social no dispone otra cosa, el legislador ha ordenado que la Junta General sea presidida por el Administrador Unico o el Presidente de la Junta Directiva y a falta de éstos, por la persona que elijan los accionistas. El conferir al Presidente de la Directiva, la Presidencia de la Junta General, es una práctica en las escrituras de constitución, por eso es que la ley no hace más que plasmar en sus artículos tales situaciones y sólo en la hipótesis de que no se haga la designación pertinente en el pacto social podrán los accionistas elegir la persona que haya de actuar como Presidente. Esta falta de Presidente que prevé el Código, no debe interpretarse restrictivamente a aquellas situaciones en que ha fallecido, renunciado, se ha enfermado, ausentado, sino por cualquier otro motivo. La facultad que se concede en virtud de esta disposición a los accionistas presentes en la Junta, es para elegir al que presidirá, en cualquier supuesto que se de si el designado por la ley o el pacto no está presente al iniciarse la reunión. Si no fuera así, estaríamos ante la posibilidad de que el Presidente designado, pueda hacer fracasar la Junta con solo no asistir a ella.

Los autores han admitido el derecho de la Junta para elegir al que la presidirá en ausencia del que legal o contractualmente deberá presidirla, más las cosas no resultan tan fáciles en la práctica de la vida dentro de las sociedades,

desde luego que se trata de una elección que deviene en acuerdo, que en estricto sentido debe tomarse antes de que se reúna la asamblea la cual no puede efectuarse sin que nadie la presida y el Código no prevé la manera de afrontar esta particular situación. No obstante, si nos ceñimos a principios generales que se dan por sentados para el desarrollo de la Junta es desde todo punto de vista lógico y natural que la elección deberá hacerse por mayoría de votos presentes. En caso de que no haya acuerdo entre los accionistas votantes para apoyar la elección de determinadas persona, la Junta fracasará.

Es en el pacto social o en los estatutos donde se fija en detalle de qué manera y con qué funciones se presidirá la Junta General. Pero podemos afirmar que esencialmente tal tarea se enmarca dentro de ciertos principios bastante generales como: dirigir y regular los debates, conceder a los accionistas la palabra, retirar el uso de la misma, declarar suficientemente discutidos los asuntos, ordenar se proceda a la votación, etc. Luego de terminada la Junta, firman el acta de la misma juntamente con el Secretario, Artículo 246.

Como Secretario de la Junta actuará el de la Directiva y en su defecto el que elijan los accionistas presentes. En este caso la elección del Secretario no ofrece las mismas dificultades que la del Presidente, puesto que el Presidente se encargará de llevar la sesión desde el inicio. Las funciones del Secretario son levantar el acta y firmarla.

El artículo 239 habla de lo que se llama lista de presencia. El Código al exigir la formulación de la lista, refleja lo que en la práctica acontece. La lista se origina en la necesidad de la exigencia de un número mínimo de acciones para la constitución de la Junta, sin la lista, cuando el número de acciones es numeroso no podría saberse si ya se alcanzó el quórum necesario.

No sólo ese es el rol de la lista sino que también legitima al accionista para que ejerza su derecho de voto, y como también da fe de la presencia o ausencia de los accionistas, permitirá que quien haga uso de la acción de oposición pueda fundamentar, con verdaderas bases, su acción.

La lista se formulará a la hora señalada en la convocatoria y tendrá que ser necesariamente antes de entrar a conocer de la agenda, pues debe tenerse muy en cuenta que la determinación del quórum de presencia es imprescindible para la

validez de la Junta. Puede estimarse que la formulación de la Junta es un acto preparatorio de la misma, la que no podrá iniciarse sin que se haya cumplido con ese requisito. No especifica quien formulará la lista, pero en la práctica quienes lo hacen son el Presidente y Secretario de la mesa directiva de asamblea general, por eso el artículo citado dice que antes de la primera convocatoria, la lista se exhibirá para su examen y será firmada por el Presidente, el Secretario y los demás concurrentes.

Desde luego que el objeto primordial de la lista es determinar a través de ella el número de accionistas asistentes a la Junta, el artículo requiere que indiquen en la lista, los accionistas presentes y representados, número de acciones representadas por cada uno y en su caso categoría de las mismas.

(8) DERECHO DE INFORMACION

El Artículo 245 contiene una disposición sumamente importante: introduce a la legislación salvadoreña el llamado derecho de información del accionista, que consiste en la facultad de pedir informes relacionados con los puntos de discusión. Es por así decirlo un complemento del derecho de voto, aunque con autonomía respecto de él, cuya finalidad es hacer que el accionista esté plenamente consciente de las consecuencias que recaerán con la adopción de determinados acuerdos.

El derecho de información es bastante amplio, pero tiene sus límites: el artículo dice: informes relacionados con los puntos en discusión, así que fuera de esos informes el accionista no puede pedir otras explicaciones, por lo que podría resultar menos amplio que las dadas en la práctica por los administradores o personas que presiden la Junta General.

De este derecho son titulares todos los accionistas, pero sólo ellos. Conviene aclarar que aún cuando el artículo no lo dice expresamente, así debe entenderse, que sólo el accionista facultado para asistir a la Junta General puede hacer uso de ese derecho. Si alguno no puede hacerlo por no cumplir con las exigencias legales para ello, desde luego queda fuera de esa facultad, si consideramos que es ejercida ~~en~~ la Junta y dentro de ella y el accionista no puede tener acceso a la misma.

La ley no lo dice, así que el derecho podrá ejercitarse tanto en forma verbal como por escrito.

Finalmente diremos que el Artículo 246 regula la forma de asentar las actas y quienes deberán firmarlas; asimismo señala que en caso de que no pudieren asentarse en el libro que deberá llevarse al efecto, se hará en el protocolo de un notario.

Las demás indicaciones de la disposición comentada son bastante claras por lo que nos abstenemos de comentarlas.

(9) VOTACION

La forma de votar no ha sido indicada por la ley, en razón de que existen dentro del hacer diario de las sociedades, una forma que ya constituye costumbre. No es necesario, por lo tanto, hacer mayores comentarios sobre el tema. Los acuerdos se toman de conformidad a las mayorías que exige la ley, Artículo 240 y sig. Puede seguirse cualquier procedimiento para proceder al escrutinio; puede ser voto secreto, votación nominal, por aclamación, por mano levantada, todo depende de lo que dispone el pacto social o la mesa directiva o que la Junta haya decidido votar en tal o cual forma.

Sobre la forma de participar en las juntas nos remitimos a comentarios anteriores.

En cuanto a quién ejercerá los derechos en los casos del Artículo 132, nos remitimos a lo dicho en el Capítulo VI de "La Acción".

Hay situaciones en que el derecho de voto queda restringido, de ellas podemos citar:

- a) El Artículo 141, habla de que la sociedad puede adquirir sus propias acciones en virtud de remate o adjudicación judicial, con la obligación de venderlas dentro de los tres meses a partir de la fecha en que puede legalmente disponer de ellas; pero en el interim podría hacerse uso de los derechos que dichas acciones incorporan, más el inciso tercero de dicha regla dispone "En tanto pertenezcan las acciones a la sociedad, no podrán ser representadas en las asambleas de accionistas".
- b) El Artículo 169 habla de limitaciones del voto cuando las acciones no están totalmente pagadas.
- c) El Artículo 167 dice que cuando un accionista tiene un interés contrario al de la sociedad, no tendrá derecho a votar en los acuerdos

respectivos. La norma apuntada tiene su base en el siguiente razonamiento: la sociedad está formada para interés de los accionistas con exclusión de otra consideración; y su fin es realizar el interés particular en cuanto forma parte del interés común. Entonces el derecho de voto que corresponde al socio, sólo puede ejercerlo en beneficio de su calidad de socio y no de otro interés, aunque sea propio, que es extraño a su participación en la entidad y opuesto al interés social.

- d) El Artículo 268 contiene otra prohibición de voto esta vez dirigida a los administradores, quienes no pueden votar en asuntos relativos a la aprobación del balance, estado de pérdidas y ganancias y en lo que se refiera a su propia responsabilidad.

(10) NULIDAD O INVALIDEZ DEL ACUERDO

Los actos jurídicos pueden ser perfectos o imperfectos, depende de si se ha cumplido los requisitos legales para que estos tengan existencia o validez.

Los actos que devienen imperfectos pueden tener una de tres categorías: inexistentes, absolutamente nulos o nulos en forma relativa.

La inexistencia se da cuando se omite una condición necesaria para que exista el acto como tal, en tal caso lo único que hay es una especie de "tentativa de acto", según lo reconoce la doctrina, en un símil bastante afortunado, puede decirse que el acto nace muerto.

La nulidad, por el contrario, se da en forma absoluta cuando la omisión es de un requisito exigido en consideración al acto en si mismo y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan.

En forma relativa, habrá nulidad, si la omisión es de un requisito exigido en atención a la calidad de determinadas personas.

Finalmente, a modo de aclaración puede decirse que los actos son inoponibles cuando no se cumplen los requisitos y formalidades señaladas por la ley para que un acto jurídico pueda tener efecto contra terceros.

El Código de Comercio dice que los efectos de la nulidad de los acuerdos de las Juntas Generales, se regirá en sus efectos por la disposición del Código Civil (Artículo 249). De tal manera que las disposiciones del derecho civil se aplican a los acuerdos de la Junta General, desde luego que sentamos en párrafos anteriores que el acuerdo es un acto jurídico.

Es de hacer notar que las normas establecidas para regular la nulidad son de orden público, por lo que ningún convenio de las partes que intervienen en los actos jurídicos pueden derogarlas.

Por no ser este trabajo sobre derecho civil, es que los comentarios pertinentes sobre la nulidad de los acuerdos emanados de la Junta General, los haremos en forma compendiada; daremos por sentados los conocimientos sobre nulidad.

Nuestro Código Civil trata de la nulidad de conformidad a la llamada teoría clásica que: "...agrupa las sanciones de los actos que no cumplen con los requisitos exigidos, en dos grandes categorías; inexistencia y nulidad, subdividiendo esta última en absoluta y relativa. Resuelve en bloque las cuestiones que se propone solucionar: casos en que se puede intentar una acción de nulidad, personas que pueden invocar la nulidad absoluta y la nulidad relativa, cuando procede la confirmación y la prescripción del acto nulo, etc."(6)

Desde luego que hay que distinguir entre la nulidad y la inexistencia jurídica, daremos un concepto de ésta: es la sanción de los actos celebrados omitiendo cualquiera de los requisitos que exige la ley para su existencia, como por ej.: el consentimiento, el objeto, la causa o las formalidades solemnes exigidas para la existencia del acto.

Es conocida la fuente de donde se originó la teoría de la inexistencia jurídica, por lo que omitimos mayores comentarios.

Entre ambas, nulidad e inexistencia hay varias diferencias:

- a) La nulidad debe ser declarada, la inexistencia no precisa de tal declaración.
- b) Los actos nulos mientras no preceda declaración tienen plenos efectos, los actos inexistentes no los producen jamás.
- c) Los actos nulos admiten saneamiento por el transcurso del tiempo, los actos inexistentes no pueden sanearse nunca;
- d) La nulidad absoluta y la inexistencia no pueden ratificarse por las partes, la nulidad relativa si puede someterse a la ratificación de las partes;
- e) La inexistencia cabe sólo alegarla como excepción dentro de un juicio, la nulidad puede emplearse como acción o como excepción.

- f) La nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o sus herederos o cesionarios, Artículo 1554 C; la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, Artículo 1554 C, lo mismo sucede con la inexistencia, que pueden alegarla todos los interesados.
- g) La nulidad de cualquier clase que sea, judicialmente declarada, sólo beneficia a las partes en cuyo favor se sentenció. El Artículo 1561 C., establece esta regla al decir: "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras". La inexistencia por el contrario si se declara judicialmente, aprovecha a todos sin distinción.
- h) El acto nulo es posible que se tenga por válido, pero dentro de una forma diferente, se puede citar como ejemplo el caso del Artículo 1572 C.: los actos inexistentes no pueden valer de ninguna manera.

Los diversos autores no se han puesto de acuerdo sobre si nuestro Código Civil acepta la teoría de la inexistencia. Los autores chilenos que comentan el Código de Chile, antecedente histórico de nuestra legislación, no han formulado opinión unánime, por el contrario, sus puntos de vista se hallan bastante divididos con fuertes argumentos de cada lado.

El Artículo 1552 C., da un concepto de nulidad absoluta: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutas o acuerdan, son nulidades absolutas". Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces."

Y el mismo artículo dice que "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

En la ciencia del derecho, la palabra nulidad se usa para nominar la

absoluta, para la nulidad relativa se ha escogido la palabra rescisión, aún cuando el Código Civil usa indistintamente ambos términos para referirse a las dos clases de nulidades.

NULIDAD ABSOLUTA

Según el Artículo 1552 C., la nulidad absoluta tiene lugar en los casos que a continuación enumeramos:

- a) Cuando hay causa ilícita;
- b) Cuando hay objeto ilícito;
- c) Por la omisión de ciertos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de los mismos;
- d) Existe tal clase de nulidad en los actos y contratos de las personas absolutamente incapaces.

Tiene ciertas características, que pueden resumirse en las siguientes:

- 1) Puede y debe ser declarada por el Juez cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, Artículo 1553 C.
- 2) Esta clase de nulidad puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.
- 3) El Ministerio Público tiene acción para pedir la nulidad, Artículo 1553 C.;
- 4) No puede ratificarse por el transcurso del tiempo, el Artículo 1553 C., lo dice textualmente: "y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años."
- 5) No puede sanearse por la ratificación de las partes, Artículo 1553 C.

La acción de nulidad no puede renunciarse, pues es de orden público.

No se da de pleno derecho, debe ser decretada en sentencia judicial.

LA NULIDAD RELATIVA

La nulidad relativa tiene lugar en los siguientes casos:

- a) Cuando se omiten ciertas formalidades exigidas en consideración al estado o calidad de las personas que celebran o ejecutan el acto contrato;

- b) Cuando hay fuerza;
- c) Cuando interviene en el acto un relativamente incapaz;
- d) Cuando hay dolo;
- e) Cuando hay error.

Veamos sus principales características:

- 1) La nulidad sólo puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios, Artículo 1554 C.
- 2) Puede sanearse por el lapso de tiempo, Artículo 1554 C.
- 3) Puede sanearse por la ratificación de las partes, Artículo 1554 C.

Las diferencias entre ambas clases de nulidades saltan a la vista y no merecen un comentario más extenso.

La nulidad ya sea absoluta o relativa debe ser declarada por el juez para que produzca efectos.

Los artículos 1558 y 1560 se refieren a los efectos de la nulidad, sea absoluta o relativa, por lo que ambas disposiciones se aplicarán en los dos casos.

La nulidad sólo produce efecto entre las partes, dice el Artículo 1561 C.

Hay que distinguir si se ha cumplido el contrato o no. Si no se ha cumplido por ninguna de las partes, la ejecución del mismo no puede pedirse, puesto que el contrato desaparece juntamente con las obligaciones inherentes al mismo, Artículo 1438 No. 7 C. Si se ha cumplido el contrato se aplica el Artículo 1558 C.

La nulidad, sea absoluta o relativa, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, Artículo 1559 C.

En caso de nulidad hay dos acciones que pueden ejercerse, la primera se refiere a la petición de nulidad del acto o contrato. La segunda es la acción reivindicatoria que está regulada en el Artículo 1559 C. La primera es personal para que se anule el acto o contrato, y la segunda real para que el actual poseedor restituya la cosa que adquirió en virtud del contrato o acto nulo.

En cuanto a la prescripción de las acciones de nulidad ya que se trata aquí de acciones de nulidad de los acuerdos de la Junta General de Accionistas, según el Artículo 995, No. II, del Código de Comercio, dichas acciones prescriben en un año.

Hechas las anteriores digresiones pasamos a examinar con un poco más de detenimiento el régimen de las nulidades dentro del Código de Comercio.

Este es uno de los temas que presenta mayores dificultades, pues como ya lo dijimos, el legislador se remite a la legislación civil para regular los efectos y señala en el Artículo 248, los casos de nulidad. A través del cómodo expediente de esta remisión, el legislador evitó el trabajo de reglamentar en forma detallada la nulidad de los acuerdos, con las consecuencias del caso.

(11) NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE NULIDAD

Para una mejor comprensión de la cuestión, comenzaremos con la siguiente aclaración: la naturaleza jurídica de la nulidad del acuerdo emanado de la Junta General, es distinta de la de nulidad del acto constitutivo de la sociedad. La acción de nulidad tiene un carácter meramente declarativo, y la sentencia debe tener el mismo. La sentencia que recae en el juicio de nulidad del acto de constitución, es constitutiva porque una vez probada la nulidad, debe procederse al nombramiento de los liquidadores con lo que se entra a la liquidación del ente.

En los casos en que el acuerdo es nulo a diferencia de cuando es susceptible de simple impugnación, solamente pueden determinarse los efectos jurídicos puestos de manifiesto al ejecutar el acuerdo o bien los efectos de hecho, esto es contra el derecho del acuerdo. Mas, como todo acto jurídico inexistente o nulo, el acuerdo afectado de vicios no puede producir jurídicamente ningún efecto. Por otra parte, se hace necesario considerar que la apariencia jurídica de un acuerdo pone de manifiesto la necesidad o la oportunidad de una decisión judicial que descubra la nulidad o validez del acuerdo. Esta sería una sentencia de mera declaración.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que para determinar la nulidad de los acuerdos de la Junta General, debemos tener en cuenta tres situaciones de validez: 1) del acuerdo; 2) de la Junta y 3) del voto.

1) Las Juntas pueden celebrarse de manera válida o no; 2) Los acuerdos pueden tener el mismo carácter y 3) los que tome una Junta no válida pueden ser nulos o anulables según el grado de invalidez de la Junta; 4) Un acuerdo tomado por la Junta puede tener plenos efectos aunque para tomarlo hayan concurrido

votos inválidos; pero con la salvedad de que tales votos no tengan el carácter de necesarios para formar la mayoría.

En el Código de Comercio se dan dos acciones para atacar los acuerdos:

1) La acción de nulidad para que se declare nulo o inexistente ya sean o las Juntas o los acuerdos; y 2) La acción de oposición o impugnación para que se decrete la invalidez de los acuerdos por sentencia de Juez.

La nulidad está contemplada en el Artículo 248 y la oposición está regulada en el Artículo 250.

Según las explicaciones del Profesor Rodríguez y Rodríguez, el Artículo 250 de nuestro Código de Comercio, contiene sólo una hipótesis de una acción de impugnación: 1o) Por la terminología que se emplea, lo que da lugar a una interpretación literal para afirmar que se trata sólo de una hipótesis; 2o) los antecedentes históricos del artículo, que se remontan a la doctrina mexicana y ésta a su vez a la italiana, en donde se reconoce que el precepto similar al nuestro, solamente regula la acción de oposición; 3o) Además de que sería un absurdo que pudieran tomarse acuerdos contrarios a la ley o al pacto social y que no pudieran ser atacados por esos vicios, si algunos de los accionistas no reclama, situación que se tornaría en la práctica una burla de la ley y el pacto, cometida por la mayoría de accionistas, ya que los demás socios se verían inhibidos de solicitar la nulidad del acuerdo. Esto es el resultado de la interpretación lógica de la disposición.

La acción de nulidad puede ser intentada por cualquier interesado, ya sea accionista, Administrador o Auditor, aún por aquellos terceros que tengan ciertos derechos, como acciones en garantía o usufructo sobre las mismas y cualquiera que pruebe tener un interés jurídico que saldría perjudicado por el acuerdo nulo.

La acción de oposición sólo puede ser iniciada por los accionistas.

La acción de nulidad prescribe -como lo dijimos-, en el término de un año de conformidad a lo prescrito en el Artículo 995, No. II. La acción de oposición se extingue en seis meses contados a partir de la fecha de la terminación de la Junta General, Artículo 250, inciso final.

(12) VALIDEZ DEL VOTO

En lo que toca a la validez del voto es otro problema que merece tratamiento aparte. Desde luego que el voto es un acto jurídico, puede quedar

sujeto a imperfecciones que lo hagan nulo o inexistente, de conformidad a las normas del derecho civil que se aplican supletoriamente.

La importancia del voto al tomar el acuerdo para deducir las consecuencias, se establece a través de la llamada prueba de resistencia, que no es otra cosa que la determinación de si la omisión del voto viciado habría dado como resultado la imposibilidad del acuerdo.

Un caso que se presta para mostrar en forma más gráfica esto del voto viciado, es el del conflicto de intereses, cuando el derecho al voto haya sido ejercido por un accionista que en una determinada operación tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, Artículo 167, este acuerdo es anulable, pero sólo en cuanto el voto viciado haya influido para formar la mayoría legal. En idénticas circunstancias están los votos que hayan sido emitidos por incapaces o sin el consentimiento del que vota, si se da el caso, de que hayan influido para que se alcanzara la mayoría necesaria, a efecto de conseguir un acuerdo válido.

Cuando el vicio recae sobre todo el voto de la mayoría, no cabe hacerlo pasar por la prueba de la resistencia, será anulable, a pedido de cualquier socio en interés de la entidad, como en el caso del dolo ejercido sobre la masa de socios o por el error en que ha caído la mayoría.

En resumen puede decirse que: en el caso de que sin el voto el acuerdo no se hubiera logrado, las consecuencias resultantes de la nulidad o inexistencia, recaen sobre el acuerdo tomado.

Ahora bien, si el voto no tiene relevancia porque aún sin él el acuerdo habría tomado cuerpo, la validez del mismo se mantiene incólume.

(13) CASOS DE NULIDAD

El número 1 del Artículo 248 establece que serán nulos los acuerdos tomados por la Junta General, cuando la sociedad carezca de capacidad legal para adoptarlos, desde luego que no se contempla tal clase de actos dentro de su objeto o finalidad social.

Cuando no se hace la convocatoria para la Junta General, la reunión se efectúa en contravención a una norma específica del sustrato jurídico que

regula las Sociedades Anónimas, en consecuencia, se viola lo dispuesto en el Código de Comercio, por lo que procede aplicar el Artículo 248, No. II.

El número III del Artículo 248, habla del acuerdo que tenga objeto lícito, imposible o contrario a las buenas costumbres.

Para saber cuándo habrá objeto ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres veremos primero cuándo entenderemos que hay imposibilidad o ilicitud del objeto. Este concepto debe extraerse de la doctrina del acto jurídico que se refiere al mismo tema cuando habla de los contratos. El Artículo 1332 C., dice que el objeto debe ser física y moralmente posible. La imposibilidad puede en consecuencia ser física o moral, el inciso 4o. del Artículo 1332 C aclara: "Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el que es prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público". Según renombrada doctrina, la ilicitud del acuerdo tiene que ver más con la causa del mismo, pues la ley se refiere a la causa para declararlos nulos. En cuanto al contenido de los acuerdos que puede contrariar normas imperativas, la moral o el orden público, desde el mismo instante en que se toman hay una violación de la ley, por lo que serían nulos por transgredir una norma, por ejemplo, los que se refieren al tráfico de drogas prohibidas, de materias dañinas a la salud, etc.

La ilicitud debe aparecer en la agenda de la sesión, pues si no, habría lugar a la acción de oposición por no concordar el acuerdo con la agenda correspondiente, el cual sería un vicio en la constitución del órgano social, mas no de la voluntad de la Junta.

El número IV del Artículo 248, habla de que serán nulos los acuerdos cuyo contenido viole disposiciones dictadas exclusiva o principalmente para la protección de los acreedores de la sociedad, o en atención al interés público.

Este numeral no da mérito para mayores comentarios, pero si es fácil comprender que hay una manifiesta voluntad del legislador de proteger a los acreedores y al público que entra en relaciones con las sociedades, precisamente por la naturaleza de los negocios mercantiles, en los cuales debe estar en situación preponderante la buena fe, pues la realización del tráfico en masa requiere una protección eficaz de la misma y de la seguridad del mencionado tráfico.

Los acuerdos que vulneren los derechos de los accionistas son nulos, Artículo 169 y 170.

Deben considerarse incluidos en esta categoría los acuerdos referidos porque son violadores de la ley, perjudican los llamados derechos individuales de los accionistas de los que solamente ellos son los titulares. Se deben considerar inderogables aunque la violación no haya afectado a la sociedad. Puede estimarse, en el criterio de algunos autores, que aquí lo que hay es una nulidad relativa, porque se refiere a la violación de un interés particular.

(14) CASOS DE OPOSICION

La oposición puede darse en dos casos: 1o.) cuando haya violación a un precepto legal; y 2o.) cuando haya violación a una estipulación del pacto social.

El derecho de oponerse a los acuerdos contrarios a la ley o al pacto social, está reconocido como un derecho especial, inderogable del accionista, que se deriva de otro de mayor entidad como es el de observancia del contrato de la sociedad. Con esto es fácil comprender que la acción de oposición, no puede concederse a todos, como en el caso de la nulidad.

El Artículo 250 dice que corresponde el ejercicio de esta acción a todos los accionistas aún a los de voto limitado.

No obstante lo dicho anteriormente, esta facultad del accionista tiene ciertas limitaciones enumeradas en la misma disposición citada, pues el ejercicio de la acción no compete a los que hubieren asistido a la Junta impugnada o votado a favor del acuerdo o de los acuerdos tomados en la misma, pues con estas actitudes se presume que han renunciado a utilizar la acción, que es potestativa de los accionistas.

Es condición necesaria, para que se pueda ejercer la acción, que se acompañen a la demanda los títulos de las acciones que los opositores representen, así probarán su interés procesal.

En cuanto al objeto de la acción de oposición, es decir, si está concedida para tutelar un derecho subjetivo del accionista o a este, como órgano de tutela de los intereses de la sociedad. La doctrina observa que por la lesión de un derecho subjetivo, el accionista no puede hacer uso de la acción que le concede

el Artículo 250, pero esto no está subordinado a la pretendida calificación de órgano de tutela social que es propia del socio oponente. El fundamento debe buscarse en otra parte, pues hace intervenir a los órganos jurisdiccionales para salvaguardar los derechos del accionista, es un derecho basado en principios generales y mal podría el Código de Comercio reconocer este derecho básico con las limitaciones del Artículo 250. Las limitaciones se han establecido, precisamente en relación con la atribución de una acción al socio para la tutela de un mero interés legítimo o legal.

La acción de oposición prescribe en seis meses contados desde la fecha de la terminación de la respectiva Junta General (Artículo 250 inciso final).

Como una consecuencia lógica de toda la regulación a que se someten la nulidad y la oposición, el Artículo 251 dice que: "En cualquier estado de la causa y a petición de parte interesada, podrá el Juez suspender la ejecución de las resoluciones cuya nulidad hubiere sido demandada conforme los Artículos 248 y 249, o a los cuales se hubiere presentado oposición conforme al artículo anterior".

Las demandas se dirigen contra la sociedad que estará representada por las personas a quienes corresponda, pero en caso de que éstas fueren actores, corresponderá la representación a un curador especial que designará el Juez.

El Artículo 253 dice que la sentencia que dicte en los procesos a que se refieren los artículos anteriores, surtirá sus efectos no sólo contra la sociedad, sino también contra los socios y los terceros.

En todo caso quedarán a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, en virtud de actos realizados en ejecución del acuerdo.

El problema que podría presentarse sin que existiera el segundo inciso del artículo citado, es el de la inoponibilidad al tercero de los vicios que afectan el acuerdo social, pero el Código de Comercio resuelve dicha situación con esta regla.

Se aplica aquí la llamada teoría de la confianza que no significa que la apariencia posea un valor absoluto sino que se protege la buena fe. El tercero está protegido por la ley siempre que haya demostrado diligencia informándose bien antes de contratar.

Podemos encontrar en los artículos 750 y 751 C., las normas que sirven de directrices sobre la buena fe, pues este principio ha obtenido categoría de esencial para el derecho, e indispensable para actuar y quien lo hace de buena fe, confiando en las apariencias ajenas merece toda la protección de la ley. La justicia no puede desamparar a los terceros que han adquirido derechos a través de un acuerdo nulo o con vicios.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO VIII

- (1) Diccionario de la Lengua Española, página 419, Ed. 1947
- (2) Diccionario de la Lengua Española, página 416, Ed. 1947
- (3) Brunetti, obra citada, página 357, Tomo II.
- (4) Brunetti, obra citada, página 409, Tomo II.
- (5) Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, página 286, Tomo I.
- (6) Alessandri Rodríguez y Somarriva U., obra citada, página 415, Tomo I.

CAPITULO IX

ORGANO ADMINISTRATIVO

Según el artículo 254, la administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios directores que podrán ser o no accionistas.

La administración es uno de los principales órganos de la sociedad anónima. Las facultades de dirección y de representación están a cargo de ella. Es quizás el órgano de más relevancia dentro de la sociedad. Su actividad es indispensable para que se ejecuten a cabalidad los acuerdos de la junta general. Por el hecho de poseer una serie de datos y cifras que escapan a los accionistas y que se refieren a la marcha de los negocios sociales, la administración está en mayor capacidad que la junta general de manejar la empresa, con eficiencia. Es quien contrata al personal técnico como al resto del mismo; trata con las distintas personas que se relacionan con la empresa, etc. Sobre todo esta actividad se despliega la labor de vigilancia del órgano de control y de los socios, pues aun cuando éstos puedan obtener información que le permita conocer de mejor manera el rumbo que llevan los negocios sociales, la verdad es que no lo hacen con la debida frecuencia.

Es así como el administrador único o la Junta Directiva, debe al final de cada ejercicio practicar un balance y estado de pérdidas y ganancias, los cuales se acompañarán de una memoria anual de labores, como una especie de rendición de cuentas de sugestión que deberá someterse a la consideración de la Junta General para su aprobación o rechazo.

El Código de Comercio considera en articulado completamente aparte el órgano administrativo, diferenciándolo de la Junta General y del órgano de vigilancia.

Por el hecho de haberse estructurado la administración en la forma actual dentro de la ley, tenemos una mejor posición para catalogarla y circunscribirla como órgano social. Puede decirse que es un agregado necesario de la Junta General, que es el órgano supremo, llamado legislativo, entre tanto la Junta Directiva desempeña labores de administración y representación, Artículos 220, 254 y 260. La

Junta Directiva o el único administrador forman parte del organismo social, que - ejerce su voluntad a través de la ordenación de su propia actividad. Entonces - tendremos a la Junta General como órgano de decisión, a la Junta Directiva como órgano de gestión y representación y, al auditor y al Consejo de vigilancia en su caso, como órgano de control; la reunión de todos ellos constituyen la sociedad anónima; además hay que considerar que por la naturaleza de la sociedad anónima es que debe haber diferencia entre la propiedad de la entidad y la dirección de la misma.

Con las nuevas bases teóricas y doctrinarias del Código de Comercio, es dable considerar que la Junta Directiva o el administrador único no son mandatarios en el concepto civilista, puede asumirse que la relación entre los administradores y la sociedad es de representación y de prestación de ciertos servicios; esta posición se refuerza si consideramos que aun cuando los administradores son nombrados por la Junta General, tienen poderes propios derivados de su función y que la ley les atribuye, así: negarse a ejecutar acuerdos notariamente ilegales. Por otra parte, el Código de Comercio no los califica como mandatarios y si hace una referencia al mandato en el Artículo 275 No. II, no es, a juicio nuestro, que se refiera al mandato civil, sino que da una pauta a seguir para el debido ejercicio de su función y los deberes que les imponen la ley y el pacto social.

Sobre tan interesante tema dice Brunetti: ""La relación contractual debe excluirse bajo cualquier aspecto que se presente porque, en el acto de nombramiento de los administradores, aunque esté sometido a aceptación, se ha de ver solamente un acto unilateral, que tal es, por lo regular, el acuerdo de la asamblea. Es más claro el concepto de Messineo que define a los administradores como investidos de un cargo de derecho privado: "mal se asemeja por eso el administrador al mandatario. Se ha de considerar que no puede ser mandato un encargo al que no se puede renunciar ad libitum, aunque exista una justa causa de renuncia". La prueba de ello se tiene considerando el mismo concepto de representación orgánica que es distinta de representación negocial. "Se puede decir, añade Messineo, que la relación existente entre persona jurídica y órgano en general es una relación llamada orgánica para expresar que existe,

en cierto modo, una compenetración entre persona jurídica y órgano y no separación como la que hay entre presentante y representado que tienen cada uno de ellos su propia voluntad y libertad. La actividad del órgano de la persona jurídica, a diferencia de la del representante, se desarrolla también en la vida interna de la persona misma (gestión y administración) y fuera, eventualmente, de toda relación con terceros. La relación orgánica es una relación intrínseca de la vida de la persona jurídica".

Solamente así se consigue establecer el por qué el colegio de los administradores, convirtiéndose en órgano de la sociedad desde el mismo momento en que la persona jurídica nace (Art. 2331), sólo puede tener un origen unilateral. El colegio nace como órgano esencial de capacidad de la persona jurídica, lo que lleva a excluir por lógica evidente la existencia de un contrato entre la sociedad y administradores con relación a la gestión social. "" (7).

El órgano administrativo es colegiado, indispensable y permanente, formado por personas que pueden ser o no accionistas, que ejerce sus funciones por tiempo fijo, electos por la Junta General, con facultades para efectuar los actos necesarios de gestión, en representación de la sociedad; que asumen responsabilidad solidaria por su actuación en violación de las obligaciones que les señala la ley y la escritura de constitución.

1o. Es un órgano colegiado. El Art. 254 habla de que la administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios directores. Pero puede haber un administrador único, por lo que el elemento de cuerpo colegiado no es esencial en la definición dada al principio.

2o. Órgano indispensable para la vida social, de tal modo que la Junta General debe nombrar a los administradores para que la sociedad funcione, de lo contrario la consecución de su finalidad se tornaría imposible y de conformidad al Art. 187 No. 11 podría ser causa de disolución de la sociedad.

3o. Permanente, así debe ser, a diferencia de la Junta General que se reúne para tomar los acuerdos necesarios sólo en las fechas que señala la ley, el pacto social o la misma junta. La administración es continua, sin interrupciones. La base para esta aseveración se encuentra en lo que disponen los ar-

tículos 255, 264, 265 y 266.

4o. El artículo 254 dice que los directores, pueden ser o no accionistas, porque en la sociedad anónima el elemento de confianza que figura en las sociedades de personas no tiene esa relevancia.

5o. El mismo artículo 254 señala que la Junta General nombra a los directores y el Artículo 223 No. II que toca a la Junta General Ordinaria nombrar a los administradores. El período de duración del cargo no puede ser mayor de cinco años, Art. 255.

6o. Organo dispuesto para realizar los actos de gestión necesarios.

Desde luego que la Junta Directiva puede estar formada por no accionistas, ello no quiere decir que sea extraña a la sociedad, sino que es un elemento de ella y es por esto que debe realizar la gestión necesaria a la vida social y a la consecución de su objeto. La gestión se refiere a los aspectos internos de la entidad, del giro ordinario, como las convocatorias a Juntas Generales, formación de inventarios, balances, estados de pérdidas y ganancias.

7o. Organo de representación de la sociedad. El Artículo 260 manda que la representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponde al director único o al presidente de la Junta Directiva. La representación atañe a la parte externa del hacer de la sociedad, la cual se ejerce efectuando las operaciones a que destine su capital y le señalen su objeto.

8o. Que asume responsabilidad solidaria por su actuación con violación de la ley o el pacto social. El Artículo 276 dice que los directores son responsables solidariamente. La responsabilidad tiene una calidad extracontractual que deviene de no conservar el haber social incólume, en perjuicio de los acreedores y terceros interesados.

(1) NOMBRAMIENTO

Aunque la ley no lo dice, suponemos que el nombramiento de los directores y del director único debe ser aceptado para que surta plenos efectos. No es que a través de la aceptación se perfeccione un contrato puesto que el nombramiento es un acto unilateral. La aceptación podría ser expresa o tácita: será expresa cuando se consigne en el acta o hay una comunicación por escrito del nombrado; y será tácita cuando se empieza a desempeñar el cargo sin ninguna

manifestación. El nombramiento deberá registrarse en el respectivo Registro de Comercio, Artículo 458 y 465 No. II.

Según el Artículo 257, para ser administrador es preciso tener la capacidad necesaria para el ejercicio del comercio y no estar comprendido entre las prohibiciones e incompatibilidades que el Código de Comercio establece para tal ejercicio, Artículos 7, 11 y 12. Pero a fin de esclarecerse hasta donde podamos lo relativo a este tema, podemos distinguir: a) la incompatibilidad que consiste en que alguien está privado de dedicarse al comercio porque desempeña ciertas funciones públicas o sociales que se oponen a la industria mercantil o que se avienen con ella; b) la inhabilidad, es el estado en que se encuentra una determinada persona, el que le impide ejercer una actividad profesional, en razón de su comportamiento; y, c) la incapacidad es una circunstancia que según la ley impide a determinada persona ejercer el comercio, por ejemplo: el menor de edad, el enajenado o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir.

Las personas que quedan enmarcadas dentro de los literales del párrafo anterior no pueden pertenecer a los órganos administrativos; y en el supuesto caso de que les nombrara, habría mérito para su inmediata destitución.

La Junta General puede revocar el nombramiento de los directores en cualquier tiempo, Artículo 255. El que la citada disposición mencione la revocación del cargo, puede interpretarse en el sentido de que el nombramiento implica un mandato, pero debemos recordar, una vez más, que aun cuando se trata de una representación orgánica la confianza del órgano es un equivalente a la revocación del mandato. La Junta General puede revocar el nombramiento de los directores cuando a consecuencia de determinados actos en perjuicio de la entidad hayan dejado de merecer confianza. Esta revocación debe inscribirse en el Registro de Comercio Artículos 465 y 475.

El artículo 261 faculta a la Junta Directiva para que de conformidad al pacto social puede delegar sus funciones de administración en uno de sus directores o en comisiones formadas por los mismos. Ahora bien, creemos que hay algunas atribuciones que no pueden delegarse como: a) la que señala el Art. 283 que a cargo del administrador único o de la Junta Directiva; b) los que se refieren al aumento

de capital Art. 173; c) la que se refiere a la disminución de capital por pérdidas Artículos 37 y 186.

La Junta Directiva tendrá entonces, a su lado, comisiones o directores delegados como órganos facultativos, que no pueden considerarse como carentes de importancia puesto que la práctica de otros países ha demostrado la bondad del sistema a través del éxito de los asuntos que se les encomiendan, más cuando éstos no son de rutina. No son en verdad otro órgano de la sociedad porque sus facultades surgen directamente de la directiva, tanto es así que ella responde solidariamente de su gestión, Artículo 276; por otra parte el artículo 261 dice que la delegación debe estar autorizada por el pacto social.

Aunque ya lo dijimos conviene recalcar que la Junta General puede nombrar un administrador único, lo que acontece en entidades de poco capital. Queda este administrador sujeto en cuanto se refiere a sus facultades y responsabilidades a las mismas prescripciones que rigen la actuación de la Junta Directiva, este nombramiento también puede ser revocado por la Junta General. Artículo 254.

Otro punto que tiene especial interés es el hecho de que según el Art. 255 los directores son reelegibles.

Por otra parte hay que considerar que puede ser administrador otra sociedad.

(2) GARANTIA PRESTADA POR LOS ADMINISTRADORES

El Artículo 259 indica: "En el pacto social se puede establecer que los directores presten la garantía que en el mismo se determinará, etc."

Esta garantía debe constituirse antes de la toma de posesión, de lo contrario el director o los directores no podrán asumir sus cargos. Las leyes belgas, francesas e italianas, contemplan esta clase de cauciones, por lo que puede decirse que son antecedentes de nuestra legislación.

De lo dicho en el artículo, se desprende que la garantía es en favor de la sociedad, ya que dice: "para asegurar las responsabilidades que pudieren contraer en el desempeño de su cargo". Esto constituye un avance respecto de otras leyes extranjeras en donde no se dice respecto a quien garantiza la caución si a la sociedad o a terceros.

¿Qué pasa si los directores no otorgan la garantía? Es de suponer que el

pacto social deberá fijar un plazo dentro del cual se deberá rendir la caución o de lo contrario se tendrá por revocado el nombramiento. Actuarán así las cláusulas del pacto social como una especie de condición resolutoria que surge como consecuencia del nombramiento.

El artículo 259, inciso 2o. dice que si la garantía consistiere en el depósito de acciones de la sociedad, éste se hará en un establecimiento bancario y, mientras dure tal depósito, las acciones serán intransmisibles, por lo tanto deberá hacerse constar el gravamen de los títulos.

El artículo 268 regula lo relativo a la renuncia de los administradores. La renuncia surte efecto sin necesidad de aceptación. Aunque la ley no lo diga deberá entenderse que la renuncia ha de ser presentada por escrito, la de los directores a la Junta Directiva y la del único administrador al suplente que se haya nombrado.

El Artículo 262 de las reglas necesarias en defecto del pacto social, sobre la manera de establecer los cargos que existirán dentro de la Junta Directiva.

El Artículo 263 tiene disposiciones de suma importancia que representan un avance respecto a la legislación derogada, puesto que en la citada norma está prescrita la representación obligatoria de las minorías dentro de la Junta Directiva, mediante un sistema de elección a base de la representación proporcional. Esta forma de protección de las minorías se encuentra igualmente en otras legislaciones, por lo que con disposiciones como la comentada, El Salvador se incorpora a las más avanzadas leyes mercantiles.

El Artículo 264 establece una regla de suma importancia; la obligación de elegir un número de suplentes de los directores de la sociedad, cuando existan vacantes en la directiva, ya sean temporales o definitivas.

El artículo 265 se refiere a que los administradores continuarán en sus funciones aun cuando hubiere concluido el período para el cual fueron electos, mientras no se elijan los sustitutos y éstos no tomen posesión de sus cargos.

Es natural que se disponga tal cosa, desde luego que la administración de la sociedad es de primordial importancia para la buena marcha de la empresa; y es de imperiosa necesidad la continuidad de los actos de gestión y representa-

ción.

El Artículo 266 contiene otra regla importante y que se refiere a la responsabilidad de los administradores, por la que éstos cesan en el desempeño de sus funciones desde el momento en que la Junta General decida exigirselas judicialmente, en ese instante cesa la confianza depositada en ellos y no conviene a los intereses sociales que tales personas sigan al frente de los negocios empresariales.

El Artículo 267 prescribe algo de consecuencias lógicas: si el administrador pierde las calidades necesarias para el desempeño de su cargo y éstas se declaran judicialmente, la remoción del mismo se impone desde luego que su permanencia en el cargo implica una violación flagrante a las normas establecidas para el normal funcionamiento de la sociedad; además de que el administrador afectado se coloca fuera del supuesto legal de que todo administrador debe ser capaz y hábil para desempeñar el cargo, Artículo 257.

Otra disposición que interesa sobremanera es la del Artículo 269, referente a que el pacto social determinará la forma de la convocatoria de la Junta Directiva, el lugar y la frecuencia de la reunión, los requisitos para el levantamiento de las actas y los demás detalles sobre su funcionamiento.

Todos los directores están obligados a concurrir a las juntas que efectúe la directiva, pues de lo contrario no estará actuando tal como lo ordena el artículo 947, que dice que las obligaciones mercantiles deben cumplirse como un buen comerciante en negocio propio, ya que, repetimos para ser director se debe estar capacitado para ejercer el comercio.

El pacto deberá determinar con cuántos de los directores se considerará reunida válidamente la Junta Directiva, es aconsejable que se establezca la mitad más uno, cuando el número lo permita.

Debe reunirse la directiva previa convocatoria, que suponemos debe hacerse por el presidente de la Junta Directiva.

La convocatoria debe contener la agenda en donde se puntualizarán los asuntos que tratarán los administradores.

El Artículo 258 dispone que la directiva celebrará una sesión válida con la asistencia de la mayoría de sus miembros y tomará sus resoluciones por mayo-

ría de votos de los presentes.

El inciso 2o. del Artículo 269 regula lo que puede llamarse conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad, y da como regla conducente para aplicar a esta particular situación el Artículo 167, que habla de una situación similar en el caso del accionista con intereses contrarios.

En los casos en que existe una Junta Directiva, ésta no puede realizar su labor con la debida diligencia y continuidad que requieren las operaciones, bastante numerosas, de la sociedad anónima. Es por esto que usualmente para descargar el trabajo de los administradores se constituye un órgano de dirección, con personal menor que el de administración y bajo la tutela de aquél, o bien se nombra una sola persona como gerente que tendría en sus manos la labor cotidiana. Este tipo de nombramiento, tiene como fundamento el hecho de que un organismo colegiado no puede estar reunido permanentemente, para resolver todos los problemas que conllevan las funciones de gestión y representación. Jurídicamente pueden considerarse en la misma posición que los administradores, por lo que nos remitimos a lo dicho al respecto.

Del Artículo 270 al 274 el Código de Comercio regula el nombramiento, atribuciones y demás pormenores en relación con ellos.

Los gerentes son personas que están encargadas de representar a la sociedad, de administrarla dentro de ciertos límites y de hacer que se cumplan los acuerdos que toman los órganos sociales.

El Artículo 270 establece que podrán haber varios gerentes generales o especiales, los cuales podrán ser nombrados por la directiva o por la junta general; con la consecuencia de que pueden existir entonces varios gerentes dentro del personal de la entidad.

Los gerentes deben tener los requisitos necesarios para ser comerciante, artículo 273; además deben ser una persona física y rendir la garantía que señale el pacto social o la que les exija la junta directiva o la general. En caso de que no se expresen sus atribuciones tendrá las de un factor, que el Artículo 365 define como la persona quien dirige por cuenta ajena, una empresa, una rama especial de ella o un establecimiento de la misma.

La credencial que acredite a los gerentes debe inscribirse en el Registro de Comercio Artículo 465 No. II.

Según el Artículo 274 sea quien sea que haya nombrado al gerente, corresponde a los administradores la dirección y vigilancia de su gestión y responderán por los daños que ocasione a la sociedad, si faltaren con dolo o culpa de estos deberes. Es natural que así sea, si tenemos presente la naturaleza de la función de los administradores, quienes son los que llevan la gestión social durante todo el ejercicio, quienes están más en contacto con todo lo que atañe a la marcha de la empresa. La Junta General no tiene ese carácter, no es un órgano permanente sino ocasional, no puede por lo tanto vigilar en todo momento a los gerentes y a los administradores.

(3) SOMERO ANALISIS DE LA GESTION ADMINISTRATIVA

La Junta General por su propia naturaleza no es el órgano adecuado para llevar la gestión administrativa de la sociedad. Su hacer es demasiado lento, para llegar a un acuerdo se requiere de numerosos trámites y formalidades, que si se quisiera realizar con rapidez un acto provechoso a la entidad sería inútil, - puesto que el momento oportuno había pasado al llegar el acuerdo. La Junta Directiva es la indicada para realizar a cabalidad tal función.

La Junta Directiva en su calidad de órgano gestor de la sociedad, deberá ceñirse en su actividad al objeto o finalidad que señala el pacto social, ya que fuera del mismo se cae en el campo de la ilegitimidad.

No parece necesario advertirlo, pero cuando habla de actos de gestión administrativa, no quiere sólo decirse que se lleve la contabilidad de la sociedad, lo cual es una actividad suplementaria, sino que se realicen los actos necesarios para la consecución del objeto social.

El Art. 260 establece que la representación judicial y extrajudicial de la sociedad y el uso de la firma social corresponden al director único o al Presidente de la Junta Directiva en su caso. Estamos siempre dentro de la representación orgánica. Los directores no son representantes sin más ni más, la extensión de sus poderes y el límite de sus atribuciones en el ejercicio de la repre-

sentación, están señalados en el pacto social; pueden realizar todos los actos que están dentro de la órbita del objeto social, así la sociedad será obligada ante terceros en virtud de los actos de los administradores. No puede señalarse con precisión respecto al acto, que el mismo pertenece a los que quedan dentro del objeto social, porque en esta materia debe seguirse un criterio elástico pero prudente.

Aparte de que la Junta Directiva debe actuar dentro del marco indicado, su función primordial tiene otras fases de suma importancia:

- 1o.) Ejecutar los actos que le señala la ley;
- 2o.) Administrar;
- 3o.) Ejecutar los acuerdos de la Junta General.

No es, como se ha dicho, un órgano meramente ojeutor de los acuerdos emanados de la Junta General, si tomamos en cuenta que la administración es mucho más compleja y tiene un carácter de permanencia mucho más acentuado y que en ella se subsume toda relación que la sociedad pueda tener y a la que se le pueden descubrir dos matices:

- a) en el aspecto exterior la manifestación de voluntad social con personas extrañas o terceros
- b) en lo que se refiere al interior, la manera de cómo se constituye o forma la voluntad de la Junta Directiva para actuar dentro de su jurisdicción.

Hacemos notar que son dos caras bien diferentes: como se llega a formar la voluntad de la Directiva y el modo en que ésta trasciende al exterior. El Art. 269 dice que el pacto social determinará al forma de convocatoria de la Junta Directiva, el lugar y la frecuencia de la reunión, los requisitos para el levantamiento de las actas y los demás detalles sobre su funcionamiento. El Artículo 258 establece los requisitos de validez de los acuerdos de la directiva:

- a) En cuanto a la presencia dice que bastará la mayoría de sus miembros.
- b) En lo que se refiere a las resoluciones es la mayoría el número necesario para que la haya.

De conformidad al Artículo 257, inciso 2o., el cargo de director es personal y no podrá desempeñarse por medio de representante, de modo que el director deberá hacerse presente en la sesión y votar, no puede hacerlo a través de

un representante.

Los acuerdos tomados deberán registrarse en acta que se asentará en un libro, Artículo 269; esto es necesario para que exista prueba de la misma, aunque según los autores no es requisito indispensable de su existencia.

De conformidad al Artículo 277 si uno o varios de los directores no están conformes con un acuerdo y pretenden librar su responsabilidad, deberán pedir que se haga constar tal circunstancia en el acta de la sesión, o manifestarlo por escrito dentro de tres días de tal resolución, cuando no hubieren concurrido a la sesión respectiva.

El Artículo 275 da ciertas reglas que se refieren a las prohibiciones impuestas a los administradores y gerentes para realizar determinadas actividades.

El numeral primero se refiere a que no podrán aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos la firma social.

El aplicar fondos ajenos o negocios propios linda en los terrenos del campo penal, por lo que el administrador o gerente quedarían sujetos a la responsabilidad consiguiente.

El numeral segundo prohíbe hacer por cuenta de la sociedad operaciones de índole diferente de la finalidad social; tales actos dice el artículo, se considerarán como violación expresa del mandato.

Los actos que ejecuta la sociedad, a través de sus órganos, la obligan. Pero si éstos escapan a la esfera de su finalidad social, serán nulos, puesto que carece de capacidad para efectuarlos, y de conformidad a las reglas generales sobre la materia que establece el Código Civil carecen de validez.

El numeral tercero contiene una disposición que trata de algo sumamente importante, como es el conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador o gerente, al cual presenta matices similares al que hay entre el accionista y la sociedad.

Este conflicto entre el administrador o gerente y la sociedad recae directamente sobre la representación que ejerce, como órgano, el administrador. Es por decirlo así, un obstáculo para la normal relación que existe en la representación. Cuando actúa el administrador en tales circunstancias no puede considerársele co-

mo haciendo uso de la facultad de representar que tiene, pues surge una incompatibilidad dado el fin por el cual se lo ha conferido la representación, ya que deviene un perjuicio para la sociedad representada, cuya causa es el ejercicio ilegal de la representación.

Un comentario parecido podría hacerse en lo que atañe al numeral cuarto del artículo comentado. Añadiremos que tales actos los podrá realizar el administrador o gerente cuando haya obtenido autorización especial y expresa de la Junta General para la operación.

En este mismo numeral se encuentra la salvedad de que no se considerarán - como negociación con la sociedad, la prestación de servicios personales a la misma, siempre que la remuneración percibida por ellos se encuentre dentro de los límites de lo que usualmente se paga por servicios de igual índole.

El inciso segundo del numeral IV del Artículo 275 contiene una prohibición que tiene relación con el Artículo 197 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, pues en este inciso se dice: "pero en ningún caso se le podrá autorizar para recibir crédito de la sociedad", y al principio se refirió a que clase de sociedades: bancarias, de seguros, de ahorro, y en general, de cualquier tipo de las que trabajan con dinero del público. La disposición citada dice: "en ningún caso", pero el Artículo 197 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares establece ciertas salvedades que permiten ese tipo de operaciones. A nuestro juicio, por el hecho de ser la ley últimamente citada, ley especial, aplicable a las instituciones que trabajan con dineros del público, ella es la que regula esta materia, y el Código de Comercio queda derogado o no rige en este tipo de operaciones. La razón que se tuvo para legislar así fue, como lo dice el doctor Lara Velado, uno de los redactores del proyecto de código hoy aprobado: "La razón de este criterio es que las sociedades de esta clase, más que dineros propios dispone de dineros del público, el cual no puede convocarse a junta para darle autorización, por lo tanto esta autorización no puede concederse sin afectar intereses que no pertenecen a los accionistas y sobre los cuales, en consecuencia, éstos no pueden disponer". (8).

Finalmente consignaremos que los administradores no pueden fijarse compen-

sación alguna por su administración; tal cosa se establece en el pacto social o si no es la Junta General Ordinaria la que dispondrá al respecto, Artículo 223, No. III. En caso de que el pacto social nada diga y la Junta General sea renuente a fijar los emolumentos, no queda a los administradores más que recurrir a la vía judicial.

(4) LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Si nos atuviéramos a los conceptos clásicos sobre la materia de responsabilidad de los administradores, ésta sería la de un mandatario, aparte de la penal que pudiera corresponderle. No obstante, el Derecho Mercantil ha evolucionado en ese sentido y sobre todo en lo que a sociedades anónimas respecta en donde se ha sustituido el concepto de mandato por el de órgano social, para caracterizar la naturaleza jurídica de la función de gestión.

Muchas legislaciones se han mantenido en la posición de considerar a los administradores como mandatarios, por lo que las soluciones que da la doctrina en materia de responsabilidad, son un trasunto de las reglas del mandato, es más, no obstante que se considere a los administradores como representantes de las sociedades y no como mandatarios, es factible aplicar las reglas del referido contrato para establecer la responsabilidad.

Pero si eliminamos la figura del mandato, y con las nuevas bases teóricas de nuestra legislación partimos de la concepción organicista, al tomar como base la responsabilidad contractual que se deriva del mandato es tarea completamente inoficiosa. La responsabilidad de los administradores deviene de su gestión y aun cuando el Artículo 275 No. II haga mención a la violación de los términos del mandato, no es esta la medida adecuada para graduar la responsabilidad, ni quiere decir que la relación entre director y sociedad es la del mandato, pues como lo dijimos anteriormente el nombramiento hecho por la Junta General es un acto unilateral y la aceptación del cargo no viene a ser más que una mera adhesión.

La Junta General debe actuar con la mira puesta en el bien de la sociedad y con apego a la regulación que contienen el pacto social, los estatutos y la ley, la cual es de cumplimiento ineludible. En caso de que los administradores obser-

ven conducta negligente que perjudique o contrarie los intereses de la sociedad o viole las normas legales que les fijan facultades y obligaciones con menoscabo del patrimonio social, deben responder ante la misma y terceros dañados.

Si convenimos en que la responsabilidad de los administradores les viene de su condición de órganos de la sociedad, o sea responsabilidad orgánica, entonces no cabe más que aplicar el Artículo 1308 C., que habla de la fuente de las obligaciones y, como ésta, en particular deriva de actos o hechos jurídicos de un órgano social, su fuente es la ley.

En varias legislaciones, como la francesa y las que siguen su esquema la responsabilidad de los administradores es tratada aisladamente con desconocimiento de las funciones que ejerce la Junta Directiva, más aún, si se considera que muchas de esas regulaciones son bastante escuetas, lo que da lugar a grandes vacíos en el tratamiento de tan delicado asunto.

No puede aplicarse, en todos los casos que pueden surgir, el llamado principio de la culpa mancomunada, pues se vuelve necesario a todas luces, deslindar la intervención de cada individuo en el acuerdo que sirve de basamento a la responsabilidad.

Al adoptar otros criterios, legislaciones modernas, por así decirlo, han abandonado en primer término toda referencia a que los administradores tienen un contrato de mandato con la sociedad y de ahí deducir las responsabilidades.

No interesa mayormente determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores. Siguiendo las doctrinas más recientes se ha establecido que la culpa y la responsabilidad que ella trae, serán contractuales toda vez que haya entre las personas involucradas una obligación anterior, no importando la fuente de la cual emane, asimismo la culpa y la responsabilidad serán extracontractuales cuando no haya ninguna obligación anterior entre los interesados, a no ser el deber general de no causar daño a otro.

De conformidad con lo dicho, para calificar cuándo serán responsables los administradores, habrá que fundamentarse en que no existe una obligación preconstituida y que no haya un contrato entre dichas personas y la sociedad anónima. Por otra parte según lo expresado, la culpa será extracontractual si deriva

de hechos ilícitos que causen daño a terceros.

La entidad dañada debe probar que existió realmente el daño, que ha habido negligencia, malicia o culpa y claro está, probar la relación de causa a efecto que pueda existir entre la conducta del administrador y el daño causado.

Los administradores actúan como comerciantes frente a su negocio, no obstante que la sociedad es la persona que ejecuta estos actos mercantiles. Su gestión debe ser ordenada y prudente, tanto dentro del seno de la Directiva o aquel caso en que se ha nombrado a un solo administrador o la directiva lo ha delegado para determinadas funciones. Al administrar los intereses ajenos, debe extremarse la diligencia en el actuar, cumpliendo fielmente, defendiendo a la entidad y dejando de lado los intereses personales.

Establecer reglas concretas sobre la conducta de los administradores es tarea difícil, por eso las legislaciones evitan regular en detalle la actuación de ellos. Las fórmulas se dan dentro de un marco de flexibilidad adaptable a las circunstancias.

El que una empresa sea bien o mal administrada, depende de las resoluciones que se adopten para su manejo, pero debe tenerse en cuenta que las negociaciones de toda entidad comercial tienen siempre un carácter que finca sus raíces en el azar propio del comercio. Si una operación resulta o no provechosa para la sociedad es cuestión de ver el resultado final. Por eso no se pueden dar reglas que determinen con anticipación como deberán ejercer su cargo los administradores. Téngase bien presente que éstos no responden de que la sociedad tenga éxito, sino más bien de que su gestión ha sido acorde con lo que aconseja la práctica sana dentro del comercio.

Asimismo debe contarse con que las empresas no se manejan todas del mismo modo, distinto es un banco, de una empresa de calzado, de una compañía de seguros, de una empresa de minería. Por eso la diligencia a observarse debe ser acorde con la empresa de que se trate. Con esa base podrá exigirse alguna responsabilidad a los administradores.

Algunas leyes señalan, cuando responden penalmente los administradores, pero otras, con mejor criterio, evaden tratar este tema en sus artículos, tan solo la

responsabilidad civil se contempla dentro de las normas. Tratándose de la responsabilidad civil, no se hace enumeración de todos los casos en que se incurrirá en ella. Este esquema no es seguido por todas las legislaciones, la italiana y la alemana si enumeran lista de casos.

Hay ciertos elementos que integran o dan forma a la responsabilidad de los administradores: desempeñar el cargo en forma eficiente, por lo que nace la responsabilidad cuando no cumplen con su cometido a cabalidad, pero para ello es preciso determinar cuáles son las obligaciones a que están sujetos: unas las menciona la ley y las otras surgen de la calidad de los administradores.

Deben obrar en el ejercicio del cargo con la diligencia inherente al mismo. La diligencia es de un tipo abstracto, pero no rígido, como ya se dijo; adaptable a las circunstancias.

No es suficiente, por otra parte, con demostrar que el administrador ha incurrido en incumplimientos, se hace necesario establecer fehacientemente que la conducta ha producido daño, que hay relación de causa a efecto entre dicha conducta y el daño.

Para el establecimiento de daño y del monto de la indemnización hay que acudir a las normas del Derecho Civil.

En cuanto a la culpabilidad de los administradores, responderán del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Los lineamientos anteriores son seguidos por varias legislaciones, entre ellas la española, otras como antes indicamos tratan la materia a través del régimen a que se encuentra sometido el contrato de mandato.

Nótese que los administradores no responden más que de la culpa grave, pues nadie aceptaría esos cargos ante la posibilidad de verse sometido a juicio por faltas de diligencia leves. Al respecto cabe citar una frase del maestro Garrigues que dice: "En resumen, la responsabilidad del administrador no empieza allí donde termina su diligencia, sino donde comienza su malicia o negligencia grave o su abuso de facultades". (9).

Los directores son responsables por acción u omisión ya que deben cumplir con sus obligaciones con la debida diligencia. Su responsabilidad es solidaria: tie-

ne tres fases o aspectos:

a) Responden para con la sociedad debido a la transgresión de los deberes ajenos a su cargo, derivados de los acuerdos de la junta general, el pacto social o la ley.

b) Con los acreedores sociales, porque al no haber cumplido con sus obligaciones se afecta al patrimonio social;

c) Con los accionistas o los terceros que ha sufrido daño como consecuencia de los actos o hechos culpables de los administradores.

Conviene aquí hacer ver que los administradores, al menos teóricamente, pueden llegar a tener una especie de culpa por su negligencia en la vigilancia de los negocios sociales, puesto que este es uno de sus deberes primordiales. Y esta es una exigencia que va en concordancia con la disciplina a que se encuentran sometidas las sociedades anónimas, de lo contrario, el ser director implicaría una posición de privilegio, pero, la regla no debe ser tan rígida que impida el que personas verdaderamente capaces opten a tales cargos debido al temor de incurrir en esa clase de culpa.

El Artículo 276 habla de que los directores son solidariamente responsables. Este carácter nace de la forma de cuerpo colegiado que tiene la Junta Directiva, dentro de la que cada uno responde por el hecho de otros.

Para que se rompa esta regla establecida por el artículo comentado, el mismo establece las excepciones:

1o.) En caso de delegación de sus funciones, siempre que por parte de los delegantes, no hubiere dolo o culpa grave al no impedir los actos u omisiones particulares.

2o.) Cuando se trate de actos de directores delegados cuyas funciones se hayan determinado en el pacto social o hubieren sido aprobadas por la asamblea general.

El Artículo 277 hace también una salvedad sobre la solidaridad dentro de la responsabilidad de los administradores: "No será responsable el director que haga constar su inconformidad en el acta de la sesión en que se haya deliberado y resuelto el acto de que se trate; o lo manifieste por escrito dentro de tres días

de haber tenido conocimiento de tal resolución, cuando no hubiere concurrido a la sesión respectiva. El que desee librarse de la responsabilidad solidaria debe probar su inculpabilidad en el acto impugnado.

En relación a la responsabilidad de los administradores debe tenerse presente el problema, de si son válidos los convenios por los cuales los directores quedan liberados de toda responsabilidad frente a la sociedad y los accionistas. En cuanto a terceros no puede ni siquiera concebirse, a menos que precediera igual convenio con el tercero, lo cual es improbable aunque no imposible.

En doctrina se discute si tiene valor o no que la sociedad renuncie por anticipado a la acción de responsabilidad. La negativa se impone en la mayoría a los que contratan con la sociedad, además de los accionistas y los acreedores. Don Joaquín Garrigues se pronuncia porque si tienen validez estas cláusulas, aun teniendo en cuenta que la condonación del dolo futuro no vale, ya que dice: - ""Nos referimos, claro está, a las cláusulas que no se limitan, como hace la mayoría de ellas, a decir que todas las cuestiones que se susciten entre los accionistas y la compañía serán dirimidas por árbitros o amigables componedores. Es necesario que la cláusula compromisoria se refiera a las cuestiones que surgen entre la sociedad y sus administradores o entre éstos y los socios". Pues la norma estipula que no puede condenarse el dolo futuro. Se limita a declarar nula la renuncia anticipada a la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo. Pero en el juicio arbitral y de amigable composición no hay renuncia alguna: lo que hay es sometimiento de un asunto controvertido a la decisión de una jurisdicción distinta a la del Estado. Se trata en suma de un problema de procedimiento que afecta, por tanto, al aspecto instrumental y no al aspecto sustancial de la responsabilidad"" (10).

Aun cuando la opinión del citado autor es merecedora de todo respeto, no estamos de acuerdo con ella, la disposición del Código Civil es terminante, pues el Artículo 1336, C. dice: "La condonación del dolo futuro no vale". Esta es una regla del orden público, que no admite derogación alguna.

Los administradores responden frente a la sociedad, a los accionistas y a los acreedores. En consecuencia quien primeramente resulta afectada es la enti-

dad; así la acción de responsabilidad corresponderá a ella. Luego afecta a los socios, pues se vulnera el patrimonio social y ello recae sobre el patrimonio de los socios y finalmente a los acreedores porque toda merma en el patrimonio social implica una disminución de la garantía. Pero no es que se den varias acciones de responsabilidad, tan sólo pueden ejercerla como titular el propietario la sociedad y subsidiariamente los socios y los acreedores. El fundamento surge evidentemente: cualquiera que sea el que ejerza la acción, con ella se persigue volver el patrimonio social a la condición en que se encontraba antes del daño sufrido.

Examinemos a continuación en detalle cómo responden los administradores frente a la sociedad. Por una parte se habla de que pueden responder solidariamente y por otra individualmente. Depende de ello el punto de vista que adopte el legislador.

Parece ser que la posición más acorde con las características de la sociedad anónima es que la responsabilidad sea exigida individualmente, por las razones siguientes: Los administradores forman la directiva y éste es un órgano de la sociedad y la sociedad no puede responder ante ella misma.

Si los administradores responden personalmente hay que distinguir en primer término cuál ha sido el papel que cada uno ha jugado en el hecho que es causa de la responsabilidad. El origen de la responsabilidad usualmente es un acuerdo de la directiva, por ello es preciso establecer qué parte de culpa corresponde a cada administrador en el acuerdo; determinado sobre todo, si fue adoptado por mayoría de votos o por unanimidad o si se acordó cumplir alguna orden de la Junta General.

De conformidad a lo sentado en el párrafo anterior, si alguno de los administradores salvó su voto, estará exento de responsabilidad. No basta abstenerse devotar con la mayoría, hay que salvar el voto. Esta exigencia tiene su fundamento en que así el administrador manifiesta positivamente su posición contraria al acuerdo, que sirve de advertencia a los demás para resolver con mayor ponderación.

¿Qué pasa con el administrador que no asistió a la Junta? Si la ausencia fue por motivo justo, queda libre de responsabilidad. Si se adapta otro criterio

podría resultar que algunos miembros no asistiera con regularidad a las sesiones con el objeto de evadir así su responsabilidad.

Pero luego de esta serie de consideraciones queda en pie todavía la cuestión de cómo deben responder los administradores que concurrieron a lo acordado y no salvaron su voto.

Legislaciones como la alemana y la italiana prescriben que los administradores responderán solidariamente, porque según el legislador de esos países los administradores en su totalidad tienen un conjunto de deberes, los que recaen sobre la Junta Directiva y de ahí que las personas que la componen respondan por los acuerdos que toman, eso parece ser lo más justo.

Pero hay que considerar esta regla de solidaridad en su justo sentido, debe tenerse presente que la responsabilidad recae en todo caso sobre alguien en particular y como la responsabilidad en este dado caso deviene de la culpa, al faltar ésta no puede hablarse de que haya solidaridad. Por ello cuando se habla de responsabilidad solidaria, debe entenderse que los que responden de esta manera son los culpables y de ahí que pueda dirigirse la acción que corresponde en contra de cualquiera de ellos.

Los autores señalan que hay que distinguir entre la solidaridad tanto en la culpa como en la indemnización del daño inferido. Por la primera se entiende que todos los administradores son culpables, debiendo cada uno de ellos demostrar su inocencia. Por la segunda se facilita el reclamar a cualquiera de los administradores el daño en toda su extensión.

Otras legislaciones no reglamentan sobre la responsabilidad solidaria de los administradores, pues si se suponen ciertas las consideraciones de que la responsabilidad no puede ser menos que personal, el que no haya concurrido al acuerdo generador, no debe responder por ello. Quizás, si se señala en la ley la solidaridad sea porque en ciertas circunstancias pueda existir una imposibilidad de distinguir con exactitud a los responsables. Entonces la culpa recae sobre todos, el actuar como órgano colegiado así responden. Hay más casos en que la responsabilidad individual se impone, como aquellos de ausencia justificada por enfermedad, ocupación o residencia. Por eso es que apeándose a la realidad de los hechos

se regula esta situación a través de las reglas del Derecho Común, ya sea en forma individual o solidariamente. En resumen cuando no puede culparse a cada uno por separado, todos responden solidariamente pues existe la presunción de que todos concurrieron para votar el acuerdo. Y esto es en razón, de que deben los administradores vigilar la conducta de sus compañeros. Claro, que pudiendo definirse quién es el culpable, desaparece la presunción.

Pasemos a examinar en qué forma deberá pagarse el daño inferido. Aquí el problema es más que todo sobre qué criterio adoptará el legislador para el mismo. Si se remite a la legislación común: tendrá que regirse por las reglas del Código Civil, desde el momento que la mayoría de los cuerpos de leyes mercantiles de nuestra esfera, dejan al derecho común la resolución de lo referente a esta materia. Si se pronuncia porque la responsabilidad sea solidaria pues podrá exigirse la responsabilidad de cualquiera de los administradores; si no es así no puede reclamarse más que a prorrata del daño causado.

(5) ACCION DE RESPONSABILIDAD

Desde luego que el patrimonio social es el dañado, la entidad es la que puede ejercer la acción de responsabilidad. Es la Junta General quien decide sobre cómo ha de ejercerse la acción. Sólo este órgano puede decidir, sobre incoarla, transarla, renunciar a ella en cualquier tiempo o desistir de la misma. Pero ¿y los socios? También éstos tienen facultad en determinadas circunstancias y subsidiariamente, de demandar la responsabilidad de los administradores. Se comprende que esto sea así porque en definitiva quienes soportan el daño son los socios.

Los accionistas reunidos en Junta General son los que deciden exigir la responsabilidad a los administradores y ellos pueden decidir sobre este asunto aunque no esté contemplado en la agenda de la sesión, pudiendo asimismo convocarse a una Junta General Extraordinaria para tratarlo.

Al adoptar el acuerdo de exigir la responsabilidad por lo general se dispone dentro del mismo quiénes serán los que demandarán a nombre de la sociedad. También se procederá al nombramiento de los nuevos administradores quienes reemplazarán a los destituidos, pues se considera que existe una incompatibilidad entre el cargo de administrador y la declaración de la Junta de que hay

lugar a demandar la responsabilidad.

Depende de cómo se regule dentro de cada cuerpo legal, los administradores podrán o no votar en la Junta que decida sobre su responsabilidad si tienen acciones. Muchas legislaciones niegan este derecho a los administradores.

Se supone que la sociedad al decidir por medio de la Junta General sobre la acción de responsabilidad, debe estar en situación bonancible, pues si se encuentra en estado de quiebra los que ejercerán el derecho de decidir sobre la acción de responsabilidad serán los representantes de la quiebra.

Pero puede darse el caso de que la sociedad renuncie a su derecho decidiendo no entablar la acción de responsabilidad o transando el juicio que haya iniciado. Esto se comprende fácilmente desde luego que la sociedad es el titular de la acción, pero esta decisión habrá de tomarse en Junta General.

Debemos hacer énfasis en que por el hecho de que la Junta General apruebe la gestión de los administradores no significa que releva de toda culpa a los administradores. Para que ésto sucediera es necesario que la Junta acuerde expresamente tal cosa.

Es obvio que cuando se dice que la sociedad podrá transar o desistir de la demanda, es sobre el supuesto de que ya se inició la acción correspondiente. Omitimos hacer un comentario más amplio debido a que ello pertenece a otra rama del Derecho: la Procesal.

(6) ACCION DE RESPONSABILIDAD EJERCIDA POR LOS SOCIOS

Por razones de índole práctica las legislaciones han concedido a los socios la facultad de poder deducir responsabilidades a los administradores, y decimos de índole práctica, porque en doctrina los autores no justifican este tipo de medida.

Como la acción que pueden incoar los socios persigue el mismo fin que el de la sociedad, debe tenerse presente lo siguiente: las dos acciones no deben iniciarse juntamente, la de los accionistas tiene un carácter subsidiario. De hacerse así podría darse el caso de que surgieran sentencias contradictorias con las con- siguientes complicaciones.

Se acostumbra no conceder esta acción a un sólo accionista sino a un grupo

de ellos, que representen un determinado monto del capital social, pues de lo contrario podría introducirse el caos en la sociedad, desde luego que socios inescrupulosos pueden hacer uso de este expediente para presionar a favor de sus intereses.

También se señala un plazo dentro del cual pueden accionar los socios, una especie de prescripción contada a partir del momento en que se adoptó el acuerdo ordenando o no la exigencia de responsabilidad.

Los accionistas cuando demandan la responsabilidad a los administradores, porque la sociedad no actuó en su oportunidad, se entiende que lo que persiguen es lo mismo que la entidad: la reparación del daño causado al haber social. En este caso, de triunfar, lo que obtengan ingresará al activo de la compañía.

Los tratadistas franceses, Houpin, Lyon-Caen, citados por don Joaquín Garrigues, manifiestan su oposición a que los socios entablen la acción que corresponde a la sociedad, por el mismo monto, estableciendo que deben demandar por el daño inferido a ellos y a cada cual, pues los accionistas no pueden sustituirse a la sociedad para entablar el juicio. Pero según el mismo autor Garrigues - esta tesis cuenta con numerosas objeciones de orden práctico: "¿Cómo ha de calcularse el daño sufrido por el grupo minoritario? Habría que dividir el daño total por el número de accionistas que integran el capital social para saber cuál es el daño correspondiente a cada acción y poder determinar así el daño reclamable por la minoría. Más como la indemnización ha de ingresar a las cajas sociales, su importe beneficiará inmediatamente a todos los accionistas y no sólo a los que ejercitaron la acción. De aquí resulta que estos últimos, al limitar el contenido económico de su reclamación sufrirán un perjuicio evidente. Desde el punto de vista teórico no es posible justificar ese criterio limitativo en la reclamación. La acción que en este caso ejerce la minoría es la misma que corresponde a la sociedad. Lo que ocurre es que no se ejercita por ella, sino por un grupo minoritario que asume en este caso la representación de los intereses sociales". (11).

Ahora bien, si los socios se circunscribieran a reclamar en proporción a lo que les corresponde en el capital social, la sociedad puede a su vez recla-

mar la parte que no se pidió. Lo que no se da, si los socios reclamaron la cantidad total del daño sufrido.

(7) ACCION DE RESPONSABILIDAD INICIADA POR LOS ACREEDORES

Esta acción se incoa con el mismo fin: reparar el daño sufrido en el patrimonio de la entidad. La facultad que se le concede a los acreedores proviene de que si la sociedad sale dañada por la conducta culpable de los administradores, su patrimonio sufre mengua y de consecuencia lo sufre la garantía de los acreedores. Pero esta acción debe reducirse a los límites estrictamente necesarios que marque el daño social. De lo contrario pueden haber abusos. Debe llenar los requisitos siguientes: que pretenda la reclamación del daño inferido a la entidad, ejercida por los acreedores pero a nombre de la compañía; que la acción no haya sido intentada - por la misma sociedad o sus socios; que el acuerdo generador de la responsabilidad amenace verdaderamente al patrimonio de la sociedad, pues siendo esta la garantía de los acreedores y no respondiendo los socios personalmente por las deudas sociales, el perjuicio que caería sobre los acreedores salta a la vista.

No basta que el patrimonio social haya disminuido a una cuantía que no cubra los créditos. Muchas leyes siguen esta pauta, facultando a los acreedores para que exijan de los administradores culpables la parte que la sociedad no puede satisfacerles.

Los distintos Códigos señalan un tiempo para la prescripción de estas acciones, aunque hay otros que guardan silencio debiendo remitirse a las normas del derecho común.

Aquí hay que considerar algo que presenta visos de problema: si la conducta del administrador daña el patrimonio de terceros o de los socios, se aplica el principio de que lo que es hecho por un órgano de la sociedad se entiende hecho por ella. Entonces la sociedad sería la responsable ante terceros, pero ésta vez satisfecho el tercero o socio, puede dirigirse a su vez contra el administrador para reintegrarse lo que pagó por causa de su culpa, pero si nos fijamos bien, esto no se refiere propiamente a la acción de responsabilidad iniciada por los socios o terceros contra los administradores sino en contra de la sociedad.

Lo que da derecho a los **socios** o terceros para demandar al administrador

culpable, es un hecho que afecte directamente sus derechos y afecte el patrimonio de los terceros.

La naturaleza jurídica de esta clase de acción presenta ciertas dificultades, renace el problema de investigar si se trata de una obligación contractual o extracontractual. Pero como antes dijimos eso carece de importancia práctica, pues lo que define en su verdadero sentido la responsabilidad contractual no es la existencia de un convenio entre las partes sino más bien el que haya una obligación anterior. Aunque puede decirse que cuando se violen los derechos de los accionistas contenidos en la ley o en el pacto social, existía una obligación del administrador de respetar tales derechos, consecuentemente: la obligación nacerá del contrato. Pero si la conducta ha sido ilícita perjudicando a un tercero que no tiene ningún vínculo jurídico con los administradores la responsabilidad indudablemente es extracontractual.

Dos son los elementos que configuran esta responsabilidad: 1o.) la conducta del administrador ha de ser culposa, pero de una culpa en su grado de malicia, abuso de facultades o negligencia grave; 2o.) que los intereses del demandante salgan directamente afectados por la conducta culposa.

El Artículo 995 No. II señala los plazos de prescripción de la acción de responsabilidad de los administradores, el cual será de un año. La prescripción empezará a correr desde la fecha del acto que causó el daño culposo.

La acción que incoa la sociedad para reclamar la responsabilidad a los administradores será como consecuencia de un acuerdo de la Junta General, Artículo 279. Ahí mismo se designará la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.

En caso de liquidación, si la Junta General aun continúa funcionando será siempre ella quien podrá accionar para reclamar la responsabilidad de los administradores.

Los administradores que sean accionistas pueden tomar parte en la constitución de la Junta General, pero no tomar parte en los debates, según lo dice el Artículo 168.

Los Artículos 278 y 279 regulan los casos en que la sociedad decida no

reclamar la responsabilidad de los administradores, por renuncia, transacción con los culpables o desistimiento dentro del respectivo juicio.

Puede darse el caso de que los accionistas salgan perjudicados con una de tales medidas, de manera que la ley ha establecido ciertos requerimientos: en el caso de renuncia ésta debe ser expresa mediante un acuerdo especial de la Junta General. En cuanto a la transacción no la sujeta a mayores trámites. En lo que al desistimiento toca, es indispensable que sea una Junta General Extraordinaria la que lo decida, en virtud de las graves consecuencias que de ellos se derivan.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO IX

- (7) Brunetti, obra citada, página 453, T. II.
- (8) Revista de Derecho No.2, citada, página 90.
- (9) Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, página 131, T. II.
- (10) Garrigues y Uría, obra citada, página 147, T. II.
- (11) Garrigues y Uría, obra citada, página 151, T. II.

CAPITULO X
ORGANO DE VIGILANCIA

En la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio, hoy ley de la República, se dijo sobre la vigilancia de la sociedad anónima: ""VIGILANCIA.- La Comisión estima que debe abandonarse el sistema de un consejo o junta de vigilancia, que está autorizado en nuestra legislación actual y subsiste, además en la casi totalidad de las legislaciones extranjeras. La práctica ha demostrado que ésta es una institución inoperante en el país. De acuerdo a los usos mercantiles salvadoreños, la vigilancia se hará por medio de un auditor, dejando el consejo de vigilancia a opción de aquellas sociedades que lo establezcan en su pacto social"". (12)

El doctor Roberto Lara Velado, uno de los redactores del proyecto dice: ""En el Proyecto de Código de Comercio, se adoptó el segundo sistema, o sea que la vigilancia corresponde a un profesional designado por la Junta General, que tenga la calidad de auditor. Ello no obstante, si en el pacto social así se decide, puede designarse un consejo de vigilancia, siempre que tal designación no sustituya al auditor, sino que sea adicional a éste. La exigencia del auditor, se funda en razones de carácter técnico, por ello se consideró indispensable que no pudiera ser omitido; el Consejo de Vigilancia está integrado normalmente por personas que no tienen estudios especializados en auditoría; es fácil comprender la necesidad de un funcionario capacitado para este tipo de trabajo.

Esencialmente podemos decir que un auditor es una persona con estudios especializados para revisar contabilidades, que goza de la fé pública del estado para certificar documentos contables, es decir, para dar fe de que tales documentos reflejan la real situación económica de un determinado negocio"". (13)

Sobre este punto han habido últimamente serios debates, pues se dice que tal disposición lesiona a gran número de personas que ejercen la auditoría en diversas empresas. Pero este es un tema que no entra en los límites de este trabajo por lo que omitiremos más comentarios al mismo.

El Auditor y el Consejo de Vigilancia forman un órgano permanente y

autónomo. No dependen de los administradores, están para vigilar la gestión administrativa y controlar la contabilidad social, la formación del balance y demás documentos. En sentido figurado puede decirse que son una especie de mano de la Junta General, pues los accionistas no pueden inspeccionar cuando quieran la contabilidad social entonces, a través de dicho órgano se establece una supervisión de los negocios sociales.

El Consejo de Vigilancia, en cuanto a sus funciones y atribuciones, se regirá por lo que al respecto prescribe el pacto social.

El Auditor será nombrado por la Junta General, la cual le señalará también su remuneración. Durará en sus funciones el tiempo que determine el pacto social o el que señale la Junta General, Artículo 289.

El Artículo 290 señala los requisitos necesarios para ser auditor y aquí es adonde ha surgido la polémica, pues según el artículo 290 para ser auditor era requisito ser licenciado en auditoría o contador público certificado, lo cual causaba perjuicios a numerosas personas que no llenan esos requisitos y que sin embargo ejercían la auditoría.

Otro punto que no se aclaró en la disposición comentada fue el de que si se trataba de la auditoría externa o interna con las reformas al artículo se corrigió tal anomalía y se dió un plazo de cinco años a los interesados para regularizar su situación de conformidad al Código de Comercio.

El auditor es el órgano que protege a las minorías de accionistas y sirve de vínculo con la Junta General. El Artículo 292 dice que: "Cualquier accionista podrá denunciar por escrito al auditor. Los hechos que estime irregulares en la administración y éste deberá hacer mención de tales denuncias en sus informes a la Junta General de Accionistas, y presentar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estime pertinentes".

Creemos que el legislador al normar esta materia más que cambiar los principios que la rigen, lo que quiso fue darle mayor continuidad al cargo, autonomía respecto de los otros órganos, para que pueda llevar su función con la dignidad que le corresponde.

El Artículo 294 habla de que si el pacto social lo determina podrá constituirse un Consejo de Vigilancia. La manera de integrarlo y sus facultades deberán establecerse en el mismo pacto; pero a pesar de ello será siempre indispensable el nombramiento del auditor.

Como puede verse el Consejo de Vigilancia ha sido reducido a una especie de agregado sin importancia dentro del engranaje de las sociedades anónimas.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO X

(12) Revista del Ministerio de Justicia, 2a. Epoca, No. 3, 1962, página 334.

(13) Revista de Derecho No. 2, citada, página 93.

CAPITULO XI

CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD

Mientras se constituye como tal, la sociedad debe seguir tres etapas: 1) otorgamiento de la escritura social con las diferentes cláusulas que la regirán, de conformidad a los artículos 22, 191, 192, 193 y 194; 2) aporte de capital por parte de los socios; y 3) obtención de su personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Comercio de la escritura de constitución.

La sociedad anónima, como todas las sociedades mercantiles, se gesta en un contrato y surge a la vida del derecho por la inscripción ya mencionada.

Cabe hacer aquí, antes de proceder a otros comentarios, una diferencia fundamental: la que existe entre el acuerdo de los fundadores y la confección de los estatutos de la sociedad. Sobre el primer asunto: el acuerdo de los fundadores existe una discusión: si constituye tal acto un contrato o si por el contrario es un acto complejo; unas legislaciones se inclinan por el contrato y otras por el acto completo, pero en cuanto a la redacción de los estatutos no cabe discusión de que no se trata de un contrato, pues en ellos no están comprendidas más que las normas destinadas a servir de guía al funcionamiento de la entidad.

La escritura social es el punto de partida de nacimiento de la sociedad, en cambio los estatutos completan y regulan el funcionamiento de la misma. Como bien dicen los autores, los estatutos no son derecho objetivo, son más bien derecho "negocial", ("contractual"). Por ello, para interpretar ese derecho con la debida exactitud, deben aplicarse por similitud las normas del Código Civil que se refieren a la interpretación de los contratos.

Nuestro Código de Comercio reconoce dos formas de constitución de la sociedad anónima, según el Artículo 195: a través de la fundación simultánea o por suscripción pública.

En la primera forma la sociedad se constituye por la reunión en el mismo acto de los aportes de los accionistas, que luego integran el capital social.

En la constitución sucesiva o pública, la entidad cobra vida gradualmente a través de la suscripción, basada en un programa que contiene las principales

bases de la sociedad que se constituirá, el cual debe depositarse en el Registro de Comercio junto con la autorización de la oficina que ejerce la vigilancia del estado, ejemplar que debe constar en el acta notarial, Artículo 198.

La constitución es el acto por el cual se manifiestan las voluntades de los socios y que tiene como consecuencia el contrato plurilateral, pero para proceder a ella deberán observarse ciertas normas:

1) Artículo 192: para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

- a) Que el capital social no sea menor de 20,000 colones y que esté íntegramente suscrito;
- b) Que se pague en dinero en efectivo, cuando menos el 25 por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario.
- c) Que se satisfaga íntegramente el valor de cada acción, cuando su pago haya de efectuarse en todo en parte, con bienes distintos del dinero.

En todo caso, deberá estar íntegramente pagada una cantidad igual a la cuarta parte del capital social.

2) Si hay aportaciones en especie, en lo que a la fundación simultánea se refiere el Artículo 196 dispone: "Las aportaciones en especie serán efectuadas según valúo hecho previamente por dictamen pericial de la oficina que ejerza la vigilancia del estado. Esta circunstancia se hará constar en la escritura social.

Y en lo que se refiere a la suscripción pública el Artículo 197, inciso 2o., dice: "La oficina antes de aprobar o no el programa, se cerciorará de la exactitud del avalúo de los bienes aportados en especie y de la suscripción total del capital previsto."

Además el Artículo 201 dispone: "Las aportaciones en especie se formalizarán al constituirse la sociedad; pero al hacerse la suscripción se otorgará una promesa de aportación, con las formalidades legales, en documento que sea exigible ejecutivamente."

3) La escritura de constitución deberá inscribirse en el Registro de Comercio, Artículos 25 y 465 No. 1.

4) Las aportaciones en efectivo se harán por medio de cheque certificado o certificado de depósito del dinero hecho en una institución bancaria debidamente

endosado, esto en caso de fundación simultánea, Artículo 195; en la constitución sucesiva el Artículo 200 prescribe la manera de hacer los aportes en efectivo.

La fundación de la sociedad en forma simultánea, no tiene una importancia tal que de mérito a extensos comentarios, sin embargo, veamos:

Los socios a través de la escritura de constitución dan origen al lazo de obligación pero en lo referente a obligaciones de la organización de la sociedad tocan a la nueva persona jurídica que se crea. Sin perjuicio de incurrir en repeticiones haremos referencia al hecho de que la noción de contrato plurilateral, trae ciertas consecuencias negativas, puesto que según las bases teóricas de la nueva legislación, no es esa la figura aplicable a la constitución de la sociedad anónima, lo que salta de relieve si consideramos que aquí se trata ante todo de un contrato de organización, pues da nacimiento a una persona jurídica y que puede en ciertos casos formarse a través de pasos sucesivos y preparatorios que excluyen toda referencia a los contratos, así pues, algunos autores opinan que es un acto colectivo pero no un contrato.

Según lo dijimos los Artículos 21 y 193 mandan que la fundación simultánea de la sociedad se hará por escritura pública, llenando ciertos requisitos.

El Código de Comercio regula en forma distinta, como se ve de las disposiciones citadas, las dos formas de constitución de las sociedades, la sucesiva de la simultánea, pero no deja al acaso los actos preparatorios, que en esta clase de actos son de imprescindible necesidad. Si no, véase que a los socios fundadores les da un tratamiento similar en el Artículo 207, pero no toca con mayor amplitud la forma en que se obtendrán y se suscribirá el capital de la sociedad, sino en cuanto a la reducción a escritura pública de las obligaciones de los socios.

Fundadores de una sociedad anónima son las personas que inician su formación realizando los actos necesarios para que se constituya como persona jurídica. Por su actividad en la formación de la entidad las personas mencionadas anteriormente, por lo general se le reservan ciertos derechos o se les otorga una remuneración por sus servicios. Usualmente se les conceden títulos que se denominan partes de fundador o bonos de fundador.

El Artículo 207 da las normas pertinentes sobre a quienes se considerará

fundadores.

(1) FUNDACION SUCESIVA

Para la constitución sucesiva se sigue una serie de pasos que son:

1o.) Las personas llamadas promotores o fundadores formulan un documento denominado programa, en él están contenidos los principales elementos de la futura sociedad, Artículos 194 y 197.

2o.) Este documento deberá ser presentado a la oficina que ejerza la vigilancia del estado, la cual antes de aprobar o no el programa, se cerciorará de la exactitud de los valúos y de la suscripción total del capital previsto. Artículo 197, inciso 2o.

3o.) La aceptación del programa se hace a través de suscripciones en duplicado con las indicaciones que aparecen en el Artículo 199 y de conformidad con la misma disposición, las firmas de cada suscriptor se autenticarán.

4o.) El número IV del Artículo 199 dice que los ejemplares de las suscripciones autenticados indicarán la forma y plazos en que el suscriptor se obligue a pagar la primera exhibición.

Según el Artículo 203 todas las acciones deben quedar suscritas dentro del término de un año, contado desde la fecha del depósito del programa, a no ser que en éste se fije un plazo menor.

5o.) En caso de que se venza el plazo que señala el pacto social o el legal que señala el Artículo 203, el capital social no fuere íntegramente suscrito no se llegare a la constitución de la sociedad, los suscriptores en virtud de la ley quedan desligados de sus obligaciones y las instituciones bancarias deberán devolverles las cantidades que hubieren depositado.

6o.) Los fundadores, una vez suscrito el capital social y hechas las exhibiciones legales (Artículo 192, íNo. II), dentro del plazo de 15 días, publicarán la convocatoria para la reunión de la Junta General Constitutiva prevista en el programa, de conformidad en todo con el Artículo 205 y 228.

7o.) La Junta General Constitutiva realiza los actos que están indicados en el Artículo 206.

Según el Artículo 221 a esta Junta General Constitutiva se le aplican las disposiciones de las Juntas Generales, por lo que para que se considere

legalmente reunida en primera fecha de convocatoria, deberá estar representada por lo menos la mitad más una de las acciones que tengan derecho a votar y las resoluciones valdrán si las toman la mayoría de votos presentes. Para la segunda fecha se aplica el Artículo 241.

8o.) Posteriormente se deberá otorgar la escritura a que se refiere el Artículo 206, No. VI; y luego hacerla registrar llenando todos los requisitos que exige la ley.

Todas las normas comentadas denotan la preocupación del legislador para proteger a los futuros accionistas y acreedores contra la malicia que puedan contener programas festinados.

Con el procedimiento señalado en los artículos de referencia, la sociedad puede decirse que se forma a través de dos actos provenientes de los accionistas: uno en la etapa de la suscripción de programas y el otro en la Junta General Constitutiva. Aquí debe considerarse qué clase de vínculo jurídico une a los dos actos, pues los socios no se relacionan hasta que se constituye la Junta General Constitutiva aunque se encuentren obligados en cierta forma, como el pago del aporte que exige la ley.

Por otra parte, los fundadores no tienen el carácter de intermediarios, sino que son realmente contratantes con los suscriptores en el programa que ellos representan. Tienen este carácter puesto que la junta constitutiva no puede admitir, rechazar o determinar el número de las suscripciones, sino que está sujeta a las disposiciones de los Artículos 206 y 221, además de que si los suscriptores en el plazo que indica el No. III del Artículo 199 no cumplen con su obligación de pagar, los fundadores, de conformidad al Artículo 202, pueden exigirles judicialmente el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones. De su voluntad pende la constitución de la entidad.

Con lo anterior evidenciamos que el vínculo que surge de la suscripción es fundamentalmente independiente de la constitución de la entidad. Antecede la suscripción, de manera ineludible, a la constitución efectiva de la sociedad y se distingue de ella por que las personas que han promovido la suscripción, pueden no participar en el acto de constitución que es la manifestación de la voluntad de los suscriptores.

Aquí se hace necesario, entonces, deslindar dos cuestiones importantes: en qué consiste el acto de suscripción y qué carácter tienen los fundadores.

En cuanto a la primera cuestión, el panorama se presenta bastante difícil, desde luego que hay numerosas teorías que pretenden darle respuesta adecuada al punto discutido:

- a) Teoría que considera a la suscripción como un contrato efectuado entre los fundadores y los suscriptores, que traspasan sus derechos a la sociedad. Puede decirse que la concepción apuntada se encuentra en contradicción con la mayoría de las legislaciones que exigen que los aportes se depositen a nombre de la sociedad.
- b) Teoría que considera la suscripción como una estipulación a favor de tercero (1320 C.), en la que los fundadores estipularían por cuenta y a favor de la sociedad. Pero el que estipula no, como no es representante, es el único que responde por los perjuicios, mientras que el fundador sí pretende representar a la sociedad, salvador su responsabilidad personal. Por otra parte, el tercero no existe puesto que la sociedad no se ha constituido.
- c) Otra teoría considera la acción de los fundadores o de los suscriptores, según sea el caso, como una gestión de negocios. La verdad es que ninguna de las dos posiciones es cierta, ya que los fundadores no tienen la calidad de gestores, pues su ánimo está dirigido a la constitución de una sociedad. Es más, el gestor sólo administra y conserva pero no pretende crear una persona jurídica. Por otra parte, el dueño de la casa debe reembolsar al gestor las expensas útiles y necesarias, lo que no sucede en el caso de los fundadores de la sociedad.
- d) Teoría que estima que entre los suscriptores existe un contrato a través de los fundadores. Es difícil concebir un contrato entre personas que ni siquiera se conocen y más entre personas que no existen, desde luego que puede darse el caso de suscripción de acciones por algunos y que todavía falten títulos que suscribir.
- e) Finalmente, citaremos la teoría que rechaza toda idea de contrato y considera la suscripción como un acto unilateral de adhesión de una

sociedad. Esta forma de pensar es sostenida por los autores que estiman la constitución de la sociedad como un acto colectivo o completo y otros que son partidarios de la teoría institucional para caracterizar a la sociedad anónima.

Esta teoría se ha considerado la más acertada para configurar exactamente la creación de la sociedad anónima por suscripción pública, pues se adapta a las etapas que deben seguirse en esta clase de fundación.

No obstante lo dicho, para algunos otros la cuestión no puede resolverse más que a través de la concepción contractual, por el razonamiento que sigue: El programa aprobado y que consta en acta notarial, se deposita en el Registro de Comercio, Artículo 198. Los suscriptores manifiestan su voluntad adhiriéndose al programa mediante suscripción auténtica, después de lo cual deben pagar la parte legal del capital según la ley. Al haberse efectuado los desembolsos y suscrito todo el capital social, se convoca a la Junta General Constitutiva. Es así como podemos deducir que entre las personas que promueven la fundación de la sociedad y los suscriptores, hay un contrato bilateral, en que los suscriptores se obligan al pago de la primera exhibición de capital y los fundadores se obligan a llevar la sociedad hasta su culminación en los términos del programa. Esta es una especie de contrato innominado.

Se puede constatar que en la suscripción hay un contrato bilateral; que cada adhesión al programa, a través de ella, es un vínculo independiente; no sucede lo mismo para la constitución de la sociedad en donde hay varias partes contratantes que son los accionistas y que en este último la prestación del socio es hacer el aporte en la forma estipulada.

Estas dos relaciones jurídicas tienen una íntima coordinación, pero eso no quiere decir que se confundan. Así vemos que según el Artículo 202 si el suscriptor no aporta en el plazo señalado, los fundadores pueden exigirle el aporte judicialmente o tener por no suscritas las acciones.

Sobre la figura jurídica del fundador en la sociedad anónima por suscripción pública, debemos considerar dos aspectos de una misma naturaleza: la actividad técnica, financiera o industrial, y la actividad en redactar, depositar y publicar el programa de fundación. La primera fase tiene relevancia jurídica puesto que deben hacerse ciertos convenios con el objeto de que sea viable la constitución y operación de la sociedad futura.

La segunda fase en la actividad de los fundadores, tiene la característica de estar regulada por la ley en cuanto se refiere a la redacción del programa, suscripción del mismo, depósito en el Registro de Comercio, a la conservación de los programas y entrega de los duplicados a los suscriptores, a la convocatoria de la Junta Constitutiva. En el Código de Comercio nadie está obligado a ser fundador, pero una vez que se adopta tal posición, exige la ley que se desarrolle una determinada actividad jurídica destinada a la formación de la sociedad.

Por las razones expuestas se hace difícil adaptar la figura del fundador a la del gestor oficioso, por las mismas razones se considera inadecuado asemejarlo a cualquier otro tipo legal, no obstante se ha considerado que la figura legal del fundador es de alguien que representa indirectamente a la sociedad, la cual adquiere directamente los derechos y contrae las obligaciones frente a los suscriptores de las acciones, con la condición suspensiva de que se forme efectivamente la entidad. Una vez constituida la sociedad los derechos y obligaciones de los fundadores, pasan directamente a la entidad en beneficio de la cual desarrollaron su actividad. Pero sólo adquirirá los derechos y obligaciones derivados de los contratos de suscripción.

En lo que a las relaciones o vínculos que surgen entre los fundadores, también resulta inadecuado encuadrarlos dentro del tipo legal de la sociedad, puesto que falta uno de los requisitos esenciales, cual es, el de repartirse los beneficios. Es, como dicen los autores, un contrato innominado.

El programa es la base fundamental de la actividad jurídica de los fundadores y de la suscripción. Pero lo que se pone en duda es su naturaleza, si constituye sólo una invitación o una oferta de contrato dirigida al público. En caso de adoptar la primera posición, los fundadores no quedan unidos por la publicación del programa. Pero, es aquí, donde muchos autores consideran que sí es una verdadera oferta de contrato: primero porque en el programa están contenidos todos los datos necesarios para que el consentimiento de los futuros accionistas pueda manifestarse válidamente, y segundo: porque al pretender que el programa es un simple anuncio para que se suscriba el programa propuesto por los fundadores, sería atentar contra la buena fe, que debe estar integrada en los actos de fundación de una sociedad anónima, la que demanda que las personas firmantes cuenten con la

seguridad de que los actos de fundación no podrán ser modificados ni revocados sin su consentimiento. El programa se convierte en la base esencial de la fundación de la entidad.

Como base jurídica, que es, el programa debe contener ciertos datos que puedan orientar a los posibles accionistas. El Código permite a los fundadores poner en el mismo los datos que estimen oportunos y pertinentes, pero en el artículo 199, se indica el contenido de cada suscripción.

El que se firme una suscripción no quiere decir que se vincule con los otros suscriptores, la única relación que existe es con los fundadores que de concurrir a la Junta General Constituyente. Pero, ¿por cuánto tiempo quedan obligados los suscriptores? El Artículo 204 nos da la respuesta.

Otro punto de sumo interés para cualquiera que sea suscriptor es el relativo a los derechos que se reservan los fundadores; quienes no pueden pedir que se les adjudiquen acciones a cambio de su trabajo, puesto que el trabajo no constituye aporte aceptable en sentido técnico. El Artículo 210 dispone lo pertinente.

Disposiciones como la comentada (Artículo 210) benefician a los accionistas pues los fundadores, aprovechándose de su posición podrían imponer su voluntad a la Junta Constitutiva, favoreciéndose a sí mismo, sobre todo en lo que el reparto de utilidades se refiere, esta situación repercutiría por largo tiempo sobre la sociedad en forma perjudicial, por eso el artículo citado limita esos privilegios a la cantidad y términos apuntados.

El Artículo 211 prescribe: que para acreditar la participación a que se refiere el Artículo 210 se expedirán bonos de fundadores, que podrían ser nominativos o al portador y deberán contener las indicaciones que manda el artículo 212.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la compensación que es debida a los fundadores, los autores coinciden en que se trata de una especie de retribución por el trabajo de formar la sociedad.

Otro artículo de suma importancia es el 209 que establece que los fundadores no pueden estipular a su favor beneficios que comprometan al capital social. Todo pacto en contrario es nulo.

Los fundadores al llegar a la cifra que indica el programa para la reunión

del capital social, de conformidad al Artículo 205, dentro de los 15 días siguientes publicarán la convocatoria para la Junta General Constitutiva, de la manera prescrita en el programa. El Artículo 206 indica la forma en que se iniciará y desarrollará la Junta General Constituyente.

La función de esta junta es reunir todos los actos de los fundadores. Las declaraciones de los que participan en ella forma un sólo haz con la de los suscriptores, pues son su ratificación. El contrato plurilateral se perfecciona a través de actos efectuados en diferentes etapas, lo que caracteriza a la fundación sucesiva. A la formación, resolución y decisiones de la Junta General se aplican las reglas de las Juntas Generales, Artículo 221.

El número VI del Artículo 206 dice que después de aprobar el proyecto de la escritura de constitución de la sociedad, la Junta Directiva dispondrá de su protocolización, designando a las personas que otorgarán al instrumento ante Notario a nombre de los accionistas.

Este acto constitutivo es el contrato de sociedad, reducido a un instrumento público, es la prueba necesaria para que surja a la vida una nueva persona jurídica. En la fundación sucesiva o pública, la escritura ha de contener esencialmente el programa de los fundadores y especialmente lo que señalan los Artículos 22 y 194.

A pesar de la especial manera de proceder a la fundación sucesiva, según Brunetti puede descubrirse en ella al contrato plurilateral, en oposición a Messineo quien ve en ella una especie de acto colectivo porque la Junta Constitutiva no procede como cuando se forma un contrato. Pero debemos considerar dice Brunetti que "A ello se oponen las consideraciones hechas más arriba sobre la estructura de este negocio que se desarrolla en dos tiempos y en dos distintas fases: a) mediante la conclusión de contratos bilaterales de suscripción entre promotores y suscriptores, condicionados suspensivamente al cumplimiento de los supuestos del programa y a los requisitos exigidos por la ley (Artículo 2329) en cuyos contratos los promotores actúan en favor de la sociedad, documentado con el acto constitutivo, a cuya estipulación, están vinculadas todos los suscriptores, en virtud de los acuerdos de suscripción"".(14)

El Artículo 203 dice que las acciones deben quedar suscritas dentro del término de un año; y el artículo 204 dice que vencido el plazo fijado en el programa o el legal que fija el artículo 203, si el capital social no fuera íntegramente suscrito, etc., estas dos disposiciones no hacen más que repetir la exigencia del No. 1 del Artículo 192. La Junta Constitutiva debe cerciorarse de que se han cumplido las exigencias legales, Artículo 206, No. 1; y aquí tiene ésto suma relevancia pues en la fundación simultánea la suscripción de todo el capital social es un elemento primordial de la manifestación de voluntad de los accionistas. En la constitución pública los fundadores deben obtener la suscripción íntegra del capital y no pueden convocar a la Junta si no se ha logrado, esto es una necesidad ya que existe una condición suspensiva, que consiste en la subordinación de la voluntad de los suscriptores que se unirán a la formación de la sociedad, si no hay otras personas que lo hagan hasta el monto que dice el programa, esto es así porque son las partes quienes la estipulan cuando la suscripción, pues los fundadores condicionan la sociedad a la suscripción total del capital. Al revés, si las adhesiones de los suscriptores están supeditadas a la condición de que se cubra todo el capital, la misma suscripción no puede sujetarse a condición alguna, debe ser tal que luego de efectuarla se tenga la certeza absoluta de que se aportará a la sociedad todo el capital, así por ejemplo: no pueden aceptarse las que se hagan por incapaces, sobre esto dice Mossa citado por Brunetti: "la garantía de los terceros acreedores de la anónima exige la inmunidad contra las excepciones personales frente a la sociedad que pueden neutralizar, aunque sea indirectamente, la obligación de los suscriptores del capital social. Es ley de vida de la anónima la constitución y la conservación del capital y elimina las defensas o los derechos del accionista que se encaminan a la liberación de la obligación. El sistema de la invariabilidad del capital se apoya por completo en la nulidad de los acuerdos o convenciones que conduzcan a la recuperación de la aportación".(15)

Requisito legal de indispensable cumplimiento es el pago de por lo menos una cuarta parte del capital de fundación, Artículo 191, inciso final; y de conformidad al Artículo 200 se prohíbe a los fundadores recibir a título de suscripción cualquiera de las cantidades a que se hubieren obligado los suscriptores a exhibir en efectivo. Esto es en la fundación sucesiva, pero en la constitución simultánea

los obligados son los socios fundadores.

La ley al exigir el pago indicado se propone en primer lugar, proteger a la entidad que nace, de las personas que pretenden lucrar con el comercio de acciones; y, en segundo término, poner a la sociedad en posición de obtener, posteriormente, la parte debida del capital suscrito, aún a través de la acción ejecutiva. (El Artículo 192, No. III sienta una regla distinta en lo que a las aportaciones se refiere).

Las aportaciones en especie se sujetan a un procedimiento especial, el artículo 196 habla de ellas en lo que a la constitución simultánea se refiere; el artículo 201 en la parte correspondiente a la constitución por suscripción pública.

Si la sociedad es de las que requieren autorización del Estado para funcionar, será requisito indispensable para su constitución el permiso correspondiente.

El Artículo 21 dice que las sociedades se constituyen por escritura pública, fija así una formalidad de inexcusable cumplimiento, de tal manera que si la sociedad no consta en esa clase de documentos hay lugar a una nulidad absoluta y jamás podrá nacer como tal a la vida jurídica. Este requisito tiene su justificación porque así se garantiza a los terceros y además es una solemnidad que confirma la importancia de la personalidad jurídica.

La sociedad anónima se manifiesta como tal, a terceros a través de su inscripción en el Registro de Comercio, inscripción a la que deben proceder la observancia de los requisitos formales que manda el Código de Comercio, si se falta a tales exigencias, la sociedad simplemente no existe, Artículo 346.

Sobre la denominación, importe mínimo de capital, domicilio social y objeto o finalidad de la sociedad, ya hablamos en páginas anteriores, así que para no incurrir en repeticiones omitimos mayores comentarios.

(2) APORTACIONES EN ESPECIE

Los artículos 22 No. VIII, 31, 32, 191, 196 y 201 se refieren a las aportaciones con bienes distintos del dinero. De ello se desprende que el valúo de dichos bienes es necesario para las dos formas de constitución.

Las aportaciones en especie o bienes distintos del dinero pueden abarcar una gama sumamente extensa, por ejemplo, bienes muebles e inmuebles, instalaciones industriales, mercancías, bienes inmateriales como marcas de fábrica o comerciales, derechos de autor y patentes; patrimonios de otras sociedades; empresas,

etc. También pueden ser consideradas como aportación en especie, los gastos realizados por los fundadores, que serían de cargo de la sociedad, pueden ser convertidos en acciones a las cuales se entregarían a los fundadores. No creemos que tal acto sea violatorio de la disposición contenida en el Artículo 133, inciso 2o., porque la emisión de acciones en la forma indicada no es un acto gracioso de la sociedad; de tal forma la entidad reduce su pasivo en la cantidad de acciones emitidas a favor de los fundadores.

Este valúo previo de los bienes en especie que se han de aportar, es indispensable, para evitar que el capital social sea constituido en la cifra señalada y no entren en su composición elementos inflados. Con base en el dictamen pericial hecho por la oficina que ejerza la vigilancia del estado, se determinará fácilmente el número de acciones que se asignarán al socio.

(3) NATURALEZA JURIDICA DE LAS APORTACIONES EN ESPECIE

Por la aportación, el socio deviene deudor de la sociedad que es su acreedora; se liberará de su obligación al efectuar la prestación. El patrimonio del socio responde por la deuda contraída. Este cumplimiento solamente puede realizarse en la sociedad, porque el total de los aportes hace posible alcanzar el objeto social. De hecho las aportaciones son el medio necesario para obtenerlo; en el derecho corresponderá a la sociedad su ejecución, ya que es una facultad de ella.

Las aportaciones de los socios consisten en bienes o industria con la finalidad de repartir entre sí las utilidades que provengan de los negocios a que van a dedicarse, (Artículo 17). El objeto de la prestación puede ser de diversa índole, pero en estricto sentido jurídico, deberá tener un valor económico, Artículo 31.

El total de las aportaciones constituyen el capital social, que en la sociedad anónima concretiza la garantía de los acreedores.

La aportación es un elemento del contrato y la integridad del capital social es condición indispensable para que pueda haber reparto de utilidades; está prohibido el referido reparto si hay pérdidas de capital, Artículo 37.

Para la sociedad anónima no basta que se mencione la cifra de capital en la escritura de constitución, Artículo 22, No. VII, sino que es también necesario que se desembolse en efectivo, cuando menos el 25 por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario o íntegramente cuando el pago haya de efectuarse

en todo o en parte con bienes distintos al dinero.

El objeto de la aportación es la prestación que tipifica a los contratos de intercambio. Este objeto, si no es indispensable para la finalidad social, puede cambiarse por su equivalente en dinero. La aportación no es una compraventa. El Artículo 31 dice que "el aportante responde de la evicción y saneamiento de conformidad al contrato de compraventa. La promesa de aportar es parte fundamental de la declaración del accionista, elemento esencial de la causa del contrato de sociedad. Si fuera una compraventa haría falta el precio como contraprestación, ya que no puede estimarse como su equivalente la adquisición de la calidad de socio.

El artículo 31 habla de a quien pertenece el riesgo de los bienes aportados, por lo que tal precepto se puede conceptuar dentro del marco general de las enajenaciones, implícita en las aportaciones en especie, por lo que mientras el que aporta dinero se convierte en deudor de la sociedad por la parte no aportada, el que aporta en especie, cumple con entregar los bienes y la documentación pertinente que justifique el traspaso del dominio.

Los bienes aportados en especie figuran en el activo de la sociedad. Los aportes en dinero se inscriben en el pasivo, dentro del rubro del capital, porque es una deuda social frente a los accionistas y además la parte del mismo integrada por las acciones asignadas a los socios que aportaron en especie.

Si las acciones que se otorgan están completamente pagadas, no hay lugar a la aplicación de las sanciones de que hablan los artículos 135 y siguientes.

Como lo dijimos del artículo 131 puede desprenderse que la aportación es un acto de enajenación, el cual es el género, la compraventa y la aportación son especies del mismo.

En cuando a la forma de la aportación, los inmuebles deben traspasarse por escritura pública de conformidad al Derecho Civil, las demás cosas con las formalidades que señalen las leyes respectivas.

Entre las obligaciones del aportante que devienen de la esencia de la enajenación, debe tenerse en cuenta:

- 1) La de entregar la cosa a la entidad, entrega que debe efectuarse en el

estado en que se encontraba la cosa al momento de la escritura de constitución o de la promesa de aportar. Salvo que se disponga de forma diferente, la entrega se hará junto con los accesorios y frutos el día de la formalización del acto.

2) La de hacer la tradición de la cosa o del derecho, si la adquisición no se produce por el mismo contrato social. Puede suceder que en el momento de contratar no sea propiedad del aportante, éste debe adquirir la propiedad de la misma para la sociedad.

3) Responder por la evicción y el saneamiento. Si la sociedad pierde el dominio de la cosa por evicción ejercida por tercero, el socio que aporta está obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. En cuanto a los vicios el aportante debe garantizar que la cosa transferida está exenta de vicios que la tomen inútil para el uso a que se destine o disminuyan su valor en forma apreciable.

El Artículo 32 habla de la aportación de créditos, es de hacer notar que aquí indudablemente se trata de una cesión de créditos. El acto está dentro del género de las enajenaciones, pero sí tiene ciertas diferencias respecto de aquella figura jurídica. Al efectuarse la aportación, la entidad toma el lugar del acreedor, con lo que el acto produce efectos respecto de la sociedad aparte de la notificación y aceptación del deudor, si éste paga al primitivo acreedor, éste responde, en igual forma en lo que a la insolvencia del deudor concierne, porque responde por la suma debida.

En esta disposición existe una diferencia entre la disposición del Código Civil que se refiere a la cesión de créditos y el artículo 32 del Código de Comercio, pues de conformidad a esta última responde de la solvencia del deudor; y en el caso de títulos valores, de que no han sido objeto de algún procedimiento de cancelación o reivindicación.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO XI

(14) Brunetti, obra citada, página 231, Tomo II.

(15) Brunetti, obra citada, página 232, Tomo II.

CAPITULO XII

NULIDAD DEL ACTO CONSTITUTIVO

Como todo acto jurídico, el que da nacimiento a la sociedad, está sujeto a que en su formación se den determinadas imperfecciones que lo hagan inexistente o nulo; depende de la magnitud del defecto que recae sobre él mismo. Sobre el tema de la nulidad hablamos suficientemente al tratar del acuerdo de la Junta General, por esa razón aquí nos ceñiremos estrictamente a comentarios mínimos sobre tan delicado tema.

Hay nulidad cuando se omiten ciertos requisitos que la ley exige para que un acto tenga plena eficacia. Al faltar éstos, el acto, jurídicamente es como si no existiera, no crea derechos, ni vincula a persona alguna.

Los motivos pueden ser varios, más podemos enumerar, a guisa de ejemplo, algunos:

1o.) Elementos necesarios para la existencia de la sociedad: capital inferior a veinte mil colones; división de las acciones en forma distinta a la que ordena la ley, etc.

2o.) Requisitos de constitución, Artículo 192.

3o.) En lo que se refiere a la fundación. Omisión de cualquiera de los requisitos que deben seguirse para constitución sucesiva o para la pública. Falta de indicación en la escritura pública de cualquiera de las exigencias prescritas en los Artículos 22 y 194.

4o.) Merece consideración aparte la ilicitud del objeto social, aunque ya hicimos mención al problema en el capítulo I, "Naturaleza Jurídica".

La ilicitud del objeto es causa de nulidad, pero es conveniente aclarar que no debe confundirse el objeto del contrato en general y el objeto o finalidad social como requisito de la escritura pública que entra en la causa del contrato. La ilicitud del objeto social no es más que la ilicitud de la causa del contrato. El Artículo 343 declara nula la sociedad con objeto ilícito.

(1) CAUSA ILICITA

El Código Civil en los Artículos 1316, No. 4, establece que para que haya obligación debe hacer causa lícita; y el Artículo 1338, inciso 2o., dice: "Se

CAPITULO XII

NULIDAD DEL ACTO CONSTITUTIVO

Como todo acto jurídico, el que da nacimiento a la sociedad, está sujeto a que en su formación se den determinadas imperfecciones que lo hagan inexistente o nulo; depende de la magnitud del defecto que recae sobre él mismo. Sobre el tema de la nulidad hablamos suficientemente al tratar del acuerdo de la Junta General, por esa razón aquí nos ceñiremos estrictamente a comentarios mínimos sobre tan delicado tema.

Hay nulidad cuando se omiten ciertos requisitos que la ley exige para que un acto tenga plena eficacia. Al faltar éstos, el acto, jurídicamente es como si no existiera, no crea derechos, ni vincula a persona alguna.

Los motivos pueden ser varios, más podemos enumerar, a guisa de ejemplo, algunos:

1o.) Elementos necesarios para la existencia de la sociedad: capital inferior a veinte mil colones; división de las acciones en forma distinta a la que ordena la ley, etc.

2o.) Requisitos de constitución, Artículo 192.

3o.) En lo que se refiere a la fundación. Omisión de cualquiera de los requisitos que deben seguirse para constitución sucesiva o para la pública. Falta de indicación en la escritura pública de cualquiera de las exigencias prescritas en los Artículos 22 y 194.

4o.) Merece consideración aparte la ilicitud del objeto social, aunque ya hicimos mención al problema en el capítulo I, "Naturaleza Jurídica".

La ilicitud del objeto es causa de nulidad, pero es conveniente aclarar que no debe confundirse el objeto del contrato en general y el objeto o finalidad social como requisito de la escritura pública que entra en la causa del contrato. La ilicitud del objeto social no es más que la ilicitud de la causa del contrato. El Artículo 343 declara nula la sociedad con objeto ilícito.

(1) CAUSA ILICITA

El Código Civil en los Artículos 1316, No. 4, establece que para que haya obligación debe hacer causa lícita; y el Artículo 1338, inciso 2o., dice: "Se

entiende por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

El Artículo 344 del Código de Comercio establece que la sociedad que tenga causa ilícita también es nula.

El problema sobre el concepto de causa, es de los más discutidos de la doctrina moderna del derecho, campo propicio para elucubraciones de orden metafísico y jurídico.

""Para Capitant, "toda persona que se obliga voluntariamente persigue un fin de orden económico pecuniario, y se obliga para llegar a conseguirlo. Lonasco, resume así: "La causa desde el punto de vista técnico no es sino el límite hasta el cual, partiendo de las últimas voliciones puestas en ejecución para materializar la voluntad exterior en un hecho del cual se ocupa el derecho, se puede remontar en la cadena de las múltiples voliciones coordinadas, entre ellas por una relación de medio a fin".

Cuando el Código Civil habla de motivo no debe entenderse por esa palabra los móviles intrínsecos, orgánicos, sino los extrínsecos, personalísimos, pero sólo los de carácter teleológico, que se refieren al futuro.

No es necesario expresar la causa de una obligación, la ley supone en todo caso que hay una causa real y lícita, establecida la obligación, está probada la causa; si ésta es ilícita, corresponde probarla a quien la alega. La causa real no es otra cosa que la causa efectiva, que existe realmente, en contraposición a la aparente o simulada.

""En el derecho moderno la noción jurídica de la causa ha dejado de ser abstracta e inoperante para actuar más bien en forma de instrumento que impone la equivalencia en las transacciones, como expresión de la justicia conmutativa.

Como consecuencia de la doctrina consagrada en nuestro derecho positivo, la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación. El acto volitivo obedece fatalmente a móviles que han inducido a la voluntad y han sido conocidos de las partes.""(16)

Según los artículos del Código Civil ya citados, puede haber tres clases de causa ilícita: la prohibida por la ley, la contraria a las buenas costumbres; y, la contraria al orden público. En doctrina, sobre todo en la italiana, se reconoce que la ilicitud de la causa afecta a la necesidad económica que el contrato satisfará. La causa es el motivo o interés que la parte trata de llenar con el acto jurídico. En lo que se refiere a las sociedades según el Artículo 17 del Código de Comercio, la causa podemos encontrarla en la estipulación de poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse. Es notable como la causa repercute en la finalidad social. La causa, para que a través de ese acto surja un ente jurídico, es precisamente a la que se refiere el Artículo 17.

El contrato de sociedad está caracterizado por el fin de lucro, el cual constituye un elemento esencial de la causa para formar parte de él. Toda limitación que lo afecte o que impida el reparto de utilidades será nula. Cabe preguntarse si podría la Junta General, después de repartir un porcentaje señalado social, hacer uso del resto para emplearlo en obras sociales, de caridad, etc., es decir que pueda disponer de los beneficios a título gratuito.

Si consideramos que el objeto esencial y causa del contrato es el reparto de beneficios entre los socios, la Junta General sólo puede actuar de tal modo que haya el mayor reparto posible. Lo que los socios pretenden es obtener ganancias y poder repartirlas. El contrato da derecho al socio a esas ganancias como una contraprestación de su obligación de aportar. Esto tiene estrecha relación con el Artículo 38, por el cual no puede procederse al reparto de utilidades, si no es hasta por el monto de las que realmente se hubieron obtenido; y, según el Artículo 37 si hay pérdidas de capital social, no pueden distribuirse utilidades hasta que se reintegre o se reduzca en el caso del Artículo 444, No. 7o.

Se ha considerado sin discusión que la Junta General como órgano que expresa la voluntad social, puede decidir sobre la limitación del reparto de utilidades. Si el acuerdo tuviera como fundamento algún acto de liberalidad, que causaría perjuicios al reparto de utilidades, operación contraria al fin de lucro social, carecería la resolución de validez por ser contrario a la ley y al pacto social, en consecuencia daría lugar a la acción de oposición, Artículo 250, y esto es así

desde luego que hay una contradicción con la causa del contrato social.

(2) PACTO LEONINO

Este es un tema que daría lugar a numerosas páginas, pero a riesgo de parecer demasiado breves, lo trataremos en unas cuantas líneas.

El artículo 36 habla de lo que se llama pacto leonino, que consiste en la exclusión de uno o más socios de la participación en las utilidades o en las pérdidas.

El pacto está prohibido porque afecta la causa del contrato, aunque el Código de Comercio, no obstante que es un caso claro de ilicitud de la causa, limita los efectos de la nulidad a las estipulaciones que se hagan. La respuesta adecuada para este criterio debe buscarse en la naturaleza jurídica del contrato plurilateral de sociedad, en los cuales, tal como lo dice el Artículo 26, en concordancia con la doctrina, la nulidad de todo el contrato, salvo que la participación sea esencial para la realización de la finalidad social; por esta razón la estipulación leonina deja incólume el pacto social.

(3) CONSENTIMIENTO

El Artículo 1316 No. 2o. dice: "Para que una persona se obligue a otra por acto o declaración de voluntad es necesario: 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio."

En el contrato de sociedad el consentimiento de los socios debe estar exento de vicios. Los Artículos 1322 y siguiente del Código Civil regulan la materia de los vicios, pero en lo que a la sociedad se refiere hay que considerar ciertas particularidades. La propia naturaleza de este contrato plurilateral no excluye la nulidad: el socio que consintió por error, fuerza o dolo puede pedir la nulidad, más esa nulidad no afectará todo el pacto, salvo que según lo dispone el Artículo 26 "la participación del que se retire o su aporte constituyan condiciones indispensables para la realización de la finalidad social". Sea nulidad absoluta o relativa afectará sólo la relación particular del socio, no todo el contrato y en consecuencia tampoco a los otros socios no afectados por el vicio. Igual tratamiento se aplicará a la Minoría de socios, Artículo 345, inciso final.

Uno de los principales aspectos o aplicación de la voluntad, es la libertad contractual, que consiste en la facultad que tienen los particulares para celebrar los

contratos que deseen y determinar su contenido, efectos y duración.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Integrase por dos actos sucesivos y copulativos: la oferta y la aceptación.

El Artículo 345 dice que la falta de consentimiento de la mayoría de los socios invalida el contrato social. Nótese que el Artículo habla de la mayoría o sea que tal como lo dijimos: para la nulidad dentro de las sociedades debe distinguirse entre si el consentimiento de la mayoría ha sido afectado por cualquiera de los vicios que hacen nulo el contrato: error, fuerza o dolo. En caso de que no sea así, la sociedad será válida en toda la extensión y quedará a los socios la acción que le da el Artículo 26.

(4) CARENCIA DE FORMALIDADES

Formalidades son aquellos requisitos de orden externo exigidos por la ley para la celebración de determinados actos, los cuales se llaman actos formales.

Entre las formalidades es posible distinguir: solemnidades que son requisitos de orden externo de los que depende inevitablemente la existencia del acto; consisten en diversas formas que deben revestir las mencionadas declaraciones de voluntad para que el consentimiento se considere válidamente dado. Sin ellos se produce la inexistencia o nulidad del acto.

Formalidades de prueba: hay otras formas cuya misión es servir de medio idóneo de prueba del acto celebrado; si no se hace uso de ellas, el acto queda sin prueba fehaciente.

Los actos solemnes se definen como aquellos en que el legislador exige para su celebración ciertas formalidades esenciales para su existencia y en consideración a su naturaleza.

La solemnidad es indispensable para que nazca el vínculo jurídico y además el único medio de prueba posible. El Artículo 346 lo manda claramente, además el Artículo 19 dice: "Solamente podrán constituirse sociedades dentro de las formas reguladas por la ley."

La doctrina ha sostenido y la jurisprudencia lo ha confirmado en numerosas ocasiones, que en los contratos solemnes, el contrato y el instrumento público, su prueba, son inseparables y que si este no se ha extendido o no se ha otorgado conforme a la ley, el contrato no ha tenido existencia jurídica y como consecuencia

necesaria, si no ha existido no puede declararse nulo.

Es un principio indiscutible que los contratos solemnes no tienen existencia jurídica, ni producen efectos legales, sino desde el momento que se cumplen las formalidades que la ley señala para su perfección; ni la voluntad de los contratantes, ni sentencia alguna de juez pueden derogar tal principio.

Las solemnidades en su calidad de excepciones al derecho común, requieren como una consecuencia lógica, de una interpretación restrictiva: las que el legislador señala para un determinado acto no pueden hacer figura en otro, ni podrán someterse dichos actos a otro tipo de solemnidades, sólo a los que expresamente se indiquen, Artículos 19 y 347.

El Artículo 27 contiene una regla que está en relación directa con el contenido del Artículo 10 C que dice: "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo, en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención", indica la disposición comentada que a falta de los requisitos en la escritura de constitución, la sociedad en ese punto deberá regirse por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio.

Los Artículos del 348 al 356, escapan a los límites de este trabajo, aún cuando están colocados dentro del rubro de la nulidad de las sociedades se aplican a todas las sociedades y a nuestro juicio no requieren de mayores explicaciones.

Nada más consignaremos que luego de todo lo dicho sobre nulidad del acto constitutivo no debemos dejar de lado que: justa causa y real, objeto lícito, capacidad legal, consentimiento sin vicios, son los cuatro requisitos que debe concurrir para que una persona se obligue con otras recíprocamente en un contrato plurilateral. No puede faltar ni uno solo de esos cuatro requisitos, de lo contrario habrá nulidad.

(5) SOCIEDAD REDUCIDA A UN UNICO SOCIO

Trataremos tan interesante tema dentro del régimen de la nulidad del acto constitutivo de la sociedad, ya que el Código de Comercio regula tal situación, dentro del capítulo dedicado a las sociedades nulas e irregulares y el caso del socio único es precisamente de esos, pues es difícil concebir una sociedad con un solo socio, situación que pugna con la misma definición de sociedad.

Si todas las acciones llegan a ser de un solo individuo, ¿habrá que extinguir o no la sociedad? Según lo dicen connotados tratadistas no existe ninguna razón para negar la vida a la sociedad anónima que ve reducido el número de sus socios a uno sólo. Citan en su apoyo la tendencia que sostienen los autores alemanes que la sociedad de un solo hombre debe tener en la ley un tratamiento especial, lo que a juicio de Gierke citado por Emilio Langlé y Rubio debe ser: "1o.) Se le aplicarán fundamentalmente los preceptos de la sociedad por acciones; 2o.) Así también, la doctrina de los patrimonios separados; y 3o.) Se considerarán idénticas las personalidades del accionista único y de la sociedad cuando, de lo contrario amenacen típicos de chanchullos u otras impurezas".(17)

Aportan además otros argumentos: la sociedad tiene una personalidad distinta de la de los socios; es dueña de un patrimonio dentro del cual se encuentra su capital que responde de las obligaciones sociales. Quedarían en pie todas las regulaciones que se ven sometidas las sociedades anónimas. "Importan poco las personas: la entidad las absorbe, las desvaloriza, las relega".(18)

Las acciones pueden estar en una sola mano por un tiempo, pero puede darse que por los continuos movimientos de la vida económica pasen a otras personas.

Al principio de la entidad requiere un número plural de socios, más no en el transcurso de la misma.

Si no pueden aplicarse las reglas sobre: Juntas Generales, Directivas, etc., no es óbice para que fundione la empresa, en la práctica se ve que a las juntas concurre el poseedor de la mayoría de las acciones quien impone su criterio.

Sobre esto nos dice Langlé y Rubio: "1o.) que el principio de la mayoría debe interpretarse --como enseña Feine--, no en el sentido de que debe existir pluralidad de personas, sino de que no es precisa la unanimidad; 2o.) que dicho principio trata de evitar que los intereses de una mayoría se impongan a los de la minoría y en el supuesto del accionista único no hay posibilidad de tal perjuicio; 3o.) que tampoco puede formarse mayoría cuando sólo existen dos socios, con igual número de participaciones cada uno y no por eso se niega el derecho de existencia a la sociedad formada por dos personas".(19)

El problema del número de administradores se resuelve diciendo que para tener tal calidad dentro de la sociedad anónima no se precisa ser accionista, por lo que

bien, podrían entrar en su constitución personas ajenas a la entidad.

Asimismo se arguye que la extinción súbita de la sociedad acarrearía mayores perjuicios que beneficios. La persona que quedara como dueña única de la empresa podría evadir cualquier disposición que ordenara la disolución en virtud de la reducción del número de socios, a través del simple expediente de traspasar una acción o varias a otras personas, por lo que hará negatoria la disposición comentada.

De otra parte el que se estableciera semejante disposición daría lugar a que se redujera la circulación de las acciones en el mercado de títulos valores.

Es de hacer notar que cuando se concentran las acciones en una sola persona o en pocas, lo que se persigue es la limitación de la responsabilidad para poder ejercer individualmente el comercio.

Después de una serie de elucubraciones se llega a la conclusión que si ya ha sido creada la sociedad de responsabilidad limitada, pues debe seguirse adelante con el comerciante individual que tenga también la misma calidad.

Los redactores del Proyecto de Código que entró en vigencia hace poco, dieron como razones para introducir a la legislación salvadoreña la empresa individual las siguientes: "La empresa individual de responsabilidad limitada constituye una novedad de la que la Comisión se enorgullece. Si este proyecto llegare a convertirse en ley, El Salvador será la primera nación en América Latina que autorice la existencia de este tipo de empresas, legislado ya en otros países. Con esta nueva institución se ha querido dar mayores facilidades al desarrollo del comercio y, al mismo tiempo, evitar que se busque igual resultado mediante la constitución de sociedades anónimas que, si bien llenan los requisitos formales de tal organización, su contenido no corresponde a esa forma de sociedad. Se ha tenido en cuenta, en todo momento, la garantía que debe darse a los terceros que contratan con la empresa individual, sometiéndola a las formalidades, requisitos y obligaciones que se exigen a las sociedades cuyos miembros responden limitadamente, sean de personas o de capitales. La Comisión se ha inspirado en las "Bases de un Proyecto de Ley de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada", cuyo autor es el tratadista mexicano, Licenciado Raúl Cervantes Ahumada".(20)

Sobre este mismo asunto pueden verse las numerosas razones que se dan para considerar como válido el hecho de que una sociedad anónima tenga un único accionista, en la página 171, Tomo I, Tratado del Derecho de las Sociedades por A. Brunetti, 2a. Edición.

Como una consecuencia natural de la posición adoptada por la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio, hoy ley de la República, que según manifestación expresa se fundamenta en la opinión del ilustrado tratadista Cervantes y Ahumada, quien seguramente debió haber tomado como antecedente la doctrina brillantemente expuesta por autores alemanes, es que la situación del socio único dentro de una sociedad se ha regulado en la forma contenida en el Artículo 357: "La sociedad reducida a un solo socio, dejará de existir como tal, si transcurrieren tres meses sin que se haya traspasado alguna participación social a otra persona; pero la empresa mercantil subsistirá como empresa individual perteneciente al único socio.

La empresa será de responsabilidad ilimitada si en la sociedad de que proviene había por lo menos, un socio que tuviere este tipo de responsabilidad. La empresa será de responsabilidad limitada, si en la sociedad de que provienen todos los socios, respondían de esta manera.

El único socio tendrá la obligación de otorgar los instrumentos necesarios para convertir legalmente la sociedad en una empresa individual dentro de los dos meses subsiguientes a la expiración del plazo previsto en el inciso primero de este artículo, bajo la pena de que su empresa se considere como una sociedad irregular y se le aplicquen las disposiciones previstas en el Artículo 347".

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO XII

- (16) Gaceta Judicial, Colombia, No. XLVII, 1938, página 251
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia.
- (17) Langlé y Rubio, obra citada, página 404, Tomo I.
- (18) Langlé y Rubio, obra citada, página 404, Tomo I.
- (19) Langlé y Rubio, obra citada, página 405, Tomo I.
- (20) Revista del Ministerio de Justicia, citada, página 342.

CAPITULO XIII

EXTINCION

Se comprende fácilmente que a veces conviene facilitar la extinción de la sociedad anónima cuando sobrevienen causas que hacen imposible la continuación de la misma; pero a esto hay que añadir que en contra de los intereses individuales de los socios, existe el interés nacional o colectivo de que aquella empresa siga funcionando, pues si desaparece como ente organizado deja de producir, sufren mengua en su valor los elementos que entran en su formación y por consiguiente desaparecen otros valores económicos: clientela, trabajo de todo el personal, el crédito, etc. Hay que tomar en cuenta también a los terceros que negociaron o negocian con la sociedad.

Si tomamos el punto de vista de considerar a la sociedad como un simple contrato, la extinción de la misma sería sencilla; pero, por el contrario es una entidad que ha entrado en numerosas relaciones de orden jurídico y económico y hay que garantizar que se solventarán todos los compromisos provenientes de ese comercio antes de dsolver el vínculo social

Por otra parte debe considerarse que los factores de la producción deben subordinarse al interés nacional, por lo que no puede pensarse que sea un asunto que atañe exclusivamente a la esfera privada el que vaya a desaparecer un órgano de la economía nacional.

Todos estos aspectos son de gran relevancia, por lo que el problema de la extinción de las sociedades presenta facetas que ameritan un tratamiento legal cuidadoso, a efecto de no dañar los numerosos intereses en juego.

Doctrinariamente la extinción de la sociedad no representa la muerte inmediata, como veremos en detalle más adelante, sino que previamente debe colocarse en estado de liquidación. Las causas pueden estar señaladas en la ley o en el pacto social, pero con ellas sólo puede procederse a la apertura de un proceso de liquidación para que posteriormente se proceda a la división del patrimonio entre los socios, si hay algo que repartir, y con esta división la extinción definitiva de la sociedad.

Estos conceptos pueden considerarse como un criterio único en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales del mundo. La extinción no es inmediata, sino que comienza con un período liquidatorio, durante el cual la persona jurídica sigue funcionando como tal, hasta que se finalizan las operaciones y muere.

Consideramos entonces que la entidad no desaparece por el solo hecho de que sobrevenga cualquiera de los motivos de extinción, continúa como persona jurídica, sigue en sus negocios y las obligaciones contraídas guardan plena vigencia, tanto las que tiene en contra como las que le favorecen. Si hay un cambio fundamental en la finalidad social, pues cualquiera que haya sido ésta, se convierte en practicar la liquidación.

En las sociedades anónimas, que pertenecen a la clase genérica de las de capitales, la separación de un socio no acarrea las consecuencias que en las de personas, por lo que aquí no trataremos tan interesante tema.

Garrigues enseña que en la sociedad anónima el caso de que el accionista se separe de la entidad sin enajenar sus acciones, no habiendo norma que regula tal situación, debe procederse a la reducción del capital social de conformidad a los preceptos legales.

(1) DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

La disolución en las sociedades de capitales señala el punto de partida para la liquidación y posteriormente la extinción de la sociedad, Brunetti, cita a Ferrara en esta materia y dice: "La persona jurídica no muere en el instante en que interviene la causa extintiva, sino que si se permite una imagen funeraria...entra en la agonía. Su vitalidad queda limitada, debilitada, especializada, en el sentido de que, abandonado el objeto de vida, ahora persigue su objeto de muerte, piensa en liquidarse, en arreglar sus propios asuntos y en preparar su definitivo traspaso. Se trata de una supervivencia de la personalidad con objeto cambiado y de una transformación antes de su total desaparición.

El fin se modifica: el originario es sustituido por el fin de liquidación que necesita, para su desarrollo práctico, del mismo mecanismo administrativo. El ente se transforma en un ente de liquidación y asume el nombre del mismo y desde aquel momento se dedica al solo objeto del agotamiento, de las relaciones

pendientes y de la conversión de sus bienes en dinero para realizar el pago de los débitos. En esto consiste el interés principal de la liquidación: en que los acreedores puedan realizar íntegramente la garantía sobre el patrimonio extinguido antes de que los bienes se disuelvan y pasen a otros sujetos. A tal fin, permanecen las mismas autoridades administrativas, aunque investidas de las nuevas funciones de liquidación, o se buscan otras nuevas para colocarlas en el puesto de aquéllas para llevar a término la liquidación." (21)

El Código de Comercio sigue a las más avanzadas legislaciones en la materia, no reconoce la distinción entre causas que operan de pleno derecho y las facultativas. En el Art. 187 simplemente dice cuáles son las causales de disolución y en el Art. 188 dispone que las cuatro primeras deberán reconocerse por la Junta General de accionistas y la última, por sentencia judicial, si opera automáticamente.

Como lo dijimos, la disolución implica una modificación del pacto social, por lo que el órgano que debe decidir sobre ella es la Junta General Extraordinaria.

Las causas están enumeradas en el Art. 187, veamos una por una:

1) Expiración del plazo

Esta es una de las causas que debe ser reconocidas por la Junta General. Este plazo es el que figura en la escritura de constitución o en posteriores modificaciones. El vencimiento es de pleno derecho, no da lugar a prórrogas tácitas. Es un requisito esencial el cual se presume conocido de todos los accionistas y que determina la duración del ente, el Art. 356 inc. 1o. dice: "La sociedad que prolongue su existencia más allá del plazo fijado en el pacto social para su disolución, sin haber otorgado previamente la prórroga correspondiente; así como aquélla que se encuentre afectada por cualquier otra causal de disolución contemplada en este Código y no proceda a subsanarla, continuará funcionando en forma regular, hasta que se otorgue la escritura que la disuelva o se haga uso de la acción de disolución"

En otros países se ha obviado la disposición que de manera similar a la nuestra prohíbe la prórroga tácita, a través del método de hacer figurar en el

pacto social una cláusula que exprese que la sociedad durará un número determinado de años, cuyo plazo deberá entenderse prorrogado sucesivamente por periodos de varios años, si antes del vencimiento de cualquiera de ellos no se da -- aviso por un número determinado de socios que la sociedad habrá de extinguirse.

Se dice que aquí no opera la prohibición, porque no es materia de extender un plazo que se ha fijado con exactitud, sino que de la continuidad de una sociedad establecida por término indefinido sujeta a una condición resolutoria.

Cabe hacer notar que la jurisprudencia de los tribunales de estos países, no se ha pronunciado de manera uniforme en este sentido, pues unas veces ha sostenido que esto, no es más que el subterfugio para aparentar una voluntad -- manifestada expresamente.

(II) La consumación del fin principal de la sociedad.

Esta causal debe ser reconocida por la Junta General, por que -- no puede concebirse fácilmente que resulte obvio para terceros y aún a los socios que se haya consumado el objeto social.

Autores como Vivante sostienen que esta causa de extinción opera de -- igual manera que la terminación del plazo fijado en la escritura; de pleno derecho, porque en opinión del conocido autor, no hay nada que hacer saber a -- los socios o terceros, quienes se encuentran enterados que al finalizar o agotar-- se el objeto de la entidad, ésta muere.

(En varias legislaciones como la nuestra no se ha tomado en cuenta el cri-- terio del autor, pues se arguye que el fenecimiento del objeto no es causa por sí sola que demuestre claramente, en numerosos casos, que la entidad debe des-- parecer, hace falta el acuerdo de los accionistas reconociendo tal situación.

Si la sociedad llenó su cometido, la consecuencia natural es su extin-- ción, pero si se frustrara o si se hace imposible de realizar, el caso es el mismo.

La imposibilidad física o jurídica de realizar el objeto social, es una cau-- sal de igual categoría que si se hubiere agotado. Este caso opera también me-- diante reconocimiento de la Junta General y está contemplado dentro del mis-- mo numeral II del Art. 187. Debemos aclarar que se trata de una imposibi-- lidad sobreviviente, pues la imposibilidad originaria es causa de nulidad del acto constitutivo.

III) Pérdida de más de las tres cuartas partes de capital, si los accionistas no efectuaren aportaciones suplementarias que mantengan, por lo menos, en un cuarto el capital social.

Aquí se ve también clara la necesidad de que la Junta General reconozca la existencia de la causal, pues sólo puede surgir tal certeza de los resultados del balance y del estado de pérdidas y ganancias.

Si una entidad queda sin capital, debe desaparecer. Pero si entramos a un análisis con mayor detenimiento debemos considerar que si la sociedad llega al estado de quiebra por insolvencia queda imposibilitada de realizar su finalidad; tanto la quiebra como la imposibilidad son causas de extinción ya establecidas en las leyes, por lo que la regulación que establece el numeral citado es acertada.

IV) Acuerdo de la Junta General de accionistas en sesión extraordinaria, especialmente convocada al efecto y con el voto de las tres cuartas partes de las acciones. El pacto social puede aumentar pero no disminuir la proporción de acciones exigidas para que haya resolución.

Como puede deducirse fácilmente esta causal opera en caso de que no haya transcurrido el plazo social, pues en las demás el acuerdo no sería otra cosa que el reconocimiento de existencia de la causal.

Este acuerdo debe adoptarse conforme a las estipulaciones que aparecen en el pacto social. Podría en determinado caso acordarse la extinción antes del vencimiento del plazo sin que haya hecho mención de ello en la escritura de constitución o los estatutos, pues la voluntad de los socios manifestada en la Junta General con los requisitos legales está por encima de cualquier pacto o convenio anterior.

Aunque no sea este el lugar adecuado debemos considerar que si la sociedad llegare a amortizar todas sus acciones, tendrá que fenecer por el desaparecimiento de todos los socios.

En la situación anterior de ser la sociedad la dueña de todas sus acciones lo que sucedería es que se convertiría en una especie de fundación, pues los bienes quedarían destinados a un fin determinado.

Vivante y Gella citados por don Emilio Langlé y Rubio son los que opinan afirmando lo anterior (22) pero el primero de ellos expresa que hay un caso de excepción, pues aún cuando la sociedad haya amortizado todas las acciones, no se extingue si reparte a sus socios acciones de disfrute (certificados de goce), ya que claramente puede verse que el vínculo social se mantiene, principalmente a lo que atañe al reparto de utilidades y del patrimonio que pueda haber después de la liquidación.

V) Por sentencia judicial que declare la disolución y ordene la liquidación en los casos contemplados en el Capítulo XII del Título II del Libro Primero del Código de Comercio. Esta causal se trató con mayor amplitud al tratar de la nulidad del acto constitutivo.

VI) DISOLUCION POR FUSION.

Esta causa está expresamente contemplada en la ley, se encuentra contenida en el artículo que se refiere a la disolución, Art. 187, claro que aquí sólo hay disolución sin liquidación, porque en las dos formas que señala el Art. 315 hay una sucesión a título universal de los patrimonios de las sociedades que se fusionan o de la sociedad absorbida a la que incorpora. La liquidación no se necesita, pues se opone a la finalidad económica de la fusión.

(2) LIQUIDACION

En la sociedad, la liquidación tiene como fin inmediato la división de los elementos que forman el patrimonio y la extinción de la personalidad jurídica.

La liquidación es una serie de actos que comienzan con la disolución y terminan con la muerte de la persona jurídica.

Tiene como ya lo dijimos, el fin de desintegrar el patrimonio a través de la transmisión del dominio de los elementos del mismo de la sociedad que se extingue a los accionistas.

Brunetti cita a Ferrara en estos términos: ""Con la caída de la persona, los derechos y obligaciones patrimoniales cambian de sujeto: se produce una sucesión social, que será regulada por criterios distintos. En primer lugar, - decide el especial ordenamiento de vida del cuerpo social; a falta de éste será necesario tomar en consideración el ligamen personal que une a la persona colectiva caída con las personas que quedan"" (23)

El fenecimiento de la persona jurídica queda terminado con la inscripción de la escritura de liquidación en el Registro de Comercio, Art. 342.

Examinemos ahora la posición jurídica de la sociedad anónima dentro del período liquidatorio.

Primero: la personalidad jurídica la conserva y comienza con este proceso el último período de su vida. El patrimonio de la entidad no se emplea en la obtención de las utilidades sino que debe convertirse en dinero para ser repartido entre los socios, según su aporte. Los administradores suspenden todas las negociaciones, salvo la terminación de las ya comenzadas; queda en consecuencia reducida la capacidad del ente a la liquidación; continúa la sociedad jurídica y materialmente la administración queda en manos de los liquidadores, los accionistas continúan ligados por las obligaciones contraídas.

La persona jurídica se mantiene, su denominación es la misma con el añadido de "en liquidación", su domicilio será el mismo, la contabilidad y el patrimonio serán los mismos; puede ser actora o demandada en los juicios; las juntas generales y el Auditor se mantienen; es más, si los recursos de que se dispone son insuficientes para satisfacer las deudas sociales, los liquidadores pueden exigir a los accionistas las partes debidas de sus acciones suscritas y no pagadas; finalmente la sociedad puede demandar la responsabilidad de los administradores.

El Art. 329 dice que mientras no haya sido inscrito en el Registro de Comercio el nombramiento de los liquidadores y éstos no hayan entrado en funciones, los administradores continuarán en el desempeño de sus cargos, sin perjuicio de la responsabilidad de unos o de otros, si la inscripción no se practicare por dolo o negligencia.

El Art. 328 habla del nombramiento de los liquidadores, de lo que podemos ver que tal nombramiento puede ser de tres formas:

- a) En la escritura de constitución;
- b) Por acuerdo de los socios;
- c) Por autoridad judicial

A. El Código mantiene el principio de que debe privar la voluntad de los socios expresada en el acto constitutivo. El nombramiento de los liquidadores se

hará de conformidad a las reglas del pacto social y sólo en el caso de que no existan, la designación se hará por la Junta General.

Cuando el pacto social establezca quienes serán los liquidadores, habrá de estarse a lo dispuesto, lo mismo habrá de suceder si sólo establece el procedimiento que deberá seguirse para su designación. Pero esto no quiere decir que la Junta General no tenga competencia para revocar tal nombramiento. En el pacto social existe la más amplia facultad para el nombramiento de que hemos tratado, pueden hacerlo recaer en accionistas, personas extrañas a la sociedad, que sea la Junta Directiva la que se encargue, puede nombrar incluso a otra sociedad para que practique la liquidación.

B. Si en el pacto social no se ha previsto el nombramiento de los liquidadores, será la Junta General la encargada de hacerlo. No cabe duda de cuál será el procedimiento que debe seguir la Junta para la designación, puesto que el artículo dice que se hará por acuerdo de los socios y en el mismo acto en que se acuerde la disolución.

Serán entonces aplicables los quórums requeridos para resolver sobre la disolución los que regirán el designamiento de los liquidadores.;

C. El inciso final del Art. 328 dice que si por cualquier motivo no se hiciera el nombramiento de los liquidadores, lo hará la autoridad judicial a petición de cualquier socio o del Ministerio Público.

La razón de ello es que no se puede autorizar que la sociedad quede sin órgano de administración, por eso se quiere que al cesar la representación y gestión de los administradores, entre el acuerdo de disolución y el nombramiento de los liquidadores no exista interrupción alguna.

(A) ACEPTACION DEL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR

El solo hecho del nombramiento no le da a la persona nombrada la calidad de liquidador, debe aceptarlo. Aunque la ley no lo diga, es de suponer que la aceptación debe ser manifestada y luego debe procederse a la inscripción de su nombramiento (Art. 329), en el Registro de Comercio. El acuerdo de los socios y la sentencia que nombre a los liquidadores deberá publicarse --

e inscribirse en el Registro de Comercio.

La aceptación puede ser expresa o tácita, de tal forma si la persona que ha sido designada no acepta el cargo, puede requerírsele para que lo haga, y de no efectuarlo, considerar como rehusado el encargo y proceder a nuevo nombramiento.

(B) CAPACIDAD PARA SER LIQUIDADADOR

Según el Art. 339, a los liquidadores les son aplicables las normas referentes a los administradores, con las limitaciones inherentes a su carácter, así pues regirán para ellos las reglas de las incapacidades.

(C) FIGURA JURIDICA DE LOS LIQUIDADORES

Como dijimos, a los liquidadores se les aplican las normas referentes a los administradores. Quedan así en calidad de órgano de la sociedad, que la representan en sustitución de los administradores, pero con las limitaciones inherentes a sus funciones que son: convertir en numerario los bienes de la sociedad, pagar las deudas sociales y repartir entre los socios el remanente.

De conformidad a los lineamientos de la teoría clásica se consideraba a los liquidadores de la sociedad como mandatarios de la sociedad, pero de conformidad a las más recientes doctrinas son considerados como órganos de la entidad y cabría hacer aquí la misma clase de argumentación para fundamentar tal posición, que la hecha en el caso de la posición jurídica de los administradores, ya que frente a los socios, los acreedores y demás terceros, los liquidadores, aparecen como titulares del derecho que surge a consecuencia de la administración que ejercen en lo que a la liquidación de la sociedad atañe, esta facultad es medio necesario para el ejercicio de su labor, que tiene una regulación específica en la ley (Art. 327). Concluimos: que si se consideran órganos de la entidad y se les aplican las reglas de los administradores, no cabe la relación que hace del mandato en la figura jurídica de los liquidadores.

En caso de que sean varios liquidadores, deberán constituirse en forma de Junta Directiva y se les aplicarán las reglas relativas al quórum de presencia y al necesario para que haya resolución válida.

El Art. 329 habla, como lo referimos, del tiempo que media entre el acto de disolución y el comienzo de la liquidación por haber entrado en funciones a los liquidadores, durante el cual los administradores continuarán en el desempeño de sus cargos y el Art. 331 señala que los administradores les entregarán todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, lo cual constará en inventario suscrito por ambas partes.

Es una especie de colaboración entre los administradores que salen y los liquidadores que tienen su manifestación tangible en el inventario del estado patrimonial de la sociedad. Este documento es de suma importancia pues interesa tanto a liquidadores y administradores, como a los acreedores, accionistas y terceros, sirve además de fundamento inicial para la gestión de los liquidadores, y debe ser siempre redactado, pues si suponemos que la Junta General haya señalado a los administradores como liquidadores, el inventario es necesario porque su papel será poner en conocimiento de los accionistas y demás interesados, el estado económico financiero de la sociedad y los movimientos habidos en el mismo después del último balance.

La liquidación no produce cambios en la personalidad jurídica de la sociedad (Art. 326) por lo que sus órganos continúan funcionando, excepto la administración, por otra parte, el Art. 339 dice que: "En lo que sea compatible con el estado de liquidación, la sociedad continuará rigiéndose por las normas correspondientes a su especie".

Conviene que examinemos si las facultades de los órganos que permanecen inalterables son las mismas:

La Junta General queda limitada, ya que no puede acordar nada que se oponga al proceso de liquidación. No obstante sus facultades quedan con un amplio margen:

- 1o.) Para aumentar o reducir las facultades concedidas a los liquidadores;
- 2o.) Para demandar la responsabilidad de los administradores;
- 3o.) Para prohibir ciertas transacciones y compromisos a los liquidadores;
- 4o.) Puede aprobar el balance cuando la liquidación se prolongue más de un año;
- 5o.) Puede acordar la revocación de los liquidadores nombrados por ella.

En cuanto al auditor y el Consejo de Vigilancia, continuarán con las mismas funciones que les señalan las distintas disposiciones.

El Art. 332 enumera las facultades de los liquidadores.

Los contratos que estén pendientes continuarán iguales, deberán cumplirse, pues el hecho de que la sociedad esté en liquidación, no da lugar a una resolución por fuerza mayor.

En lo que a las nuevas operaciones se refiere, hay que hacer ciertas distinciones. Los liquidadores deberán hacer lo necesario para la finalización del proceso, ya que la sociedad conserva su capacidad, aunque relativa, pero eso no es obstáculo para que se efectúen ciertos actos que podría considerarse como nuevas operaciones, las que a pesar de tal carácter, serían necesarias para el mismo desarrollo de la liquidación, son nuevas operaciones pero no prohibidas. Lo serán aquellas que no están relacionadas con la liquidación.

Brunetti dice: ""Una nueva operación prohibida, sería una operación que no tien ligazón, directa o indirecta, mediata o inmediata, con la liquidación, que supone la vida activa de la sociedad, intensificándola o prolongándola; si por el contrario, tal unión existe, si la operación da por resultado la conversión del patrimonio social en dinero o si esta conversión se hace más cierta o más provechosa, no podrá decirse nunca que se trate de una nueva operación no permitida a los liquidadores. Por ello, toda operación, aunque no tenga relación con los negocios ya emprendidos o con obligaciones asumidas, con tal de que tienda a aquél resultado, entra dentro de los poderes de los liquidadores""(24)

El Art. 332 inc. final habla de estas nuevas operaciones, las cuales queda terminantemente prohibido iniciar a los liquidadores.

Los liquidadores están facultados para exigir a los accionistas, las partes que deben de sus aportaciones, lo que cobra especial relevancia si la entidad no dispone de los necesarios para hacer el pago de las deudas sociales. Art. 332 No. II.

Desde luego que los liquidadores se aplican las reglas que rigen para los administradores, aquellos pueden ser revocados de sus cargos por acuerdo de la Junta General. Pero como según el Art. 328 inc. 2o. las autoridades judiciales pueden hacer el nombramiento, si por cualquier motivo no se hiciera

en los términos de la misma disposición, puede preguntarse: ¿está facultada la Asamblea para la revocación de tal nombramiento? Pensamos que sí, puesto que la autoridad judicial hizo el nombramiento en subsidio de la Junta General.

En lo que a la sustitución de los liquidadores se refiere, ya sea por muerte, revocación o renuncia o incapacidad sobrevenida, se rigen estas distintas situaciones por las reglas de los administradores, Art. 339.

En caso de que la liquidación dure más de un año, los liquidadores están obligados a presentar el balance y estado de pérdidas y ganancias que se refiere los Arts. 282 y sig.

Los liquidadores responden por sus gestiones en iguales términos que los administradores Art. 276 y 339.

Los Arts. 333 y 334 regulan el reparto del haber social mientras dura el proceso de liquidación.

(D) DISTRIBUCION DEL HABER SOCIAL ENTRE LOS ACCIONISTAS

Para proceder a la distribución del haber social entre los accionistas, los liquidadores deben proceder de acuerdo a las normas del Art. 336

Tomemos cada uno de los numerales del Artículo mencionado y veamos:

1) En el balance final se indicará la parte que a cada socio le corresponde en el haber social.

Según los autores, éste no es exactamente un balance sino una rendición de cuentas, que se opone al inventario de que habla el Art. 331, es una cuenta de cierre o "cuenta consultiva". Parece que los tratadistas sobre la materia se han ocupado poco de este tema y según Brunetti debe recurrirse a otras fuentes técnicas para su esclarecimiento y así, cita extensamente la opinión de -- D'Alvise.

""""Como se ve, a propósito del Art. 215 del Código de Comercio, no es el balance de la liquidación, lo que se pide, sino el balance final; y por consiguiente desde un punto de vista lógico, los liquidadores pueden partir de su último balance aprobado por la asamblea anual y de la cuenta del último período de liquidación. Pero no es raro, aunque haya existido balances intermedios, que los liquidadores para mejor demostración de su gestión, partan del balance

inicial para concluir con el final de la liquidación, cuando no alcanzan incluso a recordar el estado patrimonial ofrecido por la última cuenta de los administradores, para explicar las diferencias existentes con el inventario de apertura de la liquidación. El estado final del patrimonio tendrá que quedar reducido a -- indicar la Caja o Cajas de depósito en Banco X y tal vez algún depósito especial vinculado al saldo de determinadas partidas del pasivo todavía existentes, y ello contra estas mismas partidas pasivas en el lado opuesto, y el capital neto, de tal modo que, en la serie de cuentas consistenciales casi todo se refleja en la cuenta Caja; por su parte, en la serie de cuentas consistenciales, tendrán gran importancia, por lo común, pérdidas y provecho de liquidación y gastos y rentas de gestión ordinaria. Ciertamente que la demostración habrá de ser bien distinta en el campo de las especies patrimoniales, por un lado, y en el diferencial, por otro, porque en una liquidación llevada a cumplimiento, no existe lugar para aquellas, en cierta manera híbridas, partidas de Fondo de amortización en los que se ocultan verdaderas reservas, o sea fracciones del neto patrimonial, cuando no deberían ser, para la racional sinceridad de los balances, más que -- partidas rectificativas de activo sobrevalorado, esto es, fracciones pasivas de -- cuentas consistenciales, a las que, equivocadamente, se da un lugar de primera línea en demasiados balances. Por lo general, las dos demostraciones habrán de concluir con un mismo resultado final diferencial. No será preciso citar aquí las formas que pueden adoptarse para la presentación de los estados de cuentas patrimoniales en los diversos casos que pueden presentarse. En general, aspectos sintéticos con algún cuadro de análisis y una sobria Memoria explicativa -- de los liquidadores, constituirán la rendición de cuentas; el informe de los -- síndicos será la necesaria memoria acompañatoria para el juicio final; y naturalmente, tanto los liquidadores como los síndicos se pronunciarán sobre la -- eventual fracción de neto final correspondiente a cada cuenta o acción de -- capital y cada acción o bono de disfrute"" (25)

Este balance, según el mismo numeral, deberá contener la indicación de la parte que a cada socio le corresponde en el haber social, para entonces -- el accionista a ser acreedor por su parte en la liquidación. Ordena la ley

a los liquidadores que indiquen en el balance, la cuota correspondiente a cada acción o lo que es lo mismo que se acompañe al balance, un proyecto de división del haber social.

El reparto que se hace a cada socio del residuo neto, fase final de la liquidación, en proporción a cada acción ¿puede considerarse como una especie de partición? Se ha considerado que no, se trata de una forma por lo que el dominio que ejercía la persona jurídica sobre el conjunto de bienes queda sustituido por el dominio de cada accionista sobre su parte.

La indicación de cada parte es un apéndice del balance, ya que éste no serviría de mucho si no se estableciesen las consecuencias del mismo en lo que al reparto del haber social atañe y por el contrario no puede haber lugar al reparto sin previo conocimiento del mismo a través del balance.

II. Dicho balance se publicará y quedará, así como los papeles y libros de la sociedad, a disposición de los accionistas, quienes gozarán de un plazo de quince días, a partir de la última publicación, para presentar sus reclamaciones a los liquidadores.

Por la especial función que tiene este balance, el legislador ha establecido la obligación de publicarlo, lo cual deberá hacerse en la forma que manda el Art. 486.

De conformidad a esta disposición el socio que se sienta agraviado o dañado, podrá impugnar el balance, así queda protegido el accionista contra los posibles desmanes de la mayoría que podrá, en determinados casos, lesionar su derecho de participar en el reparto del haber social en la forma prevista en el pacto social o en proporción al monto de sus acciones.

El plazo para presentar las reclamaciones es de quince días a partir de la última publicación del balance. El balance se publica para mejor conocimiento e información de los socios, que son los únicos interesados en la finalización y resultados de la liquidación; la publicidad no tendría ningún objeto si no se les concede un plazo a contar de la publicación para presentar su reclamación.

Esta facultad es exclusiva de los socios. Los acreedores y demás terceros no podrán hacer uso de ella, que es concedida únicamente a los accionistas -

dañados. La reclamación debe dirigirse a los liquidadores; así lo establece expresamente el artículo que comentamos.

III. Transcurrido dicho plazo, los liquidadores convocarán a una Junta General de accionistas, para que aprueben en definitiva el balance. Esta junta será presidida por uno de los liquidadores.

Ordena este numeral que el balance final sea sometido a la aprobación de la Junta General de accionistas. En esto el Código de Comercio sigue un sistema distinto de la ley italiana y se acerca más al de la española, pues en la primera no se le somete a consideración de la Junta General aduciendo que terminada la liquidación y por tener el carácter de documento decisivo para establecer la parte correspondiente a cada socio, no se estimó pertinente someter a la Junta General cosas que afectan en verdad el derecho particular de cada accionista, --- quien puede acudir a los tribunales para hacer valer sus pretensiones.

No obstante la razón aducida por los legisladores italianos, se considera más acertado el sistema nuestro, puesto que si el balance indica la parte correspondiente a cada socio, con él termina la actividad social y debe ser la Junta General quien apruebe o rechace el resultado de la gestión de los liquidadores, como órgano supremo de la sociedad. Y no es que con este sistema se desampare a la mayoría, desde luego queda a los socios dañados la facultad de hacer las reclamaciones pertinentes según lo expresamos anteriormente.

Una vez aprobado el balance, el Art. 337 los liquidadores procederán a hacer a los accionistas, los pagos que correspondan contra entrega de las acciones.

El Art. 338 dice que las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán en una institución bancaria, a la orden del accionista si la acción fuere nominativa o de quien presente el título, si fuere al portador, para cuyo efecto se indicará su número.

La disposición no lo indica pero el depósito debe ser hecho por los liquidadores.

Con el reparto del haber social la liquidación se da por terminada. Esta

operación del reparto implica la satisfacción del derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación que tiene todo accionista.

Pero el mismo artículo 336 establece que el reparto no puede perjudicar a los derechos de los acreedores, ya que los liquidadores no pueden proceder al mismo sin haber satisfecho primero las deudas sociales, solo después de esto será lícito efectuar el mencionado reparto.

El inc. 2o. del Art.338 señala el modo de proceder en el caso de no reclamarse por ninguna persona las cantidades depositadas. La ley no señala a partir de cuando corren los cinco años que indica el inciso comentado para que prescriban los derechos de los reclamantes y pasen las indicadas sumas al centro de beneficencia que indique la Secretaría de Salud Pública y Asistencia Social, pero nosotros estimamos que dicho plazo comienza a correr desde el día señalado para comenzar su cobro.

El Art. 340 también sienta una regla muy importante pues señala la forma de pagar las participaciones sociales que hayan de cancelarse con bienes distintos del dinero.

(E) EXTINCION DE LA SOCIEDAD

Tanto la disolución como la liquidación son instituciones mercantiles destinadas a hacer factible la desintegración del vínculo que une a los accionistas y la muerte de la persona jurídica a través de un proceso más o menos largo. El Art. 332 No. VII está encaminado a regularizar la formalización de la extinción de la sociedad, como resultado final del proceso liquidatorio. A su vez el Art. 342 indica que al inscribirse en el Registro de Comercio la escritura de liquidación se cancelarán las inscripciones de las escrituras de constitución y modificación de la misma y sus estatutos, si los hubiere.

Esta cancelación en los libros del registro indica el momento de la muerte de la persona jurídica y por ende de la sociedad.

Son los liquidadores los obligados a solicitar la cancelación en el Registro de Comercio. Los socios nada tienen que hacer al respecto.

Finalmente el inc.2o. del Art. 340 habla del depósito de los documentos sociales, los libros y papeles de la sociedad en una institución bancaria o en la persona que designe la mayoría de los socios; este depósito durará diez años.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO XIII

- (21) Brunetti, obra citada, página 676, t. ii.
- (22) Langlé y Rubio, obra citada, página 696, T.I.
- (23) Brunetti, obra citada, página 694, T. II
- (24) Brunetti, obra citada, página 706, T. II
- (25) Brunetti, obra citada, página 711, T. II

CAPITULO XIV

FUSION

La fusión es una especie de transformación de la sociedad (que veremos más adelante), que consiste en la unión de dos o más sociedades. La ley no define exactamente la fusión, el Art. 315 dice: "Hay fusión cuando dos o más sociedades integran una nueva, o cuando una ya existente absorbe la otra u otras. La nueva sociedad o la incorporante adquiere los derechos y contrae todas las obligaciones de las sociedades fusionadas o incorporadas".

Otra definición es: "Un acto de naturaleza corporativa o social por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad". (26).

Según los autores, la fusión contemplada desde este punto de vista, es un acto corporativo y no un contrato entre las sociedades, aun cuando se considera natural que antes de dar ese paso se pongan de acuerdo sobre qué bases habrá de procederse, lo cual no quiere decir que la fusión sea de índole contractual.

La noción de contrato no es el medio adecuado para entender los efectos que surgen en toda fusión y que tienen relación con el orden interno de la misma.

Hay en la fusión traspaso de bienes y patrimonios entre sociedades, pero esta operación que en su fase externa puede caber dentro del marco del contrato, en lo que se refiere a la fase interna, jamás podría calificarse como tal.

Las principales directrices que sigue el Código de Comercio en materia de fusión de sociedades son:

lo.) Distingue entre las dos clases de fusión: integración de una sociedad nueva que se sustituye a las que desaparecen; absorción de una o más sociedades por otra que adquiere los derechos y contrae las obligaciones de las entidades fundidas. El Art. 315 nos da el concepto de ambas formas de fusión, tal como lo dijimos anteriormente, pero como esta tesis se refiere a la Sociedad Anónima, trataremos el tema en lo pertinente a esas entidades.

Sobre esta base podemos considerar al caso de la fusión en los siguientes términos: a) fusión de varias sociedades en una sociedad anónima nueva;

b) absorción de una o más sociedades por una sociedad anónima.

En esta doble modalidad de fusión no debe verse una variación en la esencia del acto, ya que en ambos casos lo que se produce es la unión de patrimonios, socios y relaciones jurídicas. La diferencia radica en la forma de efectuar el acto, por tanto no tiene relevancia en la parte esencial del mismo.

En cualquiera de los dos supuestos enumerados en el primer párrafo, el procedimiento debe necesariamente llevar tres etapas: a) disolución de alguna o de todas las sociedades que se unirán; b) traspaso del patrimonio o patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad anónima nueva o a la absorbente; y c) paso de los socios de la sociedad disuelta o sociedades disueltas a la sociedad anónima nueva o a la absorbente.

Veamos en detalle las tres etapas enunciadas.

a) El Art. 187 inc. final es suficiente claro al decir que las sociedades se disuelven por la fusión. Queda así establecido que sin disolución precedente no puede haber fusión. En el sistema adoptado por el Código de Comercio, las sociedades que pretenden fusionarse deben acordar la disolución como paso previo indispensable. Al mismo tiempo que acuerdan la disolución, deben acordar la fusión, en una especie de acuerdo doble, es por eso que el Art. 317 habla del acuerdo de fusión. Hay una disolución, pero no ordenada por la ley sino que voluntaria. Este acuerdo queda sujeto a la condición de que se haga la fusión, entretanto la sociedad sujeta a la desaparición conserva la personalidad jurídica, la cual se extinguirá al inscribirse la escritura pública de fusión en el Registro de Comercio.

En la fusión por surgimiento de una nueva sociedad, las sociedades que se unen deberán acordar la disolución para que se haga la unión y en lo que toca a la fusión por absorción, desaparecerán las que se fusionen salvo la que absorbe.

b) En los dos casos de fusión, las sociedades deben transmitir su patrimonio a la sociedad nueva o a la que absorbe, por lo que llegamos así a la confusión de patrimonios de las sociedades fusionadas en una forma total y absoluta.

La característica de esta transmisión de patrimonio es que se realiza por una sucesión a título universal de la sociedad absorbente o de la nueva de los

patrimonios de la sociedad o sociedades disueltas. Esta concepción de la sucesión a título universal en la fusión de sociedades no reviste caracteres de innovación, el Código de Comercio ha seguido en este punto al ejemplo de otras legislaciones y la doctrina de varios autores (El Código Civil Italiano, el Código Alemán).

Este principio es la forma ideal de solventar el traspaso del patrimonio entre las sociedades que se fusionan, pues se efectúa en un solo acto. De no aceptarse esta forma jurídica, debería recurrirse al expediente de hacer el traspaso a través de los diferentes actos jurídicos que permiten la transmisión del dominio, como la compraventa, cesión de créditos, endoso, haciendo así sumamente engorrosa la fusión y reduciendo en gran medida la factibilidad práctica de la misma.

c) Paso de los socios de la sociedad disuelta o sociedades disueltas a la sociedad anónima nueva o a la absorbente.

La fusión no se realiza sólo por el hecho de la transmisión de patrimonio, sino que debe procederse a la integración del elemento humano de las sociedades, a través de vínculos directos entre los socios de las distintas entidades. Esta agrupación o integración tiene como vehículo único para su realización: la transmisión del patrimonio de la sociedad o sociedades disueltas a cambio de entregar a los socios de las fusionadas acciones en la proporción equivalente a las participaciones que anteriormente tenían, salvo convenio Art. 321. Este es un elemento esencial, que ha sido reconocido expresamente por el legislador.

Del Art. 321 citado podemos deducir dos cosas:

- 1o.) que son los socios de las sociedades disueltas y no ellas las que reciben de la nueva sociedad o de la absorbente, la contraprestación por la cesión del patrimonio, son ellos los titulares de las acciones.
- 2o.) que a los socios incorporados deben entregárseles acciones, es el medio idóneo para que puedan formar parte de la nueva sociedad o de la absorbente. En este punto puede considerarse lo siguiente: si los socios deberán recibir nada más que acciones. Creemos que por la parte final del Art. 321, "salvo convenio", podría estipularse que recibieran otro tipo de compensaciones. A este podemos añadir que si se mantuviera en forma inamovible el principio de que sólo acciones podrían recibir los socios, prácticamente se crearían grandes obstáculos para la realización de muchas fusiones.

3o.) El número de acciones que deben entregarse a los socios que pasan a formar parte de la nueva entidad o de la absorbente deben ser en proporción a la participación que tenían en la sociedad o sociedades que desaparecen. Así se mantiene el principio de igualdad que debe reinar. No pueden concederse por virtud del acto de fusión, privilegios a unos socios en menoscabo de la situación de otros. Debe emplearse igual criterio para medir su participación en la nueva entidad o en la absorbente.

El Art. 317 dice que el acuerdo de fusión debe tomarse en la forma que corresponda resolver para la modificación del pacto social y deberá inscribirse en el Registro de Comercio. El acuerdo debe publicarse juntamente con el último balance de las sociedades.

El Art. 318 establece un plazo dentro del cual todo interesado puede oponerse a la fusión. Este término beneficia principalmente a los acreedores sociales, en contra de una merma en la seguridad de sus créditos, como consecuencia de nuevas obligaciones contraídas por la sociedad que surge de la fusión, con mayor razón si suponemos que la fusión se realice a una sociedad grandemente endeudada. El plazo que establece el Art. 318 es de noventa días, durante el cual no podrá realizarse la fusión. Con esto disponen los interesados de un plazo suficientemente amplio para ejercer su oposición.

Este es un plazo de los llamados preclusivos en lo que al derecho de oposición de los interesados se refiere, es por eso que nada se opone a que la fusión se realice sin que transcurra el plazo, toda vez que se don las circunstancias siguientes: cuando se garantice el interés suficientemente o que la nueva sociedad o la incorporante la ofrezcan en sí mismas de manera notoria. No es, entonces, un plazo que deba ser observado necesariamente.

Dentro del plazo deberá presentarse la oposición por el interesado ante la autoridad judicial competente. El titular de la acción de oposición, como lo repetimos, es todo interesado.

Este plazo caduca por el transcurso de los noventa días, el cual una vez transcurrido, inhibe a todo interesado en su derecho de oponerse a la fusión. En caso de que no se hubiera publicado el acuerdo de fusión, debe considerarse que el plazo no ha corrido y los interesados conservarán su derecho indefinidamente,

tornándose nula la fusión hecha en esas condiciones.

Ya que mencionamos el acuerdo de fusión, es indispensable que hagamos una ligera exposición sobre el mismo.

El Art. 317 dice que el acuerdo de fusión deberá ser tomado en la forma que corresponda resolver la modificación del pacto social.

Las sociedades involucradas en la fusión deberán acordarla como lo señalamos, con anterioridad, al mismo tiempo que el de disolución, si se quiere en un acuerdo doble: se decide la fusión y para que pueda efectuarse deberá estipularse la disolución y el traspaso del patrimonio en una forma única que contenga el acuerdo de fusión. No se acuerda aisladamente la disolución y por otro el traspaso, sino que juntamente y en definitiva eso no es otra cosa que acordar la fusión. En lo que respecta a la sociedad incorporante, el acuerdo de la fusión no conlleva la nota de la disolución y transmisión del patrimonio, sino que por el contrario, la aceptación de los nuevos patrimonios y accionistas y el aumento de capital, en su caso.

Este acuerdo deberá tomarse de conformidad a la regulación a que se encuentre sometida la sociedad, en cuanto a la modificación del pacto social toca.

El Código de Comercio ordena que el acuerdo de fusión se publique y se registre. Este procedimiento es obligatorio, pues la publicidad del acuerdo es indispensable para contar el plazo dentro del cual puede formularse la oposición correspondiente por cualquier interesado.

(1) DERECHO DE SEPARACION DEL SOCIO

El Art. 320 regula el derecho de separación del socio que no esté de acuerdo con la fusión. Este es un complemento obligado de la no aceptación del socio disidente del acuerdo de fusión, es el reconocimiento que la ley da a ese derecho de separación para soportar los resultados del acuerdo no consentido. No pueden pensarse siquiera en que el acuerdo no se tomara obligatorio para un socio y que al mismo tiempo se le obligara a permanecer en el seno de la entidad. Por eso dice la disposición comentada que el socio que no esté de acuerdo puede retirarse.

El derecho debe ser ejercido dentro del plazo de noventa días de que habla el Art. 317.

(2) PUNTO DE VISTA ECONOMICO DE LA FUSION

Desde el punto de vista de la economía, la fusión es un medio que se presta para que se realicen las concentraciones de empresas; ya que de estas uniones surge con vigor una mejor dirección, una firme solvencia en el patrimonio y un incremento en la producción. Mossa citado por Brunetti, dice: "La concentración tiene múltiples ventajas económicas y sociales que, una no breve experiencia, ha demostrado. En la primera floración tumultosa de las anónimas, ha servido para frenar los abusos de la competencia y los escándalos que hicieron famosos los engaños del burgués accionista. Ha servido para mejorar la fama de la sociedad anónima y reforzar la confianza del capital. En el período agudo del capitalismo ha jugado su papel frente a las formas de concentración y de cartel. Se ha afianzado sobre todo en las industrias de seguros y navegación. Disciplina naturalmente la competencia, unifica gastos, asegura el conocimiento perfecto de las condiciones económicas y aquella unidad de mando que es la piedra angular de las grandes empresas". (27).

(3) ¿PUEDE HABER FUSION CUANDO HA HABIDO LIQUIDACION?

Las razones que se dan en contra de este paso son determinantes. No es factible, desde luego, que la disolución es necesariamente anterior a la liquidación, en tanto la fusión supone la continuación del lazo jurídico social, aunque cambie en la sociedad nueva o en la absorbente. Se puede concebir una disolución sin liquidación pero no una liquidación sin disolución que la preceda. En la fusión es supuesto necesario el que la sociedad y sus órganos permanezcan incólumes y que así se integren a la sociedad nueva o absorbente.

RESUMEN

La fusión se efectúa a través de un proceso cuyos pasos corresponden, unos a la fase interna de la sociedad o sociedades, y el otro a la parte externa, en el acto final.

El Art. 317 dice que el acuerdo debe tomarse por la Junta General Extraordinaria, el cual deberá inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio de cada una de las sociedades. Posteriormente la disposición citada ordena que el

acuerdo y el último balance de las sociedades, deben publicarse.

El Art. 318 establece un plazo de noventa días después de las publicaciones para que se pueda efectuar la fusión. Dentro de este plazo todo interesado puede oponerse a la fusión.

El Art. 319 señala que corresponderá a los representantes de las entidades fusionadas, la redacción del nuevo pacto social o la modificación de la sociedad absorbente, tal pacto deberá ser aprobado por la Junta General Extraordinaria.

El inc. 3o. de este artículo dice que la fusión deberá hacerse constar en escritura pública, la cual deberá inscribirse en el Registro de Comercio.

De todo lo que resulta que para llegar a la fusión debe, como lo repetimos, seguirse un camino que consta de varias etapas, el cual dentro de cada sociedad se desarrolle en diversos actos, unilaterales, colectivos. Todos nos llevan a la fase externa de formalización del acto de fusión que es un acto bilateral. según el inc. 3o. del Art. 319. deberá constar en escritura pública la cual se inscribirá en el Registro de Comercio y surtirá efectos a partir de la fecha de la inscripción.

Esto quiere decir que los simples acuerdos de las sociedades no son suficientes, es necesario que se proceda la fusión de igual manera que para la constitución de la sociedad, ya que en realidad se trata de una nueva entidad o casi una nueva entidad, valga la expresión.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO XIV

- (26) Garrigues y Urfa, obra citada, página 643, T. II.
- (27) Brunetti, obra citada, página 767, T. II.

CAPITULO XV

TRANSFORMACION

Las sociedades a lo largo del transcurso de su vida no permanecen siempre inalterables, varían con el devenir del tiempo. Al asociarse para formar una compañía, los socios estipularon determinadas condiciones, pero así como la ley los faculta para establecer a su libre arbitrio la forma, capital, domicilio, etc., de la sociedad, así también pueden modificar los elementos que la componen en el caso de que sus voluntades lo dispongan de esa manera. El ordenamiento jurídico no se opone a estas variaciones, las cuales quedan justificadas en razón de las circunstancias de tiempo y lugar.

Pero, cuestión importante, ¿será transformación la sola variación de uno de los elementos que forman la entidad? Evidentemente que no, la transformación sólo se da cuando se convierte una sociedad constituida conforme a determinadas reglas para su clase en otra diferente y sujeta a otro régimen.

Es tema de discusión si al efectuarse la transformación hay lugar a la formación de una nueva entidad o si persiste la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma.

Por otra parte al transformarse una sociedad hay cambios fundamentales en los derechos de los socios, en las obligaciones, responsabilidades en la ordenación y en la forma de funcionar toda la compañía que precisa de un análisis jurídico a fondo para determinar si el acuerdo de transformación reviste las garantías necesarias y si es válida para luego examinar sus efectos.

Según sostiene Ripert, juntamente con la mayoría de los autores, Vivante, Scialoja, Ferrara, "La forma de la sociedad es: según una antigua expresión usada para los contratos -el traje que cubre a la persona, y sucede que esta persona cambia de traje".(20) Más, no todos sostienen esta posición, otros afirman que la transformación da como resultado la disolución de la sociedad, con una excepción: que la escritura social haya contemplado esta situación.

Parece ser que la tesis primeramente enunciada en el párrafo anterior es la más acertada. Ferrara dijo al respecto: "Son cambios que no alteran la

identidad del sujeto; porque si la transformación operase la extinción de la personalidad dejaría de ser transformación en el sentido riguroso de la palabra, para ser confusión de personas jurídicas o supresión unida a nueva creación. En la transformación hay continuación de las relaciones del ente y en la extinción hay sucesión de relaciones del ente extinguido en otros sujetos."(29)

Este mismo autor rechaza la doctrina de Gierke que manifestaba que hay cambios esenciales y no esenciales. En verdad hay una gama de matices y una escala de grados en la transformación, pero todo eso deja intacta la personalidad jurídica del sujeto, por lo que la distinción que se haga carecerá de toda base jurídica.

Vivante sostiene la misma posición, pero con argumentos distintos: "Nuestro sistema legislativo se haya dominado en todos sentidos por la idea de que precisa otorgar a las sociedades una disciplina flexible, capaz de adaptarse durante su existencia -que a veces excede de la de varias generaciones- a las variables exigencias de la libre concurrencia y de los intereses personales de los socios. Por esto, aun considerando en vigor el contrato primitivo, así como la primitiva sociedad, el Co. permite introducir en ellos cambios radicales que quedan injertados sobre aquel único tronco.... La objeción de que el cambio de forma tiene por consecuencia hacer pasar a la sociedad de una especie a otra y, por tanto, da lugar a la constitución de una nueva sociedad, es exacta en orden al espacio e inexacta en orden al tiempo. Lo primero porque todas las sociedades existen simultáneamente son personas jurídicas distintas; lo segundo, porque la misma sociedad, evolucionando, puede adoptar formas diversas sin mudar su personalidad. Ocurriría inevitablemente esta modificación, si el Co. hubiera reconocido a estas varias especies de sociedad un distinto carácter de personalidad; pero puesto que a todas las recoge y define con las mismas palabras.... es evidente que permanece cuan era antes: un ente colectivo distinto de las personas de los socios".(30)

Las distintas formas de sociedad que contemplan las leyes no son diversas personalidades jurídicas. Las formas de las mismas difieren unas de las otras, pero las sociedades adquieren su personalidad al llenar los requisitos que las mismas leyes exigen y no se convierten en otra persona por el hecho de variar la forma inicial, ni existe en este acto transmisión de bienes de una entidad a otra. Los socios por otra parte no pretenden tampoco extinguir la sociedad sino simplemente reformarla.

Y si se exige la presentación de la escritura de transformación al Registro Mercantil no es porque haya muerto una persona jurídica, sino porque hay derechos de terceros que salen afectados con la medida.

Dos autores señalan en que forma debe procederse para determinar cuando ha habido transformación en estricto sentido y cuando extinción de una sociedad y creación de una nueva. Manara dijo que los juzgadores debían de tener en cuenta la voluntad de los socios, pues aunque fueran de gran entidad las modificaciones propuestas ellas por si solas no implicaban una transformación, es decir que el juez debía interpretar la voluntad.(31) Por su parte Garrigues opinaba que los jueces debían poderar la realidad de cada caso, midiendo si a través de la escritura de transformación se había creado una nueva entidad.(32) Pero en realidad el problema se reduce a que los tribunales deben atenerse en todo caso a la siguiente regla básica: la transformación y la extinción son dos instituciones distintas, cada una con sus lineamientos y caracteres diferentes, además que ambas acarrearán distintas consecuencias.

En lo referente a la sociedad anónima, está fuera de toda duda que para acordar la transformación, regirá el principio de sumisión al voto de la mayoría, que esta mayoría sea calificada no importa, pero si hay que establecer, que la unanimidad no puede exigirse, pues con un solo accionista que disienta sería imposible efectuar la transformación. Cabría la posibilidad de que por el hecho de asumir con la transformación responsabilidad ilimitada esto no convenga a varios socios y que por eso debe haber unanimidad; pero si no se quiere llegar a esa situación el socio que se considere dañado en sus intereses podrá enajenar sus acciones o pedir que se le excluya de la entidad.

(1) CONSECUENCIAS DE LA TRANSFORMACION

De las consecuencias que de inmediato se advierten podemos mencionar principalmente el hecho de que la sociedad continua en la vida jurídica bajo la nueva forma que adopta. Pero al llegar aquí, vemos que los derechos de los socios y de los acreedores deben quedar garantizados para que por el cambio no sean perjudicados.

En lo que se refiere a los acreedores estos podrán saber de antemano la celebración del acto de transformación a través de la publicidad que tiene el

Registro de Comercio, y poder así oponerse judicialmente a la transformación.

En cuanto a los socios, ellos quedan amparados en sus derechos, por las normas que exigen ciertos requisitos para que sea válido el acuerdo de transformación. Se hace necesario también que la participación de los mismo en la entidad transformada guarde cierta relación con la que tenían en la primitiva entidad. En la legislación italiana se sientan sobre el particular dos principios que pueden servir de directrices para normar los casos en que primero una sociedad de otro tipo se convierte en una por acciones, aquí los socios tendrán derecho a un número de acciones proporcionales al valor de su cuota, según el último balance aprobado; segundo: si una sociedad se transforma en una de responsabilidad limitada los socios recibirán sus partes de conformidad a lo dispuesto sobre el capital de la mencionada en último término.

(2) TRANSFORMACION EN EL CODIGO DE COMERCIO

La transformación de que habla el Artículo 322 es sin duda alguna el cambio de tipo legal, en virtud de un acuerdo de la Junta General Extraordinaria. La transformación es un amplio sentido quiere decir continuación bajo otra forma, de cualquier situación jurídica.

Berto citado por Brunetti da una definición de transformación: "La transformación consiste en el sucesivo cambio jurídico realizado en la esfera de relaciones que han sido objeto de un determinado tipo comercial por el que, por voluntad del sujeto, se vienen a establecer un conjunto de relaciones de naturaleza jurídica distinta, que puede ser de modificación, extinción y constitución, manteniéndose, no obstante, la situación jurídica final de la misma especie que la inicial".(33)

La transformación es bien distinta de la fusión de sociedades pues en ella sólo hay una sociedad que acuerda su cambio.

Es un fenómeno que se da en las sociedades mercantiles. Sólo cambia el tipo legal de la sociedad, no hay disolución de la sociedad que se transforma, sino que su patrimonio se transfiere a la que resulte.

No da lugar a la sucesión de derechos sino a una continuación de los organismos sociales, pasando los derechos y obligaciones a la transformada, Artículo 325.

Este es un fenómeno muy frecuente, entre nosotros no es así, que obedece

la mayoría de las veces a razones de índole económica. Puede ser que la sociedad se vea compelida a adoptar sus órganos a una nueva ordenación como consecuencia del desenvolvimiento de los negocios sociales, por otra pueda ser que el impacto de los gravámenes fiscales obligue a un cambio de forma, en razón de una menor tributación, finalmente podría ser que los socios buscaran ejercer el comercio a través de formas que limitan la responsabilidad y dejan la gestión en otras manos.

El Artículo 323 dice la forma en que debe tomarse el acuerdo de fusión. Desde luego que es un acto de voluntad social, es la junta general quien tiene la competencia para tomar esa importante decisión. En vista de que tiene un carácter extraordinario se exige por la ley que la resolución sea tomada en igual forma que si se trata de la modificación del pacto social.

En cuanto al contenido del acuerdo la ley no dice nada, pero debe comprenderse que siendo de una trascendencia suma el cambio de la forma social, los socios deben estar completamente enterados de las consecuencias del mismo y de la posición jurídica en que quedarán al efectuarse, por lo que la resolución debe ser lo más completa posible, indicando la nueva forma y modificaciones que habrá de sufrir el pacto social. Un acuerdo que nada más se pronunciará por la transformación sin que especificara la nueva que se adoptará no podrá tenerse como válido, pues los accionistas no podrán decidir si se continúa como socio o se procede a la separación de la sociedad.

El Artículo 324 prescribe que el acuerdo de transformación se ejecutará a través del otorgamiento de una escritura pública. Sin esta escritura no habrá transformación. El sólo acuerdo que contiene la voluntad de los accionistas o socios, no tiene la fuerza legal suficiente para que opere la transformación si no se cumple con la formalidad que exige la disposición.

La escritura deberá contener las menciones exigidas por la ley para la constitución de la sociedad cuya nueva forma se adopte. Esta escritura deberá otorgarse por las personas designadas para hacerlo o por los administradores de la sociedad que se transforme.

La escritura de transformación se inscribirá en el Registro de Comercio y surte efectos a partir de la fecha de su inscripción.

(3) SUBSISTENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA BAJO LA NUEVA FORMA

En el sistema legal vigente no puede dudarse de que la sociedad transformada conserva su personalidad jurídica, menos cuando en el Artículo 17 se reconoce expresamente que todas las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica. Así pues en cualquier transformación, la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma no se altera en forma alguna y es la misma entidad la que vive bajo la nueva forma.

La continuación de la personalidad jurídica de la sociedad impide que se aplique la norma contenida en los Artículos 1504 y 1505 C., que dan como exigencia para el cambio del deudor por novación subjetiva, el consentimiento del acreedor, puesto que no hay creación del nuevo ente, no puede decirse en consecuencia que cambie la persona del deudor.

El Artículo 323, inciso 2o. contiene una disposición que resulta de lo más adecuada y natural, cual es la de que si la transformación implica la conversión de la responsabilidad ilimitada de uno o varios de los socios, a responsabilidad limitada, éstos continuarán respondiendo ilimitadamente por todas las operaciones realizadas antes de la validez del acuerdo de transformación. Y no podía ser de otra manera desde luego que los acreedores al contratar con la sociedad cuyos socios responden ilimitadamente, precisamente tuvieron como fundamento cierto para otorgar su consentimiento, el hecho de contar con el patrimonio de los socios como garantía del pago de sus créditos.

La nueva sociedad sucederá de pleno derecho a la anterior, en sus derechos y obligaciones, considerándose que no ha habido solución de continuidad entre ambas, Artículo 325. Luego de todo lo dicho respecto de la transformación, no podía menos que existir dentro de la legislación nuestra, precepto semejante, que no hace más que recoger las doctrinas expuestas por los autores y las normas similares que sirven de antecedentes a nuestras leyes mercantiles.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO XV

- (25) Langlé y Rubio, obra citada, página 658, Tomo I.
- (29) Langlé y Rubio, página 658, Tomo I.
- (30) Langlé y Rubio " " "
- (31) Langlé y Rubio, obra citada página 660, Tomo I.
- (32) Langlé y Rubio, " " " " " "
- (33) Brunetti, obra citada, página 746, Tomo II.