

# APROXIMACION AL ESTUDIO SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL VOTO DEL ACCIONISTA

*Vicente M. Mambrilla Rivera*

RESUMEN.— El presente trabajo trata de abordar, desde una perspectiva general, la temática relativa a la naturaleza jurídica del voto del accionista, procurando sentar, en la medida de lo posible, un criterio general y definitivo, no sólo en el aspecto dogmático, sino también a la luz de nuestro Derecho Positivo, acerca del carácter de «derecho» o, por el contrario, de «potestad» o «función» propia del voto del socio de una Compañía por acciones. A este respecto, se llega a la conclusión de considerar el voto como un auténtico «derecho» del accionista, si bien, la adjetivación propia del mismo plantea diversos interrogantes, los cuales se tratan de despejar en este trabajo.

## **1. La posición jurídica del accionista**

### *1.1. Caracterización de la relación existente entre accionista y sociedad*

A diferencia de los contratos de cambio o de lucha económica <sup>1</sup> el contrato de sociedad ha sido calificado como contrato de «colaboración», de «organización», y más ampliamente, como contrato de «naturaleza asociativa» <sup>2</sup>, querién-

<sup>1</sup> Las diferencias existentes entre los contratos de cambio y los contratos asociativos han sido magníficamente expuestas por MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milán, 1973, págs. 614 y ss. y por FERRO-LUZZI, *I Contratti Associativi*, Milán, 1976, págs. 222 y ss.

<sup>2</sup> Entre los autores consultados pueden citarse a FERRO-LUZZI, *I Contratti Associativi*, Milán, 1976, págs. 117 y ss., y págs. 280 y ss.; FERRI, *La società*, Turín, 1971, pág. 7; GASPERONI, *Las acciones en las sociedades mercantiles*, Madrid 1950, págs. 204 y ss.; WURDINGER, *Gesellschaften, Teil I, Rech der Personengesellschaften*, Hamburgo, 1937, págs. 39 y ss.; SENA, *Il voto nelle Assemblea*

dose destacar con esta concepción el hecho de que la colaboración de los socios en la realización del fin social, común a todos ellos, es la única vía para conseguir la satisfacción de los distintos intereses individuales correspondientes a los miembros que componen la sociedad<sup>3</sup>.

La relación existente entre el contrato y la organización corporativa surgida del mismo, plantea el problema de averiguar el «alcance individualizador de la causa» en el contrato de sociedad<sup>4</sup>. Si entendemos que la causa se proyecta solamente sobre «el contrato» y no sobre «la organización», una vez que la relación contractual de sociedad se ha distinguido de otras relaciones jurídico-obligacionales, debemos de aceptar que todas las modalidades societarias cumplen la misma finalidad, es decir, tienen una «función genérica, unitaria e idéntica»<sup>5</sup>. Por el contrario, si se piensa que la causa es bidireccional, en el sentido de que se proyecta no sólo sobre el contrato, sino también sobre la estructura organizativa de la sociedad, habrá que admitir que cada tipo societario tiene una función propia y por tanto, existirán tantas causas societarias, valga la expresión, como tipos de sociedades vengan reconocidas en el ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. En nuestra opinión, coincidente con la tesis sostenida por FERNANDEZ DE LA GANDARA, no consideramos apropiado establecer una ordenación de causas correspondientes a cada uno de los distintos tipos societarios, es más conveniente el «mantenimiento de un paradigma funcional societario único elaborado por vía del esquema causal del contrato y, junto a él, una serie de modelos de organización desprovistos de expresividad funcional»<sup>7</sup>. En el concreto terreno de las sociedades de capital, cuyo máximo exponente lo constituye la sociedad anónima, el nacimiento en el tráfico de un nuevo ente, consecuencia directa del atributo de la personalidad jurídica<sup>8</sup>, plantea el problema de averiguar «cómo tal entidad interfiere la estructura jurídica de las relaciones contractuales ordinarias», problemas que es necesario resolver «para explicar el marco normativo en que se desenvuelve la vida de las sociedades»<sup>9</sup>.

La reglamentación legislativa de los tipos societarios, de carácter capitalista, y en concreto de la sociedad anónima, pone de manifiesto que las relaciones jurídicas que tienen lugar en el ámbito interno de la entidad no se producen entre

della società per azioni, Milán, 1961, págs. 182 y 336; FERNANDEZ DE LA GANDARA, La atipicidad en Derecho de Sociedades, Zaragoza, 1977; GRAZIANI, Diritto della Società, Nápoles, 1960, págs. 23 y ss.; GARRIGUES, Teoría General de las sociedades mercantiles, en R.D.M., 1974, págs. 7 y ss.; GIRON TENA, Derecho de Sociedades, Madrid, 1976, págs. 127 y ss., pág. 276.

<sup>3</sup> FERNANDEZ DE LA GANDARA, op. cit., pág. 17 y GIRON TENA, op. cit., pág. 200.

<sup>4</sup> V. FERNANDEZ DE LA GANDARA, op. cit., pág. 276.

<sup>5</sup> V. FERNANDEZ DE LA GANDARA, op. cit., pág. 277, quien señala que, de aceptarse esta teoría, la causa serviría para determinar cuándo estamos en presencia de una sociedad, debiendo recurrir a instrumentos de otra naturaleza para dilucidar de qué tipo de sociedad se trata.

<sup>6</sup> GIRON TENA, parece adoptar esta postura en su obra Derecho de Sociedades... cit., pág. 38 y pág. 202.

<sup>7</sup> V. FERNANDEZ DE LA GANDARA, op. cit., pág. 277.

<sup>8</sup> Por lo que respecta a la Sociedad anónima, y la deformación del concepto de persona jurídica, véase DE CASTRO, La persona jurídica, Madrid, 1981, págs. 21 a 43.

<sup>9</sup> V. GIRON TENA, Derecho de Sociedades, pág. 276.

socios, sino entre socios y sociedad, actuando ésta última a través de sus órganos<sup>10</sup>; por tanto, de la relación contractual que sirve de base a la sociedad no surge el establecimiento de una relación jurídica entre las partes contratantes (socios), «sino una relación entre cada uno de ellos y la colectividad»<sup>11</sup>.

Así, pues, el marco positivo de la sociedad por acciones instauro una «organización objetivada» (régimen corporativo, limitación del riesgo, principio de mayoría, cartularidad de las participaciones sociales, etc.) que se establece por los fundadores en los Estatutos sociales<sup>12</sup>, a la que quedará sometido el sujeto que adquiera la cualidad de socio (lo que tendrá lugar en la suscripción de la acción)<sup>13</sup> y que le imputará una determinada «posición jurídica»<sup>14</sup>, la cual, a su vez, es el presupuesto y la fuente de los derechos y obligaciones del socio accionista<sup>15</sup>.

1. La determinación de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el socio y la sociedad, en otras palabras, la configuración de la «posición jurídica» del accionista ha dado origen a numerosas doctrinas que «han conducido a resultados, a veces exagerados y a veces inútiles»<sup>16</sup>.

Superadas en la actualidad aquellas corrientes doctrinales que vieron en la posición o «condición» de socio<sup>17</sup> un derecho subjetivo<sup>18</sup>, por considerarse que el contenido de la relación socio-sociedad es lo suficientemente heterogéneo como para ser reducido al estrecho margen de actuación de los puros derechos subjetivos<sup>19</sup>, surgió en la doctrina italiana la teoría del «status» como concepto caracterizador de la posición jurídica del accionista. Autores como FERRARA y CARNELUTTI habían reivindicado la transposición al campo de las sociedades mercantilistas de la teoría iuspublicista del «status»<sup>20</sup>, al igual que lo habían hecho GIERKE y WIELAND en Alemania<sup>21</sup>. Pero fue ASCARELLI quien más ampliamente de-

<sup>10</sup> Como sostiene GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, pág. 277, al producirse todos los supuestos fundacionales, la Ley da lugar al nacimiento de la personalidad jurídica, atribuyéndole al nuevo ente el carácter de sujeto de relaciones jurídicas, sin que ello suponga una «transpersonalización» de la sociedad, sino más bien una técnica normativa de organización y coordinación. Las características fundamentales de la organización corporativa de las sociedades de capital son expuestas con claridad por GIRON TENA en loc. cit.

<sup>11</sup> V. GASPERONI, op. cit., pág. 21.

<sup>12</sup> V. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, pág. 142.

<sup>13</sup> V. URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, Vol. I, pág. 447 y GIRON TENA, op. ult. cit. loc. ant. cit.

<sup>14</sup> V. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, pág. 453.

<sup>15</sup> V. GASPERONI, op. cit., pág. 31. En el mismo sentido, URÍA, op. cit. ant., loc. ult. cit., y GARRIGUES, *Curso...* cit. pág. 453.

<sup>16</sup> V. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, pág. 283.

<sup>17</sup> V. GASPERONI, op. cit., pág. 21.

<sup>18</sup> V. FERRO-LUZZI, op. cit., pág. 307, en especial nota n° 8.

<sup>19</sup> V. GARRIGUES, *Curso...* cit., págs. 452-453 y GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, págs. 283-284.

<sup>20</sup> V. en GASPERONI, op. cit., págs. 31 y 32, notas n° 22 y n° 23; FERRARA, *La personalità giurídica della società di commercio*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1910, I, pág. 118 y CARNELUTTI, *Ecceso de potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, pág. 176.

<sup>21</sup> Véase la referencia a estos autores, en GASPERONI, op. cit., pág. 32, nota n° 26.

sarrolló la teoría del «status» como concepto definidor de la condición de socio. Para el ilustre autor al igual que en el ámbito estatal la ciudadanía constituye la condición o «status» de ciudadano, en el ámbito organizativo de la sociedad, la condición de socio constituye el «status» del accionista; de esta manera, el «status» de socio, presupuesto de la relación jurídica societaria y no relación jurídica en sí mismo considerada, constituye el punto de referencia de los distintos derechos y obligaciones de los socios<sup>22</sup>.

La utilización del concepto «status» para hacer referencia a la posición jurídica del socio, fue objeto de numerosas críticas en la propia doctrina italiana, básicamente por parte de FORMIGGINI<sup>23</sup>, críticas que fueron duramente contestadas entre otros, por GASPERONI, quién luego de indicar que la doctrina no había tenido en cuenta la mutación que el concepto romanista de «status» había experimentado en la teoría jurídica más reciente, y aceptando la construcción dogmática de ASCARELLI, manifestó que el «status socii» se presenta como el punto de origen y unificación de las sucesivas relaciones que se producen entre el socio y el ente jurídico-sociedad; el status representa una situación jurídica que atribuye al individuo un determinado ordenamiento jurídico<sup>24</sup>. En la actualidad, autores de la talla de GRAZIANI y FERRO-LUZZI, aceptan el concepto de «status», si bien advierten la necesidad de proceder a una reordenación de su antiguo significado. El primero de los comentaristas mencionados, pone de relieve que de «status» de socio sólo puede hablarse en «sentido atécnico», como presupuesto de relaciones jurídicas; con tal concepto se hace referencia a una «situación jurídica», es decir, a una posición del sujeto productora de derechos y deberes<sup>25</sup>.

Por su parte FERRO-LUZZI considera que si en el concepto de «status» se incluye no sólo la pertenencia a una determinada organización, sino también la esfera de posibilidades de actuación del sujeto dentro de esa organización, nada se opone a hablar de «status» en orden a determinar la naturaleza de la relación existente entre el socio y la sociedad<sup>26</sup>.

2. En la doctrina mercantilista española, mientras ALBORCH BATALLER parece decantarse, si bien de forma un tanto indirecta, a favor del empleo del término «status» para referirse al conjunto de derechos y obligaciones que integran la condición de accionista, y GARRIGUES, como ya hemos visto, nos habla de la «posición jurídica» del socio<sup>27</sup>, GIRON TENA y RUBIO parecen preferir el concepto de «relación jurídica» calificando el nexo existente entre accionista y sociedad como una relación jurídica compleja de cooperación, que siendo una relación ju-

<sup>22</sup> V. ASCARELLI. *Appunti di Diritto Commerciale. Società e associazioni commerciali*. Roma, 1936, Vol. II, págs. 114 y ss.

<sup>23</sup> Una amplia exposición de la crítica de FORMIGGINI, en *Lo status socii*, Studi in memoria de Umberto Ratti, Milán, 1934, págs. 521 y ss., se encuentra en GASPERONI, op. cit., págs. 34 y ss.

<sup>24</sup> V. GASPERONI, op. cit., págs. 38 y ss. en especial pág. 43.

<sup>25</sup> V. GRAZIANI, op. cit., pág. 36 y 37, para quien el «status», es decir, la «posición jurídica» de socio, es un «prius» para la imposición de una serie de derechos y de deberes.

<sup>26</sup> V. FERRO-LUZZI, op. cit., págs. 312-313, en especial nota nº 19.

<sup>27</sup> V. ALBORCH BATALLER, *El derecho de voto del accionista*, Madrid, 1977, págs. 55 y GARRIGUES, *Curso... cit.* pág. 453.

rídica propia del derecho de personas, presenta un componente fundamental de índole patrimonial que requiere de un tratamiento peculiar<sup>28</sup>.

## 1.2. Contenido de la posición jurídica del accionista

1. Hemos comprobado que cualquiera que sea la concreta configuración jurídica que se otorga a la relación existente entre socio y sociedad, la condición de socio es el presupuesto y la fuente de los derechos y de las obligaciones del accionista<sup>29</sup>, los cuales a su vez, integran el contenido de la «posición jurídica» del socio.

Los derechos de los socios y en concreto de los socios de una Compañía anónima, han sido objeto de muy variadas clasificaciones, entre las que pueden destacarse las siguientes:

En primer lugar, pueden distinguirse entre los derechos del socio como miembro, denominados por la doctrina alemana «Mitgliedschaftsrechte», y los derechos del socio como tercero, llamados «Drittenrechte», o, destacando la posición de los accionistas como acreedores de la sociedad, también denominados «Gläubigerrechte», término este último de aplicación un tanto ambigua<sup>30</sup>. La misma doctrina alemana dió carta de naturaleza a la categoría de los «Sonderrechten», o derechos especiales, entendiéndose por tales aquellos que no pueden ser modificados por acuerdo de Junta, al constituir elementos esenciales de la organización societaria. La utilización del término «especial» no concuerda con la aplicación vulgar de la palabra; hoy, con la denominación de «derechos especiales» o «particulares», como contrapuestos a los «derechos comunes» o «generales», se hace referencia a aquellas facultades que se atribuyen a un socio o grupo de socios de las que carecen los restantes accionistas, como por ejemplo, los derechos patrimoniales inherentes a las acciones privilegiadas<sup>31</sup>.

En íntima relación con los «derechos especiales» en cuanto se refieren a aquella categoría de derechos del socio que resultan «inderogables» por acuerdo de la Junta, se construye en la dogmática francesa el concepto de derechos «individuales» que se corresponde con la terminología alemana de los «unentziehbare rechte», como contrapuestos a los «entziehbare rechte» o «derechos derogables», es de-

<sup>28</sup> Véase GIRON TENA, Derecho de Sociedades, págs. 285-286. Reconociendo la adscripción de la posición de socio al Derecho de personas, y denotando su impronta patrimonial, GARRIGUES, Curso... cit., pág. 453. En contra de la índole mediatamente patrimonial de la condición o «status» de socio, GASPERONI, op. cit., pág. 44.

<sup>29</sup> De confirmidad con GIRON TENA, Derecho de Sociedades, pág. 287, aún cuando sería mucho más correcto utilizar un léxico más técnico que distinguiera, derechos, facultades, poderes, obligaciones, etc., a efectos de una exposición unitaria, hemos reducido éstos a las amplias categorías de derechos y obligaciones.

<sup>30</sup> V. GIRON TENA, Derecho de Sociedades, pág. 287 y Derecho de Sociedades Anónimas, Valladolid, 1952, pág. 179.

<sup>31</sup> V. GIRON TENA, Derecho de Sociedades Anónimas, pág. 180 y GASPERONI, op. cit., págs. 24 y 25.

cir, aquellos que pueden modificarse por la Junta en virtud de acuerdo adoptado por mayoría simple o cualificada<sup>32</sup>. Al margen de la problemática sugerida por la búsqueda de los criterios de decisión más adecuados para determinar cuándo un derecho debe de ser considerado como inderogable<sup>33</sup>, dentro de esta categoría se habla del concepto de «derechos irrenunciables», estimando por tales aquellos que siendo inderogables no pueden ser apartados de los socios aún contando con su consentimiento; la doctrina incluye dentro de esta categoría aquellos derechos que se conceden por la Ley a virtud de una norma dada en interés general de la sociedad, o son esenciales en la arquitectura legislativa del tipo social creado por la Ley»<sup>34</sup>. Señalemos por último que en esta categoría de «derechos inderogables e irrenunciables» algunos autores han incluido el derecho de voto del accionista<sup>35</sup>.

Otra de las clasificaciones empleadas para encuadrar el conjunto de derechos propios de los accionistas, atendiendo a su forma o modo de ejercicio, es la que distingue entre derechos de «ejercicio particular o singular» y derechos de «ejercicio común o en grupo», contraponiéndose al mismo tiempo los derechos de ejercicio en grupo de carácter especial y los derechos de grupos comunes, entre los que se enmarcan los «derechos de minoría» («Minderheitsrechte»)<sup>36</sup>.

2. Sin embargo, tal vez la categoría más importante en orden al estudio ahora desarrollado es la que, empleando como criterio de clasificación el del contenido de los derechos, diferencia entre los «derechos de contenido administrativo» («Verwaltungsrechte»), también conocidos como «derechos a la gestión social», y los «derechos de contenido patrimonial» («Vermögensrechte»)<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> V. MEYSSAN, *Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes*, Toulouse, 1962, págs. 81 y ss. quien señala que los «derechos inmutables» son designados por las expresiones Sonderrechte, droits individuels, droit propres, entrenched rights y derechos individuales o derechos independientes. Véase también: VIGHI, *I diritti individuale degli azionisti*, Parma, 1902, págs. 30 y ss., BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1961, págs. 201 y ss.; GASPERONI, op. cit., pág. 25, GIRON TENA, op. ult. cit., págs. 180-181, GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I-2º, Madrid, 1947, pág. 973; MIGNOLI, *L'assemblee speciali*, Milán, 1960, págs. 165 y ss. y BUONOCORE, *La situazioni soggettiva dell'azionista*, Nápoles, 1960, págs. 21 y ss., para quien, en el ámbito societario, todos los derechos individuales del socio se resumen en el que denomina «derecho a la calidad de socio», único con trascendencia «erga omnes».

<sup>33</sup> Para GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, págs. 182 y ss., son inderogables, al menos, aquellos derechos concedidos al accionista por una norma imperativa, caso en la L.S.A. española de los derechos reconocidos a los socios por los arts. 32, 38, 39, 58, 60, 65 y 67, entre otros, y aquellos recogidos en tal carácter por la normativa estatutaria.

<sup>34</sup> V. GIRON TENA, op. ult. cit., pág. 185, con referencia a DONATI, *La invalidez de las deliberaciones de las Asambleas de las Sociedades Anónimas*, traducción realizada en Méjico, 1939, pág. 170.

<sup>35</sup> Véase en la doctrina española, GIRON TENA, op. ant. cit., loc. ult. cit. Como «derecho individual» lo califica BERGAMO, op. cit. pág. 355, mientras que ALBORCH BATALLER, reconociendo la fractura de tales característica inherentes al voto en las grandes sociedades anónimas, manifiesta que el voto «ha sido considerado como derecho esencial, mínimo e inderogable». V. ALBORCH BATALLER, *El derecho de voto...*, cit., pág. 77.

<sup>36</sup> V. GASPERONI, op. cit. pág. 24 y GIRON TENA, op. ult. cit., págs. 187 y ss.

<sup>37</sup> V. VIRGREUX, *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes. Theorie et Réalité*, París, 1953, págs. 11 a 102; MEYSSAN, op. cit., págs. 17 a 67; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 175 y *Derecho de Sociedades*, págs. 289 y ss.; GASPERONI, op. cit., págs. 25 y 26.

Al margen de los «derechos patrimoniales»<sup>38</sup>, los «derechos administrativos o políticos» son aquellos que autorizan a su titular para influir sobre las situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, mediante su propia actividad unilateral<sup>39</sup>, es decir, en otras palabras, aquellas que posibilitan al socio participar y contribuir a la formación de las decisiones sociales.

Entorno a estos derechos de contenido político o administrativo se ha discutido mucho por la doctrina mercantil acerca de la posibilidad o imposibilidad de su transmisión independiente.

Sin ánimo de entrar en la polémica doctrinal existente, debemos manifestar nuestra opinión favorable a la intransmisibilidad de tales derechos con independencia de la condición de accionista, ya que, aún cuando se acepte que la posición de socio conlleva un cierto componente de índole patrimonial, no puede desconocerse que el conjunto de derechos que la integran forman parte de la genérica categoría de los derechos personales, cuya característica más esencial es la intransmisibilidad.

Puede servir de apoyo a esta postura la constancia de que la mayor parte de los legisladores societarios nacionales, de forma directa o indirecta, caso de la L.S.A. española<sup>40</sup>, así como la gran mayoría de los mercantilistas reconocen el principio de incesibilidad del voto del accionista, el cual constituye, sin género alguno de dudas el principal derecho integrante de la «condición de socio» y del que vamos a ocuparnos a continuación.

Finalmente, como los derechos administrativos sirven de complemento necesario a los derechos de contenido patrimonial, han sido calificados por algunos autores como derechos «anexos» o «instrumentales», si bien la utilización de este término no está exenta de peligros<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Como acertadamente señala GIRON TENA, op. cit. ant., pág. 290, estos derechos conforman «el contenido patrimonial de la relación jurídica miembro-sociedad correspondiente al Derecho de personas».

<sup>39</sup> V. GASPERONI, op. cit., pág. 26, quien destaca, a través de esta definición, el carácter de «derechos facultativos», o más bien de «derechos potestativos», propio de los denominados derechos de administración.

<sup>40</sup> V. por todos URÍA, Comentarios... cit., Vol. I. pág. 468.

<sup>41</sup> V. GIRON TENA, Derecho de Sociedades, cit., pág. 293, nota n.º 38, y GARRIGUES, Tratado... cit., tomo I-2.º, pág. 952.

## 2. El voto del accionista

### 2.1. *El voto del accionista como instrumento de participación del socio en el gobierno societario: especial referencia a la configuración jurídica de los «acuerdos sociales»*

El voto es un derecho<sup>42</sup>, de carácter político o administrativo<sup>43</sup>, intransmisible con independencia de la cualidad de socio<sup>44</sup>, de carácter instrumental<sup>45</sup>, considerado generalmente como un derecho del accionista de naturaleza inderogable<sup>46</sup>, que permite al socio participar y contribuir a la formación de la voluntad social, previa la observación de las exigencias legales y, en su caso, estatutarias.

La voluntad corporativa se forma a través de los «ACUERDOS», los cuales, como expresión de las decisiones adoptadas por la Junta de la Sociedad, en asuntos propios de su competencia<sup>47</sup>, vienen conformados a su vez por los votos de los socios que constituyen la mayoría<sup>48</sup> en el órgano deliberante de la sociedad<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Véase *Infra*, Apartado siguiente.

<sup>43</sup> En la doctrina española; URÍA, *El derecho de voto del accionista en R.C.D.I.*, 1943, págs. 65 y ss.; PEDROL RIUS, *La Anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid, 1969, págs. 128 y ss.; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 204; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1977, pág. 229; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y concordancias*, Madrid, 1974, págs. 193-194; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 597; BERGAMO, *Las acciones*, Barcelona, 1970, Vol. II, pág. 354; RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974; URÍA-GARRIGUES, *Comentarios... cit.*, Vol. I., pág. 463; GARRIGUES, *Tratado... cit.*, Tomo I-2º, pág. 952, ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 77; VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Zaragoza, 1960, págs. 195 y ss.; GAY DE MONTELLA, *Tratado Práctico de Sociedades Anónimas*, Barcelona, 1952, pág. 205.

<sup>44</sup> V. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades... cit.*, pág. 243 con referencia a los derechos políticos o administrativos del socio en general; URÍA-GARRIGUES, *Comentarios... cit.*, Vol. I, págs. 467 y ss.; RUBIO, op. cit., pág. 350.

<sup>45</sup> V. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, pág. 293, nota nº 38 in fine; GARRIGUES, op. ant. cit., loc. ult. cit.; URÍA, *el Derecho de voto...*, cit., pág. 69; VELASCO ALONSO, op. ant. cit., loc. ult. cit., URÍA-GARRIGUES, *Comentarios... cit.*, Vol. I, pág. 463 y ALBORCH BATALLER, op. ant. cit. loc. ult. cit.; BERGAMO, op. cit., Vol. II, pág. 354.

<sup>46</sup> V. ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 77 y 78, recordando que para el legislador español, tiene la consideración de «derecho mínimo» del Accionista, Artículo 39, número 3 L.S.A.

<sup>47</sup> V. URÍA, *Comentarios... cit.*, Vol. I, pág. 559 y GIRON TENA, *Derecho de Sociedades... cit.*, pág. 311.

<sup>48</sup> En opinión de GIRON TENA, op. ant. cit., loc. ult. cit., la mayoría como forma de adopción de los acuerdos sociales, salva el grave obstáculo de la posible paralización del instituto que supone el sistema de la unanimidad, en el que es suficiente el voto de un solo socio para imposibilitar la adopción del acuerdo. El régimen de mayoría permite, pues, «que se pueda concretar la decisión en el seno del interés común del grupo».

<sup>49</sup> En el Derecho de Sociedades, el «concepto de órgano» surge ante la insuficiencia del concepto de representación. El Derecho Positivo español, y más en concreto, la L.S.A. y la L.S.R.L. en sus Capítulos IV y III respectivamente, acoge el concepto de órgano, concediendo tal carácter a la Junta de la Sociedad. En contra de la consideración de «órgano» de la Junta de socios, se manifiesta SENA, *El voto... cit.*, págs. 174 y ss., en especial, pág. 176, quien pone de relieve que la teoría organicista presenta una contradicción «in terminis» con el concepto del voto como ejercicio de un derecho subjetivo (colectivo). En opinión del autor italiano, sólo en el supuesto de considerarse la Sociedad



Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de los «acuerdos sociales»<sup>50</sup>, no tanto por lo que se refiere al acuerdo ya adoptado<sup>51</sup>, sino en el aspecto relativo al «proceso de formación del acuerdo» como medio de expresión de la voluntad social<sup>52</sup>.

El proceso de formación de la voluntad social, que va a desembocar en la adopción de un «acuerdo», ha sido calificado de manera muy heterogénea por la doctrina. Admitiendo el carácter del acuerdo como «acto plurisubjetivo»<sup>53</sup>, algunos autores sostienen que se trata de una «combinación de actos individuales de los socios»<sup>54</sup>; otros, por el contrario, en base a la constatación de que los actos de los socios<sup>55</sup> al combinarse con los actos de los restantes socios forman parte integrante de otro acto (acuerdo) con individualidad propia, se decantan a favor de la tesis de los «actos compuestos», concepto que, como señala GIRON TENA, abarcaría «tanto los actos en que los componentes conservan individualidad, sin influirse recíprocamente, como los supuestos de actos «complejos», en los que sucede que los actos de los sujetos intervinientes se funden formando una sola voluntad, de tal manera que los componentes aparecen condicionados entre sí, por ser su fin constituir un solo acto jurídico»<sup>56</sup>.

En la doctrina científica patria, URÍA y GIRON TENA, afirman que los acuerdos sociales son actos de la sociedad, y por tanto, actos o negocios «unilaterales», que deberían encuadrarse en el concepto de «actos colectivos» de naturaleza «colegial», lo que en ningún caso debe de llevar a identificarlos con los «contratos» o «negocios plurilaterales»<sup>57</sup>. A juicio de los autores mencionados, los

como una entidad absolutamente distinta de los socios, con un interés institucional propio y superior al de sus miembros, el cual deben de procurar siempre en la Asamblea, y por tanto, definiendo el voto como el ejercicio de una «potestad», podría estimarse la Junta como órgano de la sociedad. Por ello, a juicio de SENA, la teoría orgánica es «un residuo, un aspecto, de la teoría institucionalista».

En el Derecho Español, GIRON TENA, Derecho de Sociedades... cit., pág. 303-306, defiende la conformación de la Junta como verdadero «órgano societario», poniendo de manifiesto la posición del legislador español, favorable a la teoría orgánica, como se desprende de la L.S.A. de 1951 y de la L.S.R.L. de 1953. En el mismo sentido, URÍA, Comentarios... cit., Vol. I., pág. 559, y RUBIO, op. cit., pág. 213 y ss.

<sup>50</sup> GIRON TENA, Derecho de Sociedades, cit., pág. 308, habla de «estructura jurídica de los acuerdos».

<sup>51</sup> El acuerdo adoptado se considera como un «acto jurídico» o «negocio jurídico», en todo caso una declaración de voluntad o una declaración de verdad o ciencia, significando la importancia de la voluntariedad como presupuesto del acto. Véase, por todos, GIRON TENA, Derecho de Sociedades, pág. 312.

<sup>52</sup> V. en este sentido, GIRON TENA, Derecho de Sociedades Anónimas, págs. 278-279.

<sup>53</sup> V. GIRON TENA, Derecho de Sociedades... cit., pág. 308.

<sup>54</sup> V. SENA, *El voto...*, cit., págs. 49 a 75, págs. 75 a 123, y págs. 163 a 190, correspondiente a los Capítulos III, IV, V y VII de su obra. Véase infra, págs. XX.

<sup>55</sup> Por lo que respecta a la consideración del voto del socio como «acto jurídico», véase Apartado de este Capítulo introductorio.

<sup>56</sup> GIRON TENA, Derecho de Sociedades, cit., pág. 308.

<sup>57</sup> GIRON TENA, Derecho de Sociedades, cit., pág. 310, y URÍA, Comentarios..., cit., Vol. I, pág. 577. En este sentido, RUBIO, op. cit., pág. 240, con referencia a las tesis de SCIALOJA y VIVANTE, indica que «No es la concurrencia de varias voluntades lo que concede a una declaración su naturaleza bi o plurilateral, sino la contraposición de voluntades que concurren desde varias partes. No es el «ori-

«acuerdos» deben configurarse como «actos colectivos» en cuanto las declaraciones de voluntad de los socios, exteriorizadas a través de los votos, «son concomitantes pero no interdependientes»<sup>58</sup>. Las declaraciones de voluntad de los participantes en la Asamblea, se «uniforman» en su contenido, «para hacer posible la suma que discrimine la existencia de una mayoría», régimen previsto por el legislador para la formación de la voluntad del órgano asambleario, y «en tanto es relevante el total mayoritario se puede decir que las voluntades se funden»<sup>59</sup>.

Los acuerdos son actos de naturaleza «colegial» porque aún cuando se trata de un acontecer dependiente de la voluntad de una pluralidad de personas, al actuar en calidad de miembros integrantes de un «órgano», hacen que la voluntad de éste se consiga mediante la actividad de cooperación de sus miembros<sup>60</sup>, de ahí la exigencia de un «procedimiento» que garantice la adopción del acuerdo en respeto de los intereses en juego<sup>61</sup>. El método colegial como sistema tradicional de formación de la voluntad del ente en los órganos de naturaleza corporativa<sup>62</sup>, encuentra su justificación en la necesidad de integración de las tendencias y voluntades individuales<sup>63</sup>, cumpliendo la función, en vía teórica, de elaborar la voluntad corporativa o colectiva.

Sin embargo, el legislador societario, en orden a la integración de las voluntades individuales de los socios, considera la voluntad mayoritaria como la voluntad colectiva en su conjunto, en otras palabras, «es el mecanismo jurídico el que aquí ordena una contraposición de intereses y de voluntades a través de un sistema de resolución mayoritaria, como una componente representativa de la voluntad colegial»<sup>64</sup>; así, pues, la determinación de los socios mayoritarios se trans-

gen» de esta voluntad, sino la «dirección» lo que determina el carácter unilateral o bilateral de la declaración.

<sup>58</sup> V. GIRON TENA, op. cit., pág. 310.

<sup>59</sup> GIRON TENA, Derecho de Sociedades Anónimas, cit., pág. 279, quien acaba señalando que «la relevancia de la mayoría como total hace, a su vez, importante la existencia de los sumandos que la origina y, por tanto, la indicación de que los acuerdos se forman por la unión de voluntades, pero de ahí no se debe pasar, si no se quiere incurrir en ficciones, que no son útiles para explicar los preceptos legales».

<sup>60</sup> URÍA, Comentarios... cit., Vol. I, pág. 577.

<sup>61</sup> Esta concepción ha sido sostenida, entre otros, por GRAZIANI, op. cit., págs. 346-347, al señalar que «la deliberazione assembleare à atto unilaterale de organo normalmente collegiale della persona giuridica di diritto privato società per azioni». También FERRARA, Gli imprenditori... cit., pág. 457 destaca la naturaleza «colegial» de los acuerdos sociales.

<sup>62</sup> GALGANO, en Struttura logica e contenuto normativo del concetto de persona giuridica, Riv. Dir. Civ., 1965, I, págs. 553 y ss., en especial, págs. 596 y ss., sostiene que de organización corporativa debe de hablarse siempre que el grupo, por mandato de la ley, se constituye en Asamblea y sus miembros cooperen a la formación de la voluntad del grupo según las reglas del método colegial.

<sup>63</sup> VENDITTI, Collegialità e maggioranza nelle società di persona, Nápoles, 1955, pág. 55. Para una visión más ampliada de la trascendencia de la colegialidad en las sociedades de personas, pueden verse las obras de GALGANO, La società in genere, La società di persone, Milán, 1982, págs. 277-289 y GHIDINI, Società Personali, Padua, 1972, págs. 341-351.

<sup>64</sup> RUBIO, op. cit., pág. 240.

forma en la voluntad colegial unitaria<sup>65</sup>, o dicho en términos coloquiales, la voluntad de los más se transforma en la voluntad de todos.

La constatación de que en las Asambleas de las sociedades anónimas rige el principio mayoritario, ha llevado a SENA a manifestar que, a diferencia de aquellas combinaciones de actos en las que se produce una completa homogeneidad de contenido (tesis del acto colectivo, del acto complejo y del contrato), en aquellas combinaciones en que no se produce tal homogeneidad, caso típico de los «acuerdos sociales», debe procurarse la integración de voluntades mediante la aplicación del principio mayoritario, lo que trae como consecuencia que dichos «acuerdos» no puedan ser calificados como «actos colectivos» o como «actos complejos», sino como «una combinación de actos jurídicos caracterizada por la falta de una completa homogeneidad de contenido de las declaraciones concurrentes»<sup>66</sup>. En este orden de ideas, SENA continua su exposición declarando que, como consecuencia de la aplicación del principio mayoritario, el socio que vota en la Junta no sólo está disponiendo de sus propios intereses, sino también, al menos potencialmente, de los intereses ajenos, lo que entraña la consideración del voto del socio, no como un derecho subjetivo puro, sino como un «tertium genus», más en concreto, como un «derecho subjetivo colectivo»<sup>67</sup>.

En base a las consideraciones anteriormente expuestas, habría que admitir, dada la vinculación existente entre organización corporativa y persona jurídica<sup>68</sup>, la necesidad del método colegial para la formación de la voluntad social, sin embargo, puede constatarse cómo, en la actualidad, la inderogabilidad del método asambleario o de formación colegial de la voluntad, conforme al cual la orientación del voto debía de producirse necesariamente en Junta luego del debate y atendidos los diferentes puntos de vista expuestos en la reunión, ha perdido gran parte de su primitiva importancia. El reconocimiento por la propia ley de supuestos de formación del voto del accionista fuera de la Junta (tales como los casos de representación con instrucciones imperativas, la existencia de supuestos de copropiedad de acciones en que el representante común actúa de acuerdo a las directrices fijadas por los copropietarios, y los casos de personas jurídicas titulares de acciones de una determinada sociedad), y la proliferación del fenómeno de los «convenios de voto», constituyen una manifestación indiscutible de la «disponibilidad» del método asambleario. La disciplina de la formación de la voluntad en la sociedad en la cual rige el método asambleario no puede considerarse imperativamente determinada en ninguna disposición específica de la ley, lo que presupone que el principio de la colegialidad ofrece «puntos de cedimiento» o «de

<sup>65</sup> No puede admitirse, sin embargo, que la resolución mayoritaria, sea una peculiaridad esencial de la figura del «acuerdo», ya que en determinados tipos de personas jurídicas con funcionamiento corporativo, rige la adopción de acuerdos por unanimidad. Véase VENDITTI, op. cit., págs. 12 y ss.

<sup>66</sup> V. SENA, *El voto...* cit., pág. 102, considerando que en la categoría de «declaraciones no homogéneas se encuadraría la compleja estructura que suele definirse con el concepto de «procedimiento».

<sup>67</sup> V. infra, naturaleza jurídica del voto.

<sup>68</sup> No obstante, el método colegial no es característica privativa de las personas jurídicas, dado que otros institutos jurídicos carentes de atributo de la personalidad, tales como la comunidad de bienes o de derechos permite la actuación del sistema colegial.

menor resistencia» que autorizan un cierto grado de autonomía a los socios en orden a la determinación del sentido del voto que ha de concurrir a formar la voluntad social<sup>69</sup>.

### 3. La naturaleza jurídica del voto del accionista

#### 3.1. *La previa consideración del voto del accionista como «acto jurídico»*

Comprobado el proceso degradativo del voto del accionista, al menos en las sociedades anónimas de estructura abierta<sup>70</sup>, debemos de centrar ahora nuestra atención en la naturaleza jurídica atribuible a este instrumento de gobierno societario.

Superadas aquellas tendencias doctrinales que entendían el voto del accionista como un mero elemento integrante de los acuerdos sociales y, por tanto, carente de toda relevancia jurídica<sup>71</sup>, en la actualidad se piensa que el voto, cuya caracterización no está exenta de dificultades, constituye una «declaración», en palabras de CARNELUTTI<sup>72</sup>, un «comportamiento dirigido a expresar el pensamiento<sup>73</sup>. La manifestación de voluntad que implica el voto, si bien no puede encuadrarse en la noción de «negocio» dado que con su ejercicio no van a obtenerse necesariamente los efectos jurídicos perseguidos por el agente al emitir su declaración<sup>74</sup>, si admite su ubicación en la genérica categoría de los «actos jurí-

<sup>69</sup> V. COTTINO, G., *La convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milán, 1958, págs. 95 y ss., en especial pág. 100 y págs. 169 y ss.

<sup>70</sup> La constante depauperación del voto del accionista, fenómeno innegable en las grandes sociedades anónimas, no ha tenido la misma intensidad en las sociedades anónimas familiares o de estructura cerrada, en las que el voto del socio sigue conservando su poder de influjo en la formación de la voluntad societaria. Véase al respecto, en la doctrina española, PEDROL RIUS, op. cit., pág. 105; ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 55 a 74 y NGO BA THANH, *La sociedad anónima familiar*, Barcelona, 1963, págs. 83 a 107.

<sup>71</sup> V. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, pág. 313, quien afirma categóricamente que «este punto de vista se puede decir que está hoy superado».

<sup>72</sup> V. CARNELUTTI, *Teoría generale del Diritto*, Roma, 3ª edición, 1951, pág. 281. En la doctrina científica española, aceptan este planteamiento, entre otros, GIRON TENA, op. cit., pág. 313, ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 106 y BERGAMO, op. cit., pág. 347.

<sup>73</sup> No existe unanimidad en la doctrina a la hora de configurar la emisión del voto como «declaración de verdad» o como «declaración de ciencia; sin embargo, nosotros creemos que, generalmente, el voto constituye una expresa manifestación o declaración de voluntad, incluso en el debatido supuesto de la aprobación del balance, ya que, como sostiene SENA —op. cit., pág. 48—, el voto pone de manifiesto una voluntad que se dirige a la consecución de un fin determinado, consistente en el desenvolvimiento de un interés, diferenciándose de las restantes declaraciones en la producción de efectos jurídicos conforme al contenido de la declaración. Una exposición de las distintas posturas mantenidas la doctrina europea, respecto a la naturaleza jurídica de la «emisión del voto» en ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 106 y ss.

<sup>74</sup> V. GIRON TENA, op. ant. cit., loc. ult. cit.

dicos», en cuanto constituyen un acontecer dependiente de la voluntad humana, productor de determinados efectos jurídicos<sup>75</sup>. El voto del accionista es por tanto una «declaración» que concurre con otras declaraciones análogas provenientes de los demás socios y que van a confluir en un determinado «acuerdo social»<sup>76</sup>, en otras palabras, el voto del accionista, en concurrencia con los votos de los restantes socios, tiende a operar la perfección del acuerdo social<sup>77</sup>; sin embargo, como manifiesta GIRON TENA, «aunque su destino sea el de ser elemento de un acuerdo, (los votos) tienen independencia como actos jurídicos de los sujetos que los emiten y, por tanto, han de ser tratados según la doctrina general de los actos jurídicos<sup>78</sup>».

Aceptadas las anteriores conclusiones, debemos de recordar que el voto es una prerrogativa que los diferentes ordenamientos societarios conceden al accionista para la defensa y realización de un determinado «interés», de ahí que la concreta calificación jurídica del voto dependa, en gran medida, del señalamiento del interés que el voto está llamado a proteger y a desarrollar. Si consideramos que el voto le es otorgado al accionista para la defensa de intereses ajenos a los suyos propios, más en particular, para la realización del «interés social», el voto deberá catalogarse como una «potestad» o «función»; por el contrario, si estimamos que el voto se le concede al socio para la defensa de sus propios intereses en la sociedad, si bien limitado a no incurrir en el ejercicio de intereses antisociales, el voto deberá de ser configurado como un auténtico «derecho del socio»<sup>79</sup>.

En relación con la problemática relativa a la naturaleza jurídica del voto, las distintas posiciones doctrinales existentes al respecto podrían reducirse a dos grandes corrientes de opinión: Por una parte, las denominadas «teorías institucionales», cuyos defensores afirman el carácter de «potestad» o «función» propio del voto del accionista y, por otra parte, las llamadas «teorías contractualistas» o «negociales», que sostienen la naturaleza de facultad o derecho propia del voto

<sup>75</sup> El concepto de «acto jurídico» puede verse en BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, edición española, Madrid, 1959, págs. 14 y ss., y en DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1981, pág. 504. La consideración expresa del voto como acto jurídico, es sostenida, entre otros, por SENA, op. cit., págs. 15 a 21 y por GIRON TENA, op. ant. cit., loc. ult. cit. SENA acertadamente señala que aún cuando en ocasiones puede plantearse problemas respecto a determinados votos que no producen efecto jurídico alguno, como es el caso de los votos minoritarios, éstos deben conceptuarse como auténticos actos jurídicos, ya que reúnen todos sus elementos: voluntad, causa y forma. El voto es una declaración con la que el socio expresa una intención (voluntad), dirigida a un determinado fin (causa), consistente en el desarrollo de una determinada actuación (forma). Véase, SENA, op. cit., pág. 20.

<sup>76</sup> Para SENA, op. cit., págs. 13 y ss., la definición del voto como «declaración» se fundamenta en el análisis de la «realidad concreta», sin necesidad de apoyar tal conceptualización en norma jurídica alguna.

<sup>77</sup> GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 204; URÍA, *Comentarios a la L.S.A.*, Vol. I, Madrid, 1976, pág. 654 y SENA op. ant. cit., loc. ult. cit.

<sup>78</sup> GIRON TENA, *Derecho de Sociedades... cit.*, pág. 313.

<sup>79</sup> Véase PEDROL RIUS, op. cit., pág. 105; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades... cit.*, pág. 314; ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 79 y ss.; SENA, op. cit., pág. 113 y ss., en especial, págs. 123 y ss. y SCHAPIRA, J., *L'interêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, en R.T.D.C. 1971, Tomo IV, págs. 966 y ss.

del accionista<sup>80</sup>. De estas corrientes científicas vamos a ocuparnos a continuación.

### 3.2. *Síntesis expositiva de las teorías negadoras del voto como «derecho» o «facultad». Referencia a las denominadas «teorías institucionalistas».*

Los partidarios de las tesis institucionalistas estiman que la Ley concede el voto al accionista para la tutela de un conjunto de intereses distintos a aquellos propios y personales del votante, lo que conlleva a que el accionista deba de ejercer su voto en función del denominado «interés social»<sup>81</sup>; así pues, el interés social se presenta como una finalidad a la que necesariamente debe de atender el accionista cuando actúe su voto en la Junta General.

Para los defensores de la tendencia institucionalista, el interés social debía estimarse como un interés superior y distinto al de los miembros de la corporación. Entre los pioneros de estas tesis debemos de destacar a RATHENAU, cuyos presupuestos teóricos, basados en la figura de la gran sociedad anónima y sus interrelaciones con la estructura económica estatal<sup>82</sup>, provocaron la aparición de la teoría de la «Unternehmen an Sich», desarrollada por los autores alemanes GEILER y NETTER<sup>83</sup>, los cuales afirmaron la existencia de un «interés propio de la empresa», consistente no en el beneficio de los accionistas, sino en la mayor productividad de aquélla, y al que los accionistas debían de subordinar el ejercicio de los derechos inherentes a su cualidad de socio<sup>84</sup>.

La teoría aquí comentada y alguna de sus derivaciones posteriores, como por ejemplo la construcción de la «Person an sich», y la doctrina de HAUSMANN<sup>85</sup>,

<sup>80</sup> V. JAEGER, P. G., *L'interesse sociale*, Milán, 1964.

<sup>81</sup> Con carácter general, puede verse el artículo de SCHAPIRA, *L'interêt...* cit., pág. 966 y ss.

<sup>82</sup> V. RATHENAU, W., *La realtà della società per azioni*, en *Rev. dell Soc.*, 1960, págs. 918 y ss.

<sup>83</sup> V. por todas ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 82, nota nº 8.

<sup>84</sup> Una resumida exposición de las críticas planteadas a la teoría de la «Unternehmen an sich», de clara influencia en la AktG alemana de 1937 —parágrafo 70—, en ALBORCH, op. cit., págs. 84 y 85.

<sup>85</sup> Los defensores de la teoría de la «Person an sich», reafirmaron el carácter de persona jurídica de la sociedad anónima, y señalaron que ésta es portadora de un interés propio, distinto y superior al de los accionistas, los cuales están obligados a ejercer su voto en función de dicho interés. Esta teoría era una desviación de los postulados expuestos por GIERKE —*Die genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1877, pág. 261, citado por JAEGER, op. cit., pág. 102 nota nº 29— para el cual, el accionista no es un simple portador de una voluntad autónoma, sino que, unido a los demás socios, se convierte en intérprete de una voluntad común, lo que hace que el voto deba de ser ejercitado por el socio en el exclusivo interés de la comunidad.

Por su parte, HAUSMANN, V. *Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft*, en *Bank-Archiv*, Tomo XXX, 1930, págs. 63 y ss, citado en JAEGER, op. cit., págs. 35 y ss., rechazando la intervención del Estado en el sector de las sociedades privadas, afirmó que los diferentes agentes que concurren en el «organismo viviente» (la empresa), ya se trate de accionistas, trabajadores, administradores o acreedores, deben de defender un interés común conformado por la aglutinación de los intereses propios de cada uno de ellos, apareciendo de esta forma un «interés de la empresa» que debe ser objetivo prioritario de los diferentes sujetos que integran ese «organismo viviente».

influyeron en el desarrollo de otras tendencias que pueden englobarse bajo el rótulo de «teorías institucionalistas», tales como las defendidas por HAURIAU y GAILLARD en el Derecho francés, quienes mantuvieron la tesis de que la sociedad anónima, al igual que el Estado, debe considerarse como una verdadera «institución» y, por tanto subordinada al interés nacional, lo que conduce a estimar que el voto del accionista no le es atribuido para la tutela de sus intereses individuales, sino para la realización del «interés general»<sup>86</sup>.

En este sector de construcciones dogmáticas deben de señalarse también las mantenidas en Italia por MOSSA y por los seguidores de la teoría del «exceso de poder». MOSSA, fundamentando su construcción en la tesis de la «Unternehmen an sich», afirmaba la existencia de un «interés de la empresa», que podía llegar a distanciarse del interés de los accionistas, de sus órganos y de la misma sociedad<sup>87</sup>; por su parte, los autores adheridos a la teoría del «exceso de poder», anterior en su aparición a la promulgación del Codice Civile de 1942, estimaron que, en protección de las minorías, debía de declararse la nulidad de todos aquellos votos que hubiesen sido emitidos en aras a la obtención de un interés distinto al interés social, dotado de entidad propia y distinta al interés de los socios<sup>88</sup>.

Finalmente, es de señalar que las tendencias institucionalistas recibieron un amplio apoyo en la doctrina anglosajona, básicamente en la doctrina estadounidense, cuyo máximo exponente es BERLE, quien en la década de los años 30 sostuvo la necesidad de privar del «control» a los accionistas, los cuales debían limitarse a constituir la corporación y a esperar el reparto de dividendos, sin que las grandes sociedades puedan sufrir otro tipo de limitaciones ajenas a su verdadera esencia, que no es otra que la de ser el centro del poder económico y político<sup>89</sup>. En esta misma orientación, CHAYES llegó a afirmar que «los accionistas mere-

<sup>86</sup> V. GAILLARD, E., *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, París, 1932, y HAURIAU, *L'institution et le droit statutaire*, en *Recueil de la législation de Toulouse*, 1906, *La théorie de l'institution et de la fondation, essai de virtualisme social*, en 4<sup>er</sup> cahier de la nouvelle journée, 1925 y en *Principes de Droit Constitutionnel*, París, 1929.

<sup>87</sup> V. MOSSA, L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Tomo IV, Padua, 1957, págs. 76 y ss., citado por ALBORCH BATALLER, *op. cit.*, pág. 94, nota n.º 36.

<sup>88</sup> V. ASQUINI, *Conflicto de interessi tra socio e società nelle deliberazioni delle società per azioni*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1922, I, pág. 654; PERRI, *Eccesso di potere e tutela della minoranza*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I, pág. 727, y los autores citados por SENA, *op. cit.*, págs. 142 y 143, nota n.º 40. No obstante, y como señala ALBORCH BATALLER, —*op. cit.*, pág. 95 nota n.º 39 con referencia a CARNELUTTI y MAISANO— «no todos los autores que se adscriben o postulan la teoría del exceso de poder atribuyen a la sociedad un interés propio distinto del interés colectivo de los socios, y, por tanto, las tesis por ellos propugnadas no pueden ser incluidas en la corriente institucionalista»; sin que tampoco podamos olvidar que el propio FERRI modificó posteriormente su inicial postura. Véase FERRI, *Validità del sindacati azionari di amministrazioni*, en *Nuova Riv. Dir. Comm.*, 1949, Tomo I, págs. 13 y ss.

<sup>89</sup> V. BERLE y MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, en su edición italiana, Turín, 1966, en especial, págs. 5 a 12, 49 a 111, págs. 69 y ss., págs. 131 a 134 y págs. 220 a 231. Con relación a la tesis de BERLE, indica SENA, *op. cit.*, pág. 128, nota n.º 7, que este autor en su posterior monografía, *The 20<sup>th</sup> Century Capitalist Revolution*, Nueva York, 1954, modificó su anterior posición «por así decir política».

cen la mudez en que les ha sumido la evolución moderna»<sup>90</sup>. No obstante, en los EE.UU. el fenómeno institucionalista no se tradujo en la imposición de un determinado comportamiento al socio que emite su voto, sino que se manifestó en la limitación del voto para determinadas categorías de acciones, y en el ensanchamiento de las competencias atribuidas al órgano de administración societario<sup>91</sup>.

1. En atención a estas argumentaciones, el voto del accionista se calificó como una «potestad» o «función», términos que vienen a poner de relieve la existencia de un cierto deber de ejercitar el voto en aras del interés social. El voto no es sólo la garantía de los atributos patrimoniales de la acción, sino también una pieza indispensable el buen funcionamiento de la sociedad; se trata de una «carga» propia de la cualidad de socio que obliga al accionista a guiarse únicamente en función del interés social cuando proceda a su ejercicio<sup>92</sup>.

Mención aparte merecería la consideración de los posicionamientos adoptados por algunos tratadistas, tales como GRECO y NOIREL, a los que no podemos dedicar un estudio en profundidad de sus argumentaciones. El primero de los mencionados autores, rechazando la noción de «derecho subjetivo colectivo» a la que tilda de ambigua, considera el voto como un «poder» que a diferencia del derecho subjetivo «stricto sensu» conlleva un cierto elemento de deber<sup>93</sup>. Por su parte, NOIREL afirmó que el voto como manifestación de la «affectio societatis», posee una doble naturaleza de «derecho-función», lo que le coloca en una posición intermedia entre la potestad y el derecho subjetivo<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> CHAYES, A., La sociedad anónima moderna y el imperio de la ley, en MASON, E., La sociedad anónima en la sociedad moderna, edición castellana de Depalma, Buenos Aires, 1967, págs. 62 y ss. Estas tesis institucionalistas fueron adaptadas por otros autores anglosajones tales como WRIGHT MILLS, *The power elite*, New York, 1956, pág. 165, quien sostuvo que la sociedad anónima era una auténtica institución política, y ROSTOW, E. ¿Ante quiénes y con qué fines son responsables las gerencias de las sociedades anónimas, en MASON, op. cit., págs. 69 a 105, en especial págs. 103 y 104.

<sup>91</sup> Véase SERENI, *La società per azioni negli Stati Uniti*, Milán, 1951, págs. 86 a 92.

<sup>92</sup> Como destacados valedores de la concepción del voto como «potestad» o «función» pueden señalarse, entre otros, los siguientes autores: JOSSERAND, *De L'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, París, 1927, pág. 368; DAVID, *Le caractere social du droit de vote*, en *Journ. Soc.*, 1921, págs. 401 y ss.; TUNC, op. cit., págs. 102 y ss.; SCHMIDT, D., *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, París, 1970, n° 56, pág. 39; MOSSA, op. cit., págs. 61 y ss.; BOSVIEUX, en *Journ. Soc.*, 1939, págs. 65 y ss.; GIDDE-LOYRETTE-NOUEL, *La réforme des sociétés commerciales*, París, 1968, pág. 301; DE GREGORIO, *Curso de Diritto Commerciale*, 1954, 4ª edición, pág. 280; GAILLARD, op. cit., págs. 56-57; VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milán, 1935 y LA LUMIA, *La cessione ed il vincolo del diritto di voto nelle società per azioni*, en *Riv. Dir. Comm.*, II, 1915, pág. 68. Más recientemente PAILLUSSEAU, *Le societe anonyme. Thecnique d'organisation de l'enterprise*, París, 1967, definió la sociedad anónima como «técnica de organización de la empresa», señalando que los intereses de los accionistas, consistentes en la obtención de un saludable rendimiento económico a su aportación de capital, son distintos del interés de la empresa, el cual, radicando en la potenciación de la misma, debe de ser prioritario sobre los intereses individuales de los accionistas en caso de conflicto.

<sup>93</sup> GRECO, P., *La società nel sistema legislativo italiano*, Turín, 1959, págs. 149 y ss., pág. 238, nota n° 221 y pág. 242.

<sup>94</sup> NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, París, 1958, págs. 150 y ss., en especial, pág. 152, n° 206. En idéntico sentido, GIDDE-LOYRETTE-NOUEL, en *La réforme des sociétés anonymes*, Tomo I, París, 1968, pág. 306, y más matizadamente, SCHMIDT, D., op. cit., n° 15, pág. 11 y n° 56, pág. 39.



### 3.3. *Síntesis expositiva de las teorías que afirman el carácter de «derecho» propio del voto del accionista. Referencia a las denominadas «teorías contractualistas».*

En contraposición a la corriente institucionalista, los valedores de la «teoría negocial», considerando que el interés de la sociedad no es sino el interés común o colectivo de los socios<sup>95</sup>, sostienen que el voto del accionista debe de entenderse como un derecho subjetivo en sentido propio, cuya misión es el desenvolvimiento y la tutela de los intereses del accionista en la sociedad<sup>96</sup>. En opinión de los seguidores de las doctrinas contractualistas, los socios no vienen obligados a ejercer un derecho de voto en función de un interés colectivo superior y ajeno a ellos, al contrario, los accionistas, por medio de su facultad de voto, pueden tratar de alcanzar los más diversos intereses personales, siempre y cuando no resulten absolutamente incompatibles con ese interés colectivo; por eso, y como dice MENGONI, «los intereses particulares de los socios (intereses extrasociales) están destinados a realizarse por medio y no en contra del interés común<sup>97</sup>». Por su parte, MIGNOLI indica que sobre el accionista no recae obligación alguna, ni jurídica ni moral, de procurar la satisfacción de los intereses sociales, al ejercitar su derecho de voto, cualquier accionista puede procurar la consecución de intereses extracorporativos en el seno de la sociedad, con tal de que éstos no causen daño al ente social<sup>98</sup>; en resumen, el voto se destina a la tutela del interés del socio como tal socio, interés individual y al mismo tiempo común con los demás intereses de los restantes miembros de la sociedad<sup>99</sup>.

Para los autores partidarios de las teorías contractualistas, el interés de la sociedad es un interés ineludiblemente común a todos los socios, en función de la posición jurídica que ocupan en la sociedad y no en su cualidad de individuos, negándose de esta manera la existencia de un interés social, autónomo, distinto y superior al interés común de los miembros de la corporación. El accionista puede por tanto intentar la realización de sus intereses personales en la sociedad, teniendo como único límite la comunidad de intereses que supone el «interés de la sociedad»<sup>100</sup>; aún cuando no puede decirse que haya existido un amplio consen-

<sup>95</sup> Véanse los trabajos de SENA, op. cit., págs. 150 y ss; ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 96 y ss. y PEDROL RIUS, op. cit., págs. 126 y ss.

<sup>96</sup> Vid. por todos, SENA, op. cit., pág. 150.

<sup>97</sup> Véase MIGNOLI, L., Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni de assemblea della società per azioni, en Riv. dell. Soc., 1956, I, págs. 434 y ss., es especial, pág. 460.

<sup>98</sup> V. MIGNOLI, L'interesse sociale, en Riv. dell. Soc. 1958, I, págs. 725 y ss.

<sup>99</sup> V. con referencia a la tesis de ASCARELLI, T., SENA, op. cit., págs. 148 y ss; especialmente la relación bibliográfica del mencionado tratadista en las notas n.º 54 y n.º 55.

<sup>100</sup> La doctrina mercantilista italiana acepta con gran generalidad que el «interés de la sociedad» no constituye un factor teleológico que el accionista venga obligado a observar al ejercitar su voto en la Junta. Mientras determinados autores como MIGNOLI, op. cit., págs. 741-742 y MENGONI, op. cit., pág. 443, afirman que el interés social, entendido como el interés común de los socios, supone

so en la doctrina científica, fundamentalmente en la doctrina italiana, a la hora de proceder a la concreta configuración del «interés común» en que se resuelve el interés de la sociedad <sup>101</sup>.

En lógica consonancia con esta construcción dogmática, el voto del accionista ha sido considerado por los partidarios de las tesis contractualistas como un «derecho subjetivo» concedido al socio para la defensa de sus intereses en la sociedad, siempre que éstos no supongan la presencia de intereses manifiestamente contrarios al interés social; tesis ésta comunmente aceptada por la doctrina mercantilista más reciente <sup>102</sup>, la cual considera que el socio no tiene ni la obligación jurídica ni la obligación moral de perseguir, mediante el ejercicio del voto, la consecución de intereses sociales, entendidos como intereses autónomos y ajenos al interés común o colectivo de los accionistas <sup>103</sup>.

### 3.4. *Toma de posición: el rechazo a la configuración del voto como «potestad» o «función» y la aceptación del carácter de «derecho» propio del voto del accionista*

1. En vista de lo anteriormente expuesto, creemos que pueden ya formalizarse algunas conclusiones definitivas sobre la naturaleza del voto del accionista.

Pensamos que no puede admitirse la configuración del voto como «potestad» o «función», y ello, en base a las razones que se citan a continuación.

En primer lugar, la disciplina de la sociedad por acciones es una disciplina de naturaleza contractual, lo que significa que los accionistas no pueden verse constreñidos a ejercitar su voto en función de un interés social autónomo y superior <sup>104</sup>, ya que la causa de que el socio participe en la sociedad consiste precisa-

un límite a la libertad de determinación del voto, por el contrario, otros comentarios, en particular SENA, op. cit., pág. 359, matiza que el interés colectivo no entraña una limitación a la libre determinación del voto, sino que representa un límite a la «sindicabilidad del interés desarrollado con el voto».

<sup>101</sup> El «interés común o colectivo» ha sido configurado de muy diversas maneras por los tratadistas italianos: ASCARELLI, T. La leicità dei sindacati azionari... cit., en Riv. Dir. Comm., 1931, pág. 261, II, lo califica como el interés común a todos los accionistas «actuales» de la sociedad, mientras que FERRI —Validità dei sindacati azionari... cit., en Nuova Riv. Dir. Comm., 1949, I, págs. 13 y ss.— sostiene que el interés común o colectivo debe de comprender también a los socios «futuros» de la corporación. Por su parte, MIGNOLI —op. cit., pág. 748— afirma la existencia de un interés «objetivo y abstracto», necesariamente común a todos los accionistas, afirmándose por MENGONI —op. cit., págs. 443 y ss.— que la realización del interés común se consigue a través de la proporcional satisfacción del interés de cada accionista. Finalmente, se ha afirmado que el interés social, entendido como el interés común o colectivo de los socios, se identifica con el acuerdo que la Junta General adopte por mayoría de sus componentes, si bien esta teoría ha sido duramente criticada ya que conduciría a considerar cómo conforme al interés social los acuerdos adoptados en Junta con la mayoría requerida en cada caso. Véase la crítica, en ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 99.

<sup>102</sup> V. por todos, ALBORCH, pág. 101 y ss.

<sup>103</sup> NOIREL, En HOUIN, R., Les grands arrêts... cit., pág. 211, ha puesto de relieve que cuando los defensores de la teoría institucionalista sostienen que el voto es una «obligación», lo único que buscan es señalar la existencia de un cierto «deber moral» en orden a su ejercicio.

<sup>104</sup> V. JAEGER, P. G., op. cit., pág. 206.

mente en la consecución de un interés propio o personal<sup>105</sup> y no en la tutela y desarrollo de un interés ajeno al mismo. En este orden de cosas también puede observarse cómo en las distintas legislaciones nacionales no existe precepto alguno que imponga al socio la obligación de votar en la Junta General, y menos aún que le compela a votar para la tutela de un interés que le es extraño<sup>106</sup>.

Finalmente, la mayor parte de los ordenamientos societarios reconocen la posibilidad de que el accionista pueda disponer de su voto, en el sentido de poder delegar su ejercicio en manos de un representante, señalándose además de forma generalizada la falta de legitimación para impugnar el acuerdo social por parte de los socios que hayan votado a favor del mismo<sup>107</sup>.

Por todo ello, consideramos que el voto del accionista, de conformidad con las tesis negociales, debe de ser configurado como un derecho, una facultad atribuida al accionista para la tutela y desarrollo de sus propios intereses en el seno de la corporación societaria y no para la consecución de un interés superior que le es extraño, como el interés de la empresa, el interés de la persona jurídica o el interés general, todos ellos de trascendencia pública o cuasi-pública<sup>108</sup>.

2. Si la doctrina más generalizada se manifiesta conforme en atribuir al voto del accionista el carácter de «derecho», no puede decirse lo mismo en cuanto a la adjetivación o concreta configuración del mismo.

Es mérito de la literatura jurídica italiana, fundamentalmente, la calificación del derecho de voto del accionista; así, mientras para cierto sector de la doctrina el voto debe estimarse como un «derecho subjetivo puro»<sup>109</sup>, para otros, el derecho de voto constituye un «derecho subjetivo potestativo»<sup>110</sup>. En cualquiera de los dos supuestos el accionista no vendría obligado a la limitación de su interés individual en el ejercicio del voto, ya que el socio no tiene obligación alguna de colaborar en la consecución del fin social. A través del ejercicio del voto, el accionista tiene la posibilidad de dar lugar a la creación, modificación o extinción de actos y situaciones jurídicas, sin verse coartado por ninguna vinculación teleológica, como pudieran ser los «intereses sociales».

Por contra, otro grupo de significados comentaristas se inclina por la consideración del voto como un «derecho subjetivo colectivo»<sup>111</sup>. Esta última postura, una de cuyos principales valedores es SENA, asienta su construcción en los siguientes fundamentos: El voto, lejos de ser considerado como una «potestad»<sup>112</sup>,

<sup>105</sup> SENA, *Il voto...* cit., pág. 156 y ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 102.

<sup>106</sup> V. SENA, op. cit., loc. ult. cit., ALBORCH BATALLER, op. cit., loc. ult. cit., y CARNELUTTI, *Teoría generale del Diritto*, Roma, 1952, pág. 153.

<sup>107</sup> *Ibidem* nota anterior, excepción hecha de CARNELUTTI.

<sup>108</sup> V. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 314.

<sup>109</sup> V. MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nelle discipline delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1956, I, págs. 314 y ss.

<sup>110</sup> MENGONI, op. cit., págs. 438-439.

<sup>111</sup> Véase, SENA, op. cit., págs. 155 y ss, en especial págs. 158 a 160 y ROMANO-PAVONI, *La deliberazioni delle assemblee delle società*, Milán, 1951, pág. 84.

<sup>112</sup> Supuesto típico del voto de los administradores, los cuales se ven obligados a votar en función del interés de la sociedad, exclusivamente.

o como un «derecho subjetivo puro»<sup>113</sup>, debe ser entendido como un «tertium genus» entre ambas categorías, ya que al entrar en juego el principio mayoritario que rige la adopción de acuerdos en la Junta, el socio agente dispone, al menos de forma potencial, del interés de los restantes accionistas; en cuanto el voto del accionista sea mayoritario, vincula a todos los accionistas, incluso a los ausentes y a los disidentes<sup>114</sup>; de esta manera, con el voto, el socio, no solamente incide sobre su propio interés, sino también, al menos potencialmente, sobre intereses ajenos<sup>115</sup>. La constatación de esta realidad hace que el voto deba de situarse a caballo entre el derecho subjetivo y la potestad y que se califique, en terminología de CARNELUTTI<sup>116</sup> como un «derecho subjetivo colectivo»<sup>117</sup>, dirigido mediante la deliberación asamblearia, a la consecución de un interés individual del socio que se sitúa en relación de «solidaridad» con análogos intereses de otros socios, constituyendo ese «interés solidario» el denominado «interés común» o «interés colectivo»<sup>118</sup>. Si el voto se considerase como una «potestad», el socio debería de desarrollar un interés que le es ajeno, el interés social, por lo que habría que considerar factible que los socios actuaran por un «interés idéntico»; por el contrario, si el voto se estimara como un «derecho subjetivo» el socio desenvolvería con su voto sus propios intereses individuales, conformándose los intereses de los socios como posibles «intereses en conflicto»; ahora bien, si el voto se considera como un «derecho subjetivo colectivo», los socios desarrollarán sus propios intereses, pero como pueden influir, al menos potencialmente, sobre los intereses de otros socios, debe de excluirse que los socios persigan un interés idéntico (voto como potestad) así como que persigan intereses en conflicto (voto como derecho subjetivo), los socios desarrollarán única y exclusivamente «intereses solidarios»<sup>119</sup>.

En resumen, pensamos que el voto del accionista puede ser configurado como un derecho con el que el socio persigue la defensa y realización de sus intereses en el marco del interés común<sup>120</sup>, por ello, es lógico entender que si la Ley admite la existencia de supuestos concretos de disposición sobre el voto entre sujetos que aún teniendo intereses distintos y contrapuestos presentan, sin embargo, un interés común que subyace a sus puros intereses particulares, como acaece

<sup>113</sup> Tal sería el caso del voto propio de los acreedores en el procedimiento concursal.

<sup>114</sup> V. SENA, op. cit., pág. 157.

<sup>115</sup> Ibidem nota anterior.

<sup>116</sup> V. CARNELUTTI, Teoría generale..., cit., págs. 162 y siguientes.

<sup>117</sup> Noté las concomitancias existentes entre los partidarios de la teoría del «derecho-función» y los defensores de la tesis del «derecho subjetivo colectivo»; tanto NOIREL, V. nota nº 94, como SENA, op. cit., pág. 158, indican expresamente que el voto ocupa una posición intermedia entre la potestad y el derecho subjetivo.

<sup>118</sup> V. SENA, op. cit., pág. 159.

<sup>119</sup> Ibidem nota anterior.

<sup>120</sup> Como bien señala GIRON TENA, op. cit., pág. 315, la repercusión de las distintas gradaciones que el interés social puede presentar, a fines de caracterización del derecho de voto del socio, permitirá hacerle oscilar desde algo semejante al ejercicio privado de función pública hasta el libre derecho subjetivo.

en los de atribución del voto al usufructuario o al acreedor pignoraticio, de la misma forma debería admitirse la disposición del voto entre socios <sup>121</sup>, siempre que ello no suponga un perjuicio para la sociedad o para los restantes accionistas.

#### 4. La naturaleza jurídica del voto a la luz de la vigente L.S.A. española

(A) La parca regulación que el Código de Comercio de 1885 dedicaba a las sociedades anónimas, así como las constantes modificaciones introducidas en la legislación societaria de los distintos sistemas jurídicos europeos, impulsaron al legislador español de mediados de siglo a abordar la tarea de sacar a la luz una nueva reglamentación de la sociedad anónima. Con este fin, en el año 1947 se publicó el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, elaborado por una Comisión creada al efecto en el Instituto de Estudios Políticos, cuyo texto fue presentado a las Cortes en el año 1951 <sup>122</sup>. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se ponía de relieve que «como cualquier otra empresa, la sociedad anónima es un fenómeno de la organización económica», lo que hizo pensar, ante la identificación de sociedad y empresa que el texto comentado introducía, en una posible recepción de la tesis institucionalista, una conceptualización pareja a la sostenida por HAUSSMANN <sup>123</sup>. Ante esta situación, la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de Julio de 1951 con la finalidad de evitar cualquier posible identificación entre los conceptos de sociedad y empresa, declaró que era absolutamente necesario diferenciar «la empresa como organización económica caracterizada por la comunidad de trabajo y la sociedad mercantil como persona jurídica titular de la empresa»; señalando además que «el tema de la jerarquía de los elementos que integran la empresa, o el de la participación de los trabajadores asalariados en el beneficio del empresario... son problemas que extravasan el contenido propio de una ley de sociedades anónimas». En este sentido, y por lo que respecta a las competencias de la Junta General de accionistas, si bien el Anteproyecto comentado afirmó taxativamente en su parte introductoria la necesidad de reducir considerablemente su ámbito de facultades, la Exposición de Motivos de la vigente Ley reguladora del Régimen jurídico de las sociedades anónimas determinó claramente el «postulado de soberanía de la Junta General», retornando a las posiciones más acordes con los principios democráticos de la estructuración societaria. A la vista de estos antecedentes, creemos no equivocarnos al afirmar que el legislador español desterró veleidades institucionalistas en la consideración de las

<sup>121</sup> Véase SENA, op. cit., págs. 331 y ss., en especial, pág. 334.

<sup>122</sup> Si en esta época histórica, como señala PEDROL, op. cit., pág. 137, las ideas institucionalistas se hallaban en regresión en el derecho continental europeo, «la naturaleza del organismo al que se había encargado el estudio... la presión, por lo menos formal, de ciertas ideologías en nuestro país y ... el brillo de la Ley alemana de 1937, podían hacer temer que el Anteproyecto sufriera excesivas influencias que desnaturalizasen el tratamiento de la sociedad anónima e hiciesen olvidar su filiación de derecho privado.

<sup>123</sup> Véase PEDROL RIUS, op. cit., loc. ult. cit., y ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 111.

sociedades anónimas, al menos desde un punto de vista general<sup>124</sup>. Sin embargo, tal suposición debe de ser contrastada mediante el análisis, siquiera sea brevemente, del contenido de la normativa en cuestión.

Del conjunto dispositivo de la Ley española de sociedades anónimas, al menos por lo que respecta a sus preceptos más significativos en la temática que nos ocupa, tales como por ejemplo los relativos a la impugnación de los acuerdos sociales y a la legitimación de los administradores para el ejercicio de la pertinente acción de anulación (artículos 67 y 69 de la L.S.A.)<sup>125</sup>, la disposición referente a la obligatoriedad de constituir reservas (artículo 106 de la L.S.A.)<sup>126</sup>, el artículo 151 de la L.S.A. que reglamenta la continuación de la sociedad determinada en virtud de una decisión gubernativa<sup>127</sup>, o los artículos relativos a la posibilidad de imponer restricciones al derecho de examen de los censores o al derecho de información de los accionistas por parte de los administradores y del Presidente cuando el interés social pueda verse gravemente comprometido (artículos 65 y 108 de la L.S.A.)<sup>128</sup>, creemos que no puede deducirse la configuración del interés social como un interés distinto y contrapuesto al común de los accionistas<sup>129</sup>, al contrario, en línea con las teorías contractualistas, nuestra legislación vigente parece concebir el interés social como el interés común o colectivo de los socios, tal como lo entiende la mayoría de la doctrina mercantilista española<sup>130</sup>, y algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo<sup>131</sup>.

<sup>124</sup> Véase GIRON TENA, op. cit., pág. 315, PEDROL RIUS, op. cit., págs. 137-138, ALBORCH BATALLER, págs. 111 y 112.

<sup>125</sup> Véanse los comentarios a estos preceptos en GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, págs. , URÍA, *Comentarios a la L.S.A.*, Vol. I, págs. 737 y ss, RUBIO, op. cit., págs. 252 y ss y ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 113-115.

<sup>126</sup> Véase PEDROL RIUS, op. cit., págs. 143 y ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 119.

<sup>127</sup> La mayor parte de los comentaristas de la norma mencionada ponen de manifiesto que la expresión «interés social» utilizada en el texto de la disposición parece hacer referencia a objetivos de política social y no al interés de la sociedad en sentido técnico jurídico. En este sentido, URÍA, *Comentarios... cit.*, Vol. II, 1974, pág. 716; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 574; DUQUE DOMINGUEZ, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, pág. 87; ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 116-118; PEDROL RIUS, op. cit., págs. 141-143; VICENT CHULIA, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, pág. 318. En contra de esta tendencia generalizada parece manifestarse RUBIO, op. cit., pág. 253.

<sup>128</sup> En contra de la consideración de este precepto como manifestación de la teoría contractualista, ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 120-121.

<sup>129</sup> Los artículos 41 y 42 de la L.S.A. autorizan la atribución del derecho de voto al usufructuario o al acreedor pignoraticio, siempre que los Estatutos lo permitan. Evidentemente, si el legislador español hubiese aceptado la versión institucionalista del interés social, únicamente el accionista y, en su caso, su representante, estaría legitimado para realizar el interés social a través del ejercicio del voto, lo que imposibilitaría el ejercicio del mismo por el usufructuario o el acreedor pignoraticio.

<sup>130</sup> V. PEDROL RIUS, op. cit., págs. 160-161; DUQUE, op. cit., págs. 74-75; ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 125; URÍA, *Com. L.S.A.*, Vol. I, págs. 658 y 753; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas... cit.*, pág. 199. Sin adoptar un posicionamiento apriorístico, sino remitiéndose a las concretas características de cada situación societaria, BERGAMO, op. cit., Vol. II, pág. 692 y RUBIO, op. cit., págs. 250 y ss., en especial pág. 252, también el propio GIRON TENA en *Derecho de Sociedades*, cit. págs. 314-315.

<sup>131</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 1-7-1963, 11-5-1968 y de 15-11-1956.

(B) En consonancia con esta concepción del interés social, la concepción del voto del accionista como «potestad» o «función» parece poder rechazarse a la luz de la reglamentación positiva del instituto societario y ello particularmente, por un conjunto de razones derivadas del propio texto legal español en materia de sociedades anónimas. En primer lugar, no puede ignorarse el hecho de que la propia L.S.A. en su artículo 39, apartado tercero, califica al voto como uno de los «derechos» mínimos que la acción atribuye a su titular, teniendo además en cuenta que ni el precepto ahora comentado ni ningún otro de nuestra vigente Ley impone al accionista el deber u obligación de ejercitar el voto en Junta, idea de obligación que resulta característica propia del concepto de «potestad» o «función».

En este orden de ideas, tampoco existe en la actual reglamentación positiva disposición alguna que establezca la existencia de un deber genérico de abstención del accionista en el supuesto de que pueda encontrarse en una situación de conflicto de intereses con la sociedad. Independientemente de su deseabilidad o conveniencia, lo cierto es que L.S.A. no contiene ningún precepto que sirva de fundamento a la existencia del deber de abstención del accionista en el caso de colisión de sus intereses con el interés social, excepción hecha del concreto supuesto reflejado en el artículo 22, párrafo 3º de la Ley que prohíbe al aportante de bienes «in natura» participar en las votaciones relativas a la aprobación de la valoración que se haya asignado a éstas. Por tanto, la inexistencia de un deber de abstención generalizado para los casos de conflictos de intereses entre el socio y la sociedad entraña, en nuestra opinión, un argumento desfavorable en orden a la conceptualización del voto como «potestad» o «función»<sup>132</sup>. Así mismo, la configuración del voto como «potestad» y «función» haría inviable la posibilidad de delegación del mismo, lo que choca frontalmente con el artículo 60 de la L.S.A. que admite su delegación, salvo disposición expresa de los Estatutos y previa la observancia de los requisitos en dicho precepto señalados.

Por otro lado, el artículo 69 de la L.S.A. al señalar las personas legitimadas para impugnar los acuerdos sociales de carácter simplemente anulable indica únicamente tres tipos de personas: los accionistas ausentes, los accionistas disidentes que hayan hecho constar en acta su oposición al acuerdo y aquellos a los que se haya privado ilegítimamente de ejercitar su voto. Si nuestra Ley hubiera recogido

<sup>132</sup> En relación con la problemática de la existencia o inexistencia en nuestro sistema societario de un genérico deber de abstención del accionista en el supuesto de conflicto de intereses, conviene señalar en este momento que la doctrina mercantilista española, si bien reconoce de forma prácticamente unánime la inexistencia del deber de abstención desde la estricta óptica del Derecho Positivo, sin embargo se encuentra dividida acerca de la conveniencia de su admisión, al menos en vía teórica. Entre los autores partidarios de su admisión, destacan: DUQUE DOMINGUEZ, op. cit., págs. 113 y ss.; ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 292 y URÍA, Comentarios... cit., pág. 660. En contra de su admisión se han manifestado: GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Vol. 2, Madrid, 1947, pág. 963; GIRON TENA, Derecho de Sociedades Anónimas... cit., págs. 327; PEDROL RIUS, op. cit., págs. 149 y ss, en especial, págs. 156 y ss, con referencia a ciertas decisiones del Tribunal Supremo que, a su juicio, son demostrativas del rechazo a la existencia de una obligación de abstención a cargo del accionista en potencial conflicto de intereses con la sociedad. Véase también RUBIO, op. cit., págs. 254 y 255.

la concepción como «función» del voto del accionista, la legitimación para impugnar los acuerdos sociales de carácter anulable debería atribuirse no sólo a las personas anteriormente mencionadas, sino que esta legitimación debería de extenderse también a los mismos accionistas que hubiesen votado a favor de los acuerdos impugnables, ya que el voto se otorgaría, única y exclusivamente, para la protección del interés social, lo que justificaría la impugnación del acuerdo incluso por aquellos socios que hubieran cooperado con sus votos a la adopción del mismo.

Siguiendo con esta línea expositiva, si existiera un deber de protección al interés social y éste se infringiera de manera negligente o maliciosa, aparecería una obligación reparatoria o indemnizadora que debería de venir claramente determinada en la Ley<sup>133</sup>, sin embargo nuestra vigente Ley societaria no ha tomado en consideración las posibles responsabilidades en que pudiera incurrir el accionista al ejercitar su voto en Junta; tal omisión en una Ley moderna «nos ha de llevar forzosamente a presumir que el legislador español no preveyó responsabilidades para los accionistas, porque estimó que no podrían producirse, y si no pueden producirse, es porque se prescinde de cualquier idea de deber»<sup>134</sup>.

Finalmente, en contra de la concepción del voto como «potestad» o «función» también juega el reconocimiento a favor del accionista de la posibilidad de llevar a cabo concretos actos de disposición sobre el voto, los cuales son tolerados por la propia ley de sociedades anónimas, tales como la delegación, o la atribución de su ejercicio al usufructuario o al acreedor pignoraticio si así lo permiten los Estatutos.

Estas consideraciones han impulsado a la doctrina mercantilista española a configurar el voto del accionista como un auténtico «derecho» y no como una «potestad» o «función», tal y como lo conceptúan los partidarios de las tesis o tendencias institucionalistas<sup>135</sup>, postura ésta que se ha visto refrendada por algunas decisiones de nuestro Tribunal Supremo<sup>136</sup>.

Por último, es necesario constatar que un representativo grupo de mercantilistas patrios, partiendo de la aceptación del carácter del voto como un «derecho» y no como una «función», han puesto de manifiesto la relación existente entre el voto y la promoción del fin común<sup>137</sup>, destacando, acertadamente en

<sup>133</sup> Véase en este sentido PEDROL RIUS, op. cit., pág. 146 y ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 127.

<sup>134</sup> V. PEDROL RIUS, op. ant. cit., loc. ult. cit.

<sup>135</sup> Véanse, entre otros: OLIVENCIA, Algunas cuestiones sobre el derecho de voto en A.A.M.N., Tomo XVII, págs. 267 a 287; BERGAMO, op. cit., Vol. II, págs. 354 y 363; GIRON TENA, Derecho de Sociedades Anónimas... cit., pág. 204 y en Derecho de Sociedades... cit., pág. 315; ALBORCH BATALLER, op. cit., págs. 126-128; PEDROL RIUS, op. cit., págs. 105 y ss., en especial, pág. 126; GARRIGUES, Tratado... cit., pág. 952; LANGLE, Manual de Derecho Mercantil español, tomo I, Barcelona, 1950, pág. 597; BROSETA PONT, Manual de Derecho Mercantil, 1977, Madrid, págs. 229-230; URÍA, El derecho de voto del accionista en Rev. Crit. de Derecho Inmobiliario, I, 1943, págs. 65 y ss; VICENTE Y GELIA, Curso de Derecho Mercantil Comparado, Zaragoza, 1960, págs. 195 y ss; SANCHEZ-CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid, 1981, pág. 176; MENENDEZ, Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima, Madrid, 1974, en especial, pág. 36.

<sup>136</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 19-4-1960, 21-5-1965, 27-10-1972, 17-11-1972, 14-5-1973, 11-10-1973 y 14-3-1974.

<sup>137</sup> V. GIRON TENA, op. cit., pág. 315.



nuestra opinión, que aún cuando el voto se conceda al socio para la defensa de sus intereses como tal en el seno de la corporación, no puede olvidarse que mediante su ejercicio, el accionista no sólo actúa sobre su propio interés, sino también sobre los intereses de los restantes socios, lo que alejaría al voto de la categoría de los «derechos subjetivos puros»<sup>138</sup>, acercándole a la categoría de los derechos subjetivos colectivos o a la categoría de los derechos-función, conceptos que permiten al accionista desenvolver sus propios intereses como socio al ejercitar el voto en la reunión asamblearia, pero imponiéndole la limitación de actuarlos siempre dentro del ámbito del interés común o colectivo de los miembros de la entidad.

<sup>138</sup> En este sentido parecen manifestarse ALBORCH BATALLER, op. cit., pág. 350; GIRON TENA, Derecho de Sociedades, pág. 315; PEDROL RIUS, op. cit., pág. 130 y DE LA CAMARA, Estudios de Derecho Mercantil, Vol. I, Madrid, 1972, pág. 422.