

# REFLEXIONES EN TORNO AL PRINCIPIO DE MAYORÍA EN LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

**MARIO SÁNCHEZ LINDE**

*Doctor en Derecho*

*Abogado del Ilustre Colegio de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

## **Extracto:**

**LA** Ley de Sociedades Anónimas de 1989 establece el principio de mayoría, o principio mayoritario para la adopción de acuerdos del órgano soberano de la sociedad, cual es la junta de accionistas. El principio de mayoría, así considerado, condiciona todo el proceso de adopción de acuerdos del órgano, y mediatiza incluso su estructura o tipología en tanto a la idea de colegialidad como método de organización corporativa en los fenómenos de Derecho privado.

La misma colegialidad, como sistema de organización colectiva, guarda estrechas relaciones con el principio mayoritario, dado que es dicho método o sistema el elegido por el legislador para estructurar el órgano social cuando también se impone legalmente la mayoría como parámetro de decisión.

Es el estudio del principio de mayoría y su aplicación en la junta de accionistas el objeto de este trabajo, basado en el origen y evolución del mismo principio, así como su instauración y desarrollo en la sociedad anónima. Ello sin olvidar la significación que la adopción del principio de mayoría puede tener en la práctica, en tanto a la realidad de las grandes o pequeñas sociedades, el poder que de ella se deriva para los socios más numerosos o pudientes económicamente, y la mayor o menor facilidad para adoptar acuerdos derivada del mismo uso de la mayoría, en contraposición a la utilización de la unanimidad.

**Palabras clave:** mayoría, colegialidad, junta, accionistas.

# REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF MAJORITY AT THE SHAREHOLDERS MEETING OF A LIMITED COMPANY

**MARIO SÁNCHEZ LINDE**

*Doctor en Derecho*

*Abogado del Ilustre Colegio de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Andrés DE LA OLIVA SANTOS, don Juan José BLANCO GÓMEZ, don Carlos José CABEZAS VELÁZQUEZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, doña Juana PULGAR EZQUERRA y don Jesús QUIJANO GONZÁLEZ.

## **Abstract:**

**T**HE joint-stock companies law of 1989 establishes majority principle for adoption in agreements of the sovereign organ of the society, what is the Meeting of Shareholders. The majority principle, thus considered, conditions all process of adoption in agreements of the organ, and even hypes its structure or typology in as much to the idea of Collegiality like method of corporative organization in the phenomena of private right.

Collegiality, like system of collective organization, bears close relation to majority principle, since it is this method or system the chosen by the legislator to structure the social organ when also majority like decision parameter prevails legally.

It is the study of majority principle and its application in the Meeting of Shareholders the object of this work, based on the origin and evolution of the principle, as well as its development in the joint-stock company. It can't be forgotten the meaning that the adoption of majority principle can be actually, according to reality of the great or small societies, the power that from her is derived economically for the most numerous of partners, and the major or minor ease to adopt agreements derived from the use of majority, in contrast to the use of the unanimity.

**Keywords:** majority, collegiality, meeting, shareholders.

# Sumario

- I. El principio mayoritario y la junta de accionistas. Planteamiento y caracterización general.
- II. El principio de mayoría como sistema decisorio. Origen y evolución.
  - II.1. El principio mayoritario en los fenómenos asociativos mercantiles de la Época Moderna.
- III. El principio mayoritario en las sociedades anónimas. Referencia a la colegialidad del órgano.
- IV. El principio de mayoría en la sociedad anónima. La junta de accionistas y el principio mayoritario.
- V. El procedimiento colegiado y la junta de accionistas de la sociedad anónima española.
- VI. Nota bibliográfica.

## I. EL PRINCIPIO MAYORITARIO Y LA JUNTA DE ACCIONISTAS. PLANTEAMIENTO Y CARACTERIZACIÓN GENERAL

La voluntad de la junta de accionistas de la sociedad anónima no se consigue a través del consentimiento unánime de los concurrentes a la misma. En las sociedades anónimas, el Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en adelante LSA) establece el funcionamiento del principio mayoritario para la adopción de acuerdos en la junta de socios, órgano soberano de la sociedad y del cual resulta la voluntad de la persona jurídica.

Así pues, la junta de accionistas de la sociedad anónima adopta sus acuerdos «por mayoría», tal y como propone el artículo 93 de la LSA. La adopción de este método decisorio mayoritario se establece de forma explícita para la misma asamblea en el primer párrafo de este precepto, en el que se estipula expresamente que «Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta»<sup>1</sup>.

Ciertamente, la adopción de un régimen de decisión mayoritario se presenta como una excepción en el marco del Derecho privado, donde la norma general de la autonomía de la voluntad suele implicar la exigencia habitual de unanimidad para vincular voluntades<sup>2</sup>. De esta forma y como es sabido, fuera de los dictados del Derecho público ningún individuo puede vincularse a la voluntad de otros si no es por propia voluntad; dicho de otra manera, en Derecho privado y conforme a las normas de la autonomía individual, nadie puede ser obligado o vinculado (*per se* o en su patrimonio) sin manifestar o mostrar su voluntad acorde con dicha obligación, esto es, sin el preceptivo *consentimiento*<sup>3</sup>. Así pues, este principio general se rompe en la asamblea de accionistas de la sociedad anónima.

<sup>1</sup> Artículo 93 de la LSA: «1. Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta.

2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general».

<sup>2</sup> *Vid.* artículo 1.254 del CC. En este sentido, véase también la RDGRN de 1 de abril de 1945, en relación con la contraposición de la regla de la mayoría en las sociedades anónimas frente a la unanimidad, que rige los negocios bilaterales.

<sup>3</sup> PALA BERDEJO considera exactamente que el principio de mayoría supone «en rigor, una excepción a los principios generales del Derecho privado; concretamente al dogma de la autonomía privada» (PALA BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», en *RdM*, 1965, pág. 68).

nima, donde el legislador parece haber sacrificado la autonomía del individuo en favor de la voluntad más numerosa y concordante del resto de los miembros del órgano <sup>4</sup>.

En un nivel general, los legisladores suelen adoptar el sistema de decisión mayoritario para las colectividades en aras de una mayor facilidad u «operatividad» en la adopción de acuerdos; así, se espera en la junta de accionistas una fluidez mayor en las decisiones que la que se podría obtener con el sistema de decisión unánime <sup>5</sup>, de forma que se pasa a considerar la suma matemática de voluntades coincidentes (mayoritarias en número) como el elemento determinante para decidir la voluntad común. Elemento que, a su vez, generará la adopción de los acuerdos en detrimento de las voluntades minoritarias.

Sin embargo, si bien la norma que impone el principio de la mayoría en los entes colectivos de Derecho público no atenta contra los intereses de los sujetos minoritarios o individualmente considerados (que pueden sacrificarse en aras del interés público o común) <sup>6</sup>, el principio mayoritario se imbrica difícilmente en el ámbito del Derecho privado, donde la fundamental norma *res inter alios acta aliis, nec nocet nec prodest* se opone a la adopción de acuerdos por mayoría, pues esta última ignora la voluntad de parte de los miembros (los menos o «minoría») que verían afectado o vinculado su patrimonio sin haber manifestado consentimiento <sup>7</sup>. Recuérdese, en este sentido, que el consentimiento –en Derecho privado– es el elemento clave o fundamental, mientras que en Derecho público lo es la *potestas*, siendo por lo tanto más consustancial y natural el principio mayoritario en el Derecho público que en el privado <sup>8</sup>, donde su utilización constituye, hasta cierto punto, un elemento extraño.

De manera abundante se ha dialogado y varias explicaciones doctrinales se han planteado en cuanto al origen y aplicación del principio mayoritario, en Derecho privado en general, y en su aplicación para las sociedades de capital en particular <sup>9</sup>. La mayoría de los autores basan su aplicación, para las sociedades de capital, en razones de funcionalidad ante la imposibilidad práctica de la una-

<sup>4</sup> Como expresa BÉRGAMO, para formar la voluntad social dentro de las sociedades anónimas, la ley «no se preocupa de las voluntades individuales aisladas de los socios», esto es, de las voluntades de los miembros consideradas individualmente (BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, V. II, Madrid, 1970, pág. 351).

<sup>5</sup> Vid. GALGANO, «Le storie parallele della maggioranza in politica e nell' Economia», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, Vol. 36, núm. 2, págs. 340 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, véase otra vez GALGANO, quien expresa que en Derecho público es algo más excepcional (incluso a veces inexistente) la protección a la autonomía individual del sujeto (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali*, Padua, 1960, pág. 36), no siendo extraño que por razones de autoridad o potestad normativa «l'individuo sia obbligato dalla volontà altrui» (GALGANO, *ibidem*, pág. 35).

<sup>7</sup> Véase otra vez PALA BERDEJO, quien considera que la norma *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* supone en cierto modo «una norma constitucional del orden jurídico», que además «se recoge en todos los sistemas jurídicos y forma parte del orden común mundial» (PALA BERDEJO, «El Cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, pág. 69); razón por la cual expresa de nuevo el autor que el principio mayoritario supone una norma «de carácter excepcional», que además «ha de ser interpretada restrictivamente» (PALA BERDEJO, *ibidem*). En el mismo sentido, y opinando que el principio mayoritario es útil no sólo para vincular patrimonios, sino también a «esferas de poder», véase JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 127.

<sup>8</sup> Vid. DAHM, *Deutsches Recht – Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, Stuttgart, 1951, págs. 218 y ss.

<sup>9</sup> BARASSI expresa que el principio mayoritario en Derecho privado es siempre una preocupación en el pensamiento de la Doctrina, y lo considera una «anomalía» (BARASSI, «Il principio maggioritario nel diritto privato», en *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, pág. 91).

nimidad<sup>10</sup>. Otros autores fundamentan su utilización no sólo con base en razonamientos funcionales, sino también estructurales, tales como la organización genérica de fenómenos asociativos<sup>11</sup>, la dotación a los mismos de personalidad jurídica, o la significación obligacional de los acuerdos resultantes como actos colectivos<sup>12</sup>. Incluso han surgido voces que han llegado a considerar tal principio mayoritario aplicable en defecto de norma expresa<sup>13</sup>.

En lo que respecta a la sociedad anónima española, la aplicación del artículo 93 de la LSA (el cual, y como se ha dicho, impone el principio mayoritario para los acuerdos de la junta de propietarios) es común al resto de sociedades de capital, como sucede, como ejemplo más próximo, en la sociedad de responsabilidad limitada; sin embargo y como se dice, asistimos globalmente en las sociedades de capital a una solución legal muy diferente a la norma general que rige en la generalidad de los fenómenos asociativos, donde la voluntad del individuo no se sacrifica a la voluntad del resto de la colectividad. En el tipo social relativo a la sociedad anónima, probablemente el legislador asume para la junta de accionistas una estructura basada en el principio mayoritario, principalmente en aras de evitar el lento y costoso funcionamiento que el principio de la unanimidad supone<sup>14</sup>. Ahora bien, ha de notarse que la ventaja de mayor funcionalidad también conlleva otro tipo de problemas y consecuencias, como es la bien conocida cuestión de la protección de las minorías, es decir, la indefensión de los socios minoritarios ante el resto de miembros que supongan o conformen mayoría numérica<sup>15</sup>.

En general, la decisión mayoritaria dentro de los fenómenos asociativos no es un *principio jurídico* perteneciente a las sociedades de capital, ni siquiera a las sociedades mercantiles globalmente consideradas<sup>16</sup>. Técnicamente y en lo que respecta al principio mayoritario, hemos de referirnos

<sup>10</sup> *Vid.*, por todos, SCHMIDT, D., *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, París, 1970, págs. 24 y 25.

<sup>11</sup> En este sentido quizá VALENTINI, quien se refiere a la mayoría como «un certo metodo di creazione dell'ordine sociale» (VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1968, pág. 299).

<sup>12</sup> *Vid.* LUZZATO, quien pretende imponer la idea de que el acuerdo mayoritario es el resultado jurídico de una obra común, en la que participa tanto la mayoría como la minoría (LUZZATO, *La coproprietà nel diritto italiano*, Turín, 1908, pág. 54).

<sup>13</sup> A estas variadas y heterogéneas explicaciones también se refiere PALA, sin decantarse ni optar expresamente el autor por ninguna de ellas (PALA BERDEJO, «El Cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, pág. 68).

<sup>14</sup> *Vid.*, por todos, GIRÓN, quien textualmente expresa que «en la imposibilidad de la regla de unanimidad, se brinda a los socios un sistema mayoritario, con la esperanza de que funcione en la forma antes indicada que exigiría el sacrificio de la individual interpretación del interés social en favor de la hecha por la mayoría» (GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 274). *Vid.* otra vez BARASSI, quien en general considera que en Derecho privado la mayoría aparece como una *alternativa* al principio de unanimidad, el cual viene indicado de forma natural, acorde con el proceso de la autonomía individual (BARASSI, «El principio maggioritario nel diritto privato...», *op. cit.*, págs. 87 y 88).

<sup>15</sup> La asunción por el legislador del modelo de decisión mayoritario se suele plantear en el tipo de sociedades mercantiles más utilizadas en la práctica, como la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, y quizá precisamente de la asunción de este principio provenga la mayor difusión o popularidad de estas sociedades. Sin duda la alta operatividad que implica el principio mayoritario también da lugar, como se dice en el texto, a otras dificultades que el mismo legislador debe contemplar, siendo la cuestión principal la defensa de las minorías o de los socios minoritarios (*vid.*, por todos, DUQUE, «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», en *RdS*, núm. 1, 1993). Igualmente, surgen con el principio mayoritario problemas interpretativos en orden a delimitar y entender *el contenido y la clase de mayoría* [y sus labores de cómputo o contabilización], frente a la siempre clara y fácilmente perceptible unanimidad.

<sup>16</sup> En este sentido se expresa SENA, quien textualmente señala: «Non si deve tuttavia ancora confondere, como si dirà meglio in seguito, la costruzione del principio maggioritario come principio generale del diritto, risultante pur sempre da una

más bien a un recurso práctico o instrumental, usado o impuesto por el legislador en diversas colectividades de individuos, ya fueran civiles, políticas, sociales o económicas, ello en virtud de sus caracteres peculiares<sup>17</sup>. Técnica, por tanto, a la cual las leyes recurren, e incluso moldean y adaptan cuando es necesario.

En términos globales, debe concluirse que la aplicación del principio de la mayoría se configura como un proceso complejo y que atiende a varios racionamientos, como se observará en posteriores párrafos. De cualquier forma, el principio de mayoría—conviene de nuevo decirlo—no se constituye en un instituto jurídico, ni siquiera de un principio jurídico puro, sino que asistimos a la presencia de una técnica legislativa que encuentra aplicación allá donde el legislador lo cree necesario, como es el caso de la sociedad anónima y su órgano soberano de la junta de socios<sup>18</sup>. Igualmente ha de señalarse que este carácter instrumental se ve reforzado igualmente por los fuertes rasgos aritméticos o matemáticos que el propio concepto de mayoría conlleva<sup>19</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE MAYORÍA COMO SISTEMA DECISORIO. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

En Europa continental, el principio mayoritario tiene su origen efectivo (y con *significación jurídica* propia en Derecho privado) en la baja o tardía Edad Media, dentro de los fenómenos asociativos surgidos en Centroeuropa, en relación a los sistemas jurídicos de influencia germánica y francesa<sup>20</sup>, y en menor medida en la Península itálica. Sin embargo, con anterioridad ya existieron intentos de justificar las decisiones mayoritarias, no en un aspecto estrictamente jurídico, sino más bien filosófico, ello principalmente dentro del ámbito institucional o de Derecho público<sup>21</sup>.

En general y como se dice, los intentos premedievales de aplicar el principio de mayoría para grupos o comunidades de individuos se desarrollan básicamente en relación a entes y decisiones de

---

ricostruzione sistematica di un dato ordinamento, con la ricerca di quegli elementi reali che stanno a fondamento della stessa norma» (SENA, *Il voto nella Assemblée della società per azioni*, Ed. Università degli studi di Milano, Milán, 1961, pág. 6, nota 6).

<sup>17</sup> Así y por todos, JAEGER, «Gli azionisti: spunti per una discussione», *Giur. comm.*, 1993, págs. 34 y ss.

<sup>18</sup> Como bien expresa GALGANO: «el principio mayoritario no es un instituto jurídico, es simplemente una fórmula jurídica. El principio mayoritario no tiene en sí mismo su propia razón de ser; la puede adquirir o no, dependiendo de dónde y cómo se aplica» (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali*, Padua, 1960, pág. 31, siguiendo a RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario: Profilo storico*, Ed. Bocca, Turín, 1927, pág. 113). En este sentido también parece situarse SENNA, quien señala que la expresión «principio mayoritario» indica una norma o un conjunto de normas complejo que describen una determinada especie en función de un determinado efecto jurídico (SENA, *Il voto nella Assemblée della società...*, *op. cit.*, pág. 5).

<sup>19</sup> *Vid.*, por todos, CARLON, «La formación de la mayoría en los acuerdos ordinarios de la SRL», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, V. II, Madrid, 1971, págs. 161 y ss.

<sup>20</sup> Según la opinión de GIERKE, los primeros fenómenos representativos del principio mayoritario irrumpen en Europa durante el siglo XIII, dentro de la comunidad germánica y también en la francesa (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza», en *Riv. soc.*, 1961, pág. 1.106).

<sup>21</sup> *Vid.* MADINA, *La Adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 253 y 254.

Derecho público, con el objetivo primordial de fundamentar modos de gobierno o composiciones asamblearias representativas. De esta forma, tempranamente ARISTÓTELES propone para la representación de miembros de la *polis* el principio *eo quod melius discerni possit in maiori numero*, en cuanto a que los más numerosos criterios deben ser los más acertados para gobernar<sup>22</sup>. Acerca también este autor la concepción del principio mayoritario a la idea de *democracia* griega<sup>23</sup>, fundamentando su propia validez de ser en la existencia de aquélla, la cual permite la mayor participación de todos los sujetos en el gobierno de la comunidad<sup>24</sup>.

Con posterioridad, y en Derecho romano surge una aplicación prioritaria del principio de mayoría en Derecho público (durante la época republicana, Principado, e incluso bien entrado el *Imperium*), considerándose decisivo en los entes colectivos estatales la *maior pars* en su máxima expresión<sup>25</sup>. Se constriñe así en Derecho romano la división entre principio unánime para las relaciones privadas y principio mayoritario para el Derecho público, incluyendo en este último sector las elecciones de cargos en las que participaba el pueblo, como sucedía de manera clásica en el nombramiento del *Tribunus plebis*. Esta maximización del principio mayoritario en Derecho público romano propicia que en Roma ya se llegue a utilizar el principio *refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem*, válido en todos aquellos casos en los que no exista o se proponga un criterio decisivo diferente, imponiendo pues la opinión de la mayor cantidad de los miembros en el acuerdo del órgano del Estado<sup>26</sup>.

En líneas generales, y dentro del propio entendimiento del Derecho romano, el principio de unanimidad se aplicaba rigurosamente en Derecho privado, aunque era prácticamente desconocido en Derecho público<sup>27</sup>. A *sensu contrario*, el principio de mayoría se excluía nominalmente en el Derecho privado y se aplicaba profusamente en Derecho público, como ya se ha visto, utilizándose para todas las decisiones que no provenían de un órgano unipersonal (Cónsul, el Cuestor o el Censor), o bien no existía otro criterio basado en la *auctoritas* de algún integrante o superior jerárquico<sup>28</sup>.

Así pues, en Roma tampoco el principio de mayoría se aplicaba a las uniones comerciales privadas reguladas por el Derecho *común*; cuestión lógica, por otra parte, ya que las organizaciones

<sup>22</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Tomo III, Caps. V y VII.

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *ibidem*, Tomo I, Cap. II.

<sup>24</sup> Argumento que posteriormente revisa Kelsen en el siglo XIX, dentro de su teoría general del Derecho y del Estado (*vid. Kelsen, Teoría general del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988 [Traducción de Eduardo García Máynez], págs. 289 y ss).

<sup>25</sup> Como paradigma de la aplicación del principio de mayoría en Derecho público romano, aparece el funcionamiento de decisión mayoritaria dentro de la institución del Senado. *Vid.*, por todos, MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano*, Ed. Jiménez Gil, Pamplona, 1999.

<sup>26</sup> Sin embargo, VITTA entiende el significado del *refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem* no como un principio jurídico, sino como un teorema extraído del espíritu práctico que inspira todo el Derecho romano (VITTA, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920, pág. 22).

<sup>27</sup> En Roma, entre otros argumentos, se aplicaba la regla de presunción *quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur* para justificar la unanimidad en Derecho privado (*vid. LEIGHT, «Un principio político medioeval», en Scritti vari di storia del diritto italiano*, T. I, Milán, 1943).

<sup>28</sup> Ello se explica, según GALGANO, en la concepción peculiar del individuo en Derecho romano, fundada en la autonomía del sujeto hasta el punto de casi ignorar la figura de la representación (GALGANO, *Il principio maggioritario...*, *op. cit.*, págs. 40 y 41).

comerciales que existieron en Roma eran consideradas como meras uniones asociativas, donde no existía un patrimonio de la empresa diferenciado del de cada uno de los asociados<sup>29</sup>. Dentro de este tipo de uniones, las más conocidas eran la *societas omnium bonorum* y la *societas unius negotiationis*. En la primera de ellas, el principio mayoritario como método decisorio ni siquiera llegaba a plantearse, ya que en suma la unión de bienes se componía con base en una sociedad de tipo familiar, donde se aportaban la totalidad de patrimonios de los miembros de la familia y no permitiéndose, en principio, la entrada de terceros. De esta forma, el poder de decisión absoluto correspondía al *paterfamilias*, o al designado por los mismos si había varios<sup>30</sup>. Por su parte, la *societas unius negotiationis* se conformaba como una unión temporal de bienes diseñada para llevar a cabo negocios de carácter internacional, básicamente con el objeto de la consecución de una simple operación mercantil o negocio, y donde también se decidía por unanimidad<sup>31</sup>. Igualmente y por unanimidad decidían las *commendas*, figuras surgidas más tardíamente pero también de notable aplicación en Roma, donde convivían socios capitalistas (que a menudo no se daban a conocer) con socios trabajadores<sup>32</sup>; y tan importante era el principio unánime en dicha unión que la *commenda* quedaba disuelta por la mera voluntad de alguno o cualquiera de los socios<sup>33</sup>.

En lo que a Derecho feudal se refiere, el principio de decisión mayoritaria tiene su origen en los entes semipúblicos, o participativos de los ciudadanos de la baja Edad Media, siendo el principal referente la asamblea germánica, donde por primera vez aparece el principio *minors pars sequatur majorem*, o, lo que es lo mismo, «la mayoría debe seguir a la minoría». Se imponía bajo este principio un deber «seguir a la mayoría», articulado como una obligación personal, y por tanto *coercitiva*. Así, bajo el principio *minors pars sequatur majorem* se obligaba al disidente a mutar o cambiar su consentimiento hacia la misma opinión o decisión que elegía el mayor número de miembros del órgano, antes de que la propia asamblea terminase o se diera por finalizada. Se consigue como resultado, al fin y al cabo, una decisión unánime obtenida de un modo coactivo o forzado<sup>34</sup>.

Con rapidez, el principio *minors pars sequatur majorem* pasó a transformarse de un deber obligacional y coactivo a una consideración de la mayoría como la propia totalidad de criterios, o mejor

<sup>29</sup> Recuérdese que en Roma no existía un derecho propio y autónomo de los comerciantes, rigiéndose también estos últimos por el *Ius civile*, que englobaba relaciones civiles y mercantiles de los ciudadanos romanos (concepto contrapuesto al *Ius gentium*, el cual regía las relaciones de los romanos con otros pueblos externos). Vid. por todos, DE BENITO MAMPEL, «Por qué Roma ignoró la separación del Derecho Civil y el Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, págs. 31 y ss.

<sup>30</sup> Vid. DI PIETRO-LAPIEZA ELLI, *Manual de Derecho Romano*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 299 y ss.

<sup>31</sup> CARAMES FERRO, *Curso de Derecho romano*, Ed. Abeledo-Perrot (9.ª ed.), Buenos Aires, 1964, págs. 325 y ss.

<sup>32</sup> Estas figuras gozaron de su máxima difusión durante el siglo II y posteriores, coincidiendo con la floreciente época romana del Principado y el alto Imperium (DI PIETRO-LAPIEZA ELLI, *Manual de Derecho romano...*, *op. et loc. cit.*).

<sup>33</sup> Liquidada ésta, cada miembro conservaba una *actio pro socio* donde todos podían ejercer un derecho de rendición de cuentas y de reparto de beneficio equitativo, todo ello dentro de las normas de la buena fè (DI PIETRO-LAPIEZA ELLI, *ibidem*).

<sup>34</sup> Efectivamente, dentro de la antigua asamblea germánica, pese a conocerse ya el principio puro de mayoría o *maior pars*, a ella no se llegaba a través de una auténtica votación, sino con impulsos coercitivos obligacionales, con lo que no se procedía a finalizar la propia asamblea hasta que todos sus miembros se encontraban unidos en una opinión común, coactivamente conseguida. Como dice GIERKE, «non si parlava di voto e di scrutinio; l'insieme dei partecipanti manifestava la propria volontà con mano comune e con bocca comune [mit gesamter Hand und umit gemeinem Munde]» (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, pág. 1.104).

dicho, una *extensión artificial* de la mayoría de opiniones a todos los miembros, todo ello de manera no coercitiva. Asistimos, por tanto, al principio *quod major pars curiae efficit pro eo habetu, ac si omnes egerint*, principio por el cual se empieza a considerar *jurídicamente* la existencia de unanimidad cuando aparezca una mayoría suficiente de criterios, sin un deber tangible de la minoría de seguir a la mayoría. Se elimina, por tanto, el elemento coercitivo en virtud de la utilización de una ficción jurídica relativa a la existencia de unanimidad<sup>35</sup>. Unanimidad que se sobreentendía o comprendía *jurídicamente* sólo en consideración a un número suficiente (normalmente amplio) de opiniones mayoritarias coincidentes, identificándose dicha circunstancia, por tanto y como se ha apuntado, con una existencia jurídico-ficticia de unanimidad de criterios. Este principio tuvo su máxima expresión dentro de la *Markgenossenschaften* alemana<sup>36</sup>, suponiendo ya un elemento precursor de la posterior consideración moderna del principio de mayoría. Pese al evidente salto cualitativo, sin embargo, dentro de la misma asamblea seguía sin atenderse a otros condicionamientos relevantes para la concepción moderna del principio de mayoría, como la consideración personal o específica al sujeto individual que expresaba el voto o contribuía a la misma<sup>37</sup>. En el mismo sentido, dentro de la *Markgenossenschaften* (y aunque la decisión de la asamblea se reconocía como «voluntad de todos») se siguen todavía observando elementos pertenecientes al *minors pars sequatur majorem*, como el relativo a que la formalidad de la proclamación del acuerdo final continuaba realizándose formalmente con una sola voz (y por ende y a nivel formal, con un solo criterio o de manera unánime)<sup>38</sup>.

Así pues, y dentro de la comunidad germánica, el principio mayoritario en suma se constituía como un deber jurídico impuesto por la necesidad de obviar las graves consecuencias que en asambleas tan heterodoxas y constituidas por miembros con intereses tan dispares (como lo eran la *Markgenossenschaften* o la *Bauergenossenschaften*) podía suponer la negativa de un miembro individual en cuanto a coartar al grupo en su proceder deliberativo<sup>39</sup>. Asistimos, por tanto, en Derecho germánico y en un nivel general, a una consideración hasta cierto punto evolucionada<sup>40</sup>, al contrario de lo que sucede en Italia, donde la existencia del principio mayoritario en esta época se desarrollaba con base en una parecida idea de funcionalidad, pero conseguida aún a través de un deber coercitivo, justificado en esta ocasión a través de una exacerbación del sistema feudal en el cual el deber de seguir a la mayoría se imponía coactivamente por parte de la autoridad competente<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> A esta «ficción jurídica» también se refiere GIERKE, al expresar que es «una finzione giuridica, in forza della quale la maggioranza ha lo stesso valore della totalità» (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, pág. 1.104). Dicha ficción, extensiva desde la mayoría a la unanimidad, también se daba en el Derecho canónico anterior según GIACCHI (GIACCHI, «La regola quod omnes tangit nel diritto canonico», en *Studi in onore di V. Del Giudice*, VI, Milán, 1953, págs. 339 y ss.).

<sup>36</sup> Aunque también en la *Bauergenossenschaften*, o unión de «campesinos», y por extensión, «unión de burgueses».

<sup>37</sup> Así opina GIERKE, quien expresa que los condicionamientos de ponderación relativos al sujeto que emite el voto se introdujeron mucho más tarde (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, pág. 1.106), aunque aquéllos no eran desconocidos en Derecho germánico (GIERKE, *ibidem*, pág. 1.111).

<sup>38</sup> Aunque de nuevo y sin embargo, GIERKE observa en esta última circunstancia indicios del origen de la colegialidad (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, pág. 1.106).

<sup>39</sup> *Vid.* RUFFINI AVONDO, *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Ed. Bocca, Turín, 1927, pág. 20 y ss.

<sup>40</sup> Aunque no moderna, pues como ya se vio, aún se carecía en el Derecho germánico de condicionamientos importantes relativos al sujeto que emite el voto (cfr. notas 37 y 38).

<sup>41</sup> Ello lo señala MADINA, quien textualmente expone que: «En Italia, por el contrario, se habla positivamente, en forma directa y generalizada: "decidirá la mayoría", como si la minoría no existiese. Aquí, el hecho de que se gobernase contra

Aparece así en Centroeuropa y en esta época una de las ideas más importantes introducidas por el Derecho germánico, y a la que se ha referido ampliamente la Doctrina, esto es, el abandono definitivo del principio *minor pars sequatur majorem*. Ciertamente y en términos generales, la Doctrina suele plantear que la ausencia de coercitividad implica una concepción del principio mayoritario como superación necesaria o estrato más desarrollado que la *unanimitad*, aunque es éste un concepto que, como ya se adelantó en referencia al Derecho italiano, en Derecho latino tardaría mucho más tiempo en aparecer (básicamente hasta el momento de la desaparición de normas imperativas que impongan a la minoría el deber de seguir a la mayoría). Así, en los ordenamientos mediterráneos medievales tardíos, dependiendo de la existencia de tal norma en un determinado ordenamiento y momento, el principio de mayoría podría existir o no, considerándose aquélla y la unanimidad como realidades diferentes, sin relación de superioridad o evolución entre las mismas <sup>42</sup>.

En general, se ha llegado a considerar al nombrado principio *quod major pars curiae efficit pro eo habetu, ac si omnes egerint* (superador del *minor pars sequatur majorem*) como el germen de la teoría «orgánica» u «organicista» elaborada por los autores alemanes en el siglo XIX, y que toma como origen la capacidad de hacer saber a los disidentes, así como a los ausentes (esto es, a todos los miembros del ente) que la voluntad general atribuida a la asamblea de la que forman parte (*Gesamtwille*) puede *extenderse* (referirse y vincular) también a ellos mismos, en tanto que miembros aunque no participantes <sup>43</sup>.

## II.1. El principio mayoritario en los fenómenos asociativos mercantiles de la Época Moderna.

En la Época Moderna, y dentro de los fenómenos asociativos de Derecho privado <sup>44</sup>, el fundamento de la utilización del principio mayoritario pasa a articularse de manera primordial y exclusiva como una función de utilidad, al margen ya de fundamentaciones filosóficas de épocas pasadas. Sin embargo y durante estos siglos, el legislador sigue siendo reacio, por lo general, a imponer *motu proprio* el principio de mayoría para los entes comerciales de Derecho privado. Efectivamente, el

---

la propia voluntad no se veía como anormal, ya que mediaba el convencimiento, por las experiencias feudal y aristocrática, que aun a falta de principio mayoritario habría que someterse a la voluntad ajena» (MADINA, *op. cit.*, pág. 254). GALGANO, sin embargo, quizá tratando de atemperar esa idea en su propio país de origen, propone que en los siglos XIV y XV, en la comunidad italiana se adoptaba el principio mayoritario por una razón idéntica a la que planteaba ARISTÓTELES, esto es, justificadora de la supremacía del criterio de algunos en virtud de la gobernabilidad, basada en torno a la idea de la participación (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali...*, *op. cit.*, pág. 52).

<sup>42</sup> Comenta GALGANO que «la razón del fenómeno, en realidad, es evidente» si se considera la diferente estructura entre la comunidad política medieval germánica y la latina (GALGANO, *ibidem*, págs. 50 y 51). Igualmente y en el mismo sentido, véase GIERKE, quien expresa que «Desde este momento se produce un extraordinario progreso de la concepción jurídica de la materia. La superación del deseo u opiniones no debe hacer depender la efectiva preponderancia de la violencia y la coerción, sino sólo es ahora un deber jurídico impuesto a la minoría. De la relación corporativa deriva para los miembros el deber de adaptarse, para la unidad de todos, al resultado de la votación y de edificar, con su adhesión, la voluntad de la mayoría al rango de la voluntad común» (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, pág. 1.108). Así opina el autor, aun en el caso de que formalmente el acuerdo mayoritario siga convirtiéndose en unanimidad.

<sup>43</sup> *Vid.* de nuevo GIERKE («Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, pág. 1.109) y GALGANO (*Il principio maggioritario nelle società personali...*, *op. cit.*, pág. 11).

<sup>44</sup> Nos referimos aquí al periodo de tiempo que media entre finales del siglo XV y el siglo XVIII.

legislador de esta época no es proclive a otorgar *ex lege* el principio mayoritario para las corporaciones asociativo-mercantiles privadas, principalmente asociaciones gremiales y compañías de transporte de mercancías, también intervenidas por el poder público en muchos casos <sup>45</sup>. Hay que recordar, de nuevo, que el principio de mayoría es en suma un elemento extraño al Derecho privado, derecho no del todo evolucionado aún en esta época.

De esta forma, son los propios miembros de la asociación –idea de reciente creación conceptual en la época– quienes se dan internamente y con carácter contractual el método mayoritario, debido a cuestiones de funcionalidad y en aras de una mayor operatividad decisoria del propio ente asociativo <sup>46</sup>. Recuérdese que en esta tesitura y a la sazón, la vinculación societaria de estas agrupaciones mercantiles solía basarse en un contrato limitado en su contenido y duración, en donde normalmente se planteaba una duración temporal de la sociedad por periodos de tiempo concretos, o destinados a la consecución de operaciones comerciales únicas (transporte de mercancías, comercio de ganado, o siembras por temporada). Sin embargo, cuando se daba la frecuente renovación de dichos contratos, se comenzó a implantar por parte de los socios intervinientes el principio de decisión mayoritario, a la par que paulatinamente se aportaba mayor cantidad de bienes a la sociedad, ya no sólo patrimoniales, sino también monetarios <sup>47</sup>. Parece coincidir, por tanto, esta consideración del principio mayoritario con la generalización de la concepción de la mayoría como método de decisión superador o más desarrollado –por su carácter operativo– que la unanimidad en el Derecho privado, idea ya planteada en épocas anteriores <sup>48</sup>. De esta forma, puede decirse que en esta época nace el principio mayoritario como iniciativa particular, basado en la idea de mayor funcionalidad así como en una necesidad *práctica* de los sujetos asociados bajo fórmulas de Derecho privado <sup>49</sup>.

En términos específicos, la manera concreta de materializar la imposición de este principio solía consistir en acordar los asociados, por *unanimidad*, que todos ellos se someten a partir de entonces a la regla de la mayoría en la toma de decisiones o adopción de acuerdos <sup>50</sup>; ello a efectos de conseguir

<sup>45</sup> El legislador y el poder público al que nos referimos es el Monarca, Rey o Soberano. Realmente, el origen de las primeras compañías auténticamente mercantiles aparece en esta época, debido al creciente aumento de las necesidades financieras y a la colonización de las Indias orientales y occidentales (VICENT CHULLÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 356).

<sup>46</sup> *Id.* MADINA, quien señala en este sentido y textualmente que «A partir de mediados del siglo XVII, los filósofos iusnaturalistas incorporaron la idea contractual de asociación» (MADINA, *op. cit.*, pág. 254).

<sup>47</sup> *Id.* BORY DE SPINETTO (Coord.) *Manual de Historia Económica*, Vol 1.º, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1981, págs. 37 y ss.

<sup>48</sup> *Ut. supra.* En este sentido opina GROSSI, aunque *a sensu contrario*. Presenta el autor a la idea de unanimidad como una fase necesariamente *anterior* a la introducción del principio mayoritario, una vez superada la concepción medieval (GROSSI, *Unanimitas*, en *Annali di storia del diritto*, 1958, V. II, págs. 231 y ss.). Es criticado este argumento por GALGANO, pues si bien coincide este autor que la mayoría puede ser una superación necesaria del principio de unanimidad, esto sucede sólo en algunos ordenamientos jurídicos concretos, con observación y dependencia del Derecho positivo (GALGANO, *Il principio maggioritario...*, *op. cit.*, págs. 48, 262 y 263).

<sup>49</sup> SENA se refiere a esta circunstancia como «origen histórico», frente al «origen filosófico» del principio de mayoría existente en épocas anteriores, principalmente fundado en conceptos de Derecho público. Comenta el autor que el propio surgimiento histórico de la figura del principio mayoritario –espontáneamente adoptado por los sujetos asociados– «*subsume*», en general, la totalidad del fundamento material de la justificación del principio que hacen otros autores (SENA, *Il voto nella Assemblea...*, *op. cit.*, pág. 6).

<sup>50</sup> Así lo expone MADINA, quien señala que esa vinculación (unánime) se realizaba en el contrato original o fundacional. Indica así el autor que «en el contrato social originario los asociados acuerdan por unanimidad someterse a las más idóneas

una mayor practicidad, como se ha dicho, pero también una mayor longevidad en la actividad de la corporación mercantil, pues como también se apuntó, la unión contractual de los sujetos solía ser limitada en el tiempo. Y lo dicho sobre todo en lo que atendía a las uniones de comercio marítimas, las cuales solían deshacerse frecuentemente después de la llegada a puerto de la mercancía, por la disparidad de criterios de los miembros o propietarios de la compañía en cuanto a la ordenación y desarrollo de su posterior reventa<sup>51</sup>. Destacaba así y en este sentido, la *Magna Societas Alemanorum*, unión comercial paradigmática germana originada en el siglo XV y desarrollada en el XVI. Se trataba en principio de una sociedad de carácter familiar, que decidía en su origen unánimemente; posteriormente y con la apertura de la participación en la sociedad a terceros, con el consiguiente aumento de percepción de capitales –y subsiguiente dedicación al comercio al por mayor interfronteras– comenzó paulatinamente a adoptarse el principio mayoritario dentro del contrato asociativo<sup>52</sup>.

Se abandonan definitivamente así, en esta época y por tanto, las fórmulas *coercitivas* o *extensivas* en cuanto a la aplicación del principio mayoritario, sustituidas en beneficio de un deber contractual propuesto voluntariamente por las partes. En este sentido, es la doctrina italiana la que primero se percata de esta circunstancia. Ciertamente, dentro del desarrollo de la teoría contractual italiana ha surgido con fuerza la idea de que el principio de mayoría de decisión debe provenir de un contrato o acuerdo unánime acordado por todos los miembros de la colectividad<sup>53</sup>, justificando este pensamiento con base en la influencia de los movimientos de pensamiento humanista que se desarrollaron en esta misma época dentro del marco de la consideración general asociativa o comunitaria innata al ser humano<sup>54</sup>.

En general, la concepción del principio de mayoría propia de la época moderna (como método decisorio basado en la dejación expresa de los socios partícipes a través de contrato) no ha dejado de provocar justificaciones doctrinales más recientes, en el momento en que el propio legislador pasa a imponer el principio mayoritario *ex lege*. La doctrina italiana suele basar el establecimiento legal y normativo del principio mayoritario en las sociedades mercantiles modernas como una consecuencia de la naturaleza contractual de la sociedad, recurriendo a figuras asociativas, si bien de

---

reglas de la mayoría, para que la sociedad perdure y tenga propia capacidad de actuar» (MADINA, *op. cit.*, pág. 254, siguiendo a GIERKE).

<sup>51</sup> En general, eran abundantes las sociedades que se liquidaban inmediatamente cuando el fin comercial era alcanzado o culminado, reintegrándose a los socios de forma automática los aportes y los beneficios. Así operaban, por ejemplo, las bien conocidas *commendas* medievales, basadas en las romanas y cuyo apogeo aconteció en la Florencia del siglo XV y en la Bolonia del siglo XVI (vid. NISSEN, *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 30 y ss.). Vid. igualmente y por todos, GARCÍA SANZ - MADURELL MARIMON, *Comandas Comerciales barcelonesas de la baja Edad Media*, Barcelona, 1973.

<sup>52</sup> Vid. ZALDÍVAR, MANOVIL, RAGAZZI, ROVIRA y SAN MILLÁN, en *Cuadernos de Derecho Societario*, T. I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1973, págs. 2 y ss.

<sup>53</sup> Vid., entre otros, SERRA. Indica el autor que, de esta forma, la unanimidad se debe articular como un límite máximo de la mayoría en cuanto a su disposición por parte de los miembros de la asociación, se entiende, reunidos siempre en asamblea (SERRA, «L'assemblea: procedimiento», en COLOMBO y PORTALE [Dirs.], *Trattato delle società per azioni*, Turín, 1994, págs. 53 y ss.).

<sup>54</sup> Se refieren sobre todo los autores italianos a la corriente de pensamiento iusnaturalista surgida en el siglo XVIII, poniendo como ejemplo el pensamiento de ROUSSEAU o HOBBS (vid. ROUSSEAU, *El contrato social*, Cap. II.; y HOBBS, en *De cive*, Cap. VI).

forma no totalmente convincente <sup>55</sup>. En Alemania, en cambio, para explicar el principio mayoritario otorgado positivamente *ex lege*, la clave se busca en torno a teorías basadas en la organicidad y en el carácter corporativo de los entes donde se aplica. Efectivamente, los autores alemanes suelen considerar la aplicación del principio de mayoría por parte del legislador basado en la concepción corporativa del fenómeno asociativo (*Korporative Ausgestaltung der Verbände*), y no en la aplicación extensiva de la figura del contrato <sup>56</sup>.

De esta forma y bajo consideración doctrinal germana, no podía el legislador todavía aplicar el principio mayoritario a los entes mercantiles de la época moderna, por falta aún del elemento corporativo de la *personalidad jurídica* del propio ente, elemento básico para el funcionamiento y aplicación del más desarrollado y evolucionado principio de decisión mayoritaria. Y lo dicho porque aquéllos entes eran concebidos, conforme la misma doctrina, básicamente como una mera agrupación de individuos unidos por un fin de lucro, por lo que debe entenderse que la figura de la persona o sujeto individual todavía es prevalente y el consentimiento, por tanto, debe seguir siendo unánime (otorgado por todos y cada uno de los miembros de la agrupación) <sup>57</sup>.

De cualquier forma, en la Edad Moderna ya se conocía y aplicaba la idea relativa al individuo *in his quae sunt comuna pluribus uti universis sufficit maior pars* en relación a algunas colectividades gremiales <sup>58</sup>, y en las compañías coloniales los miembros también solían otorgarse el principio de mayoría en el reducto de poder de decisión y control que les dejaba la *Carta Real*, o el mandatario o representante de la Corona <sup>59</sup>.

Es el Código de Comercio francés de 1807 <sup>60</sup> el que impone por primera vez con *carácter general* el principio mayoritario para las sociedades mercantiles, obteniendo éstas por fin una significación auténticamente privada, y superándose su originario carácter de institución de Derecho público o estatal, lo que implica que la voluntad social se forme por fin en virtud de la mayoritaria de los

<sup>55</sup> Así, PREITE, «Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare», en *Riv. soc.*, 1988, págs. 374 y ss.

<sup>56</sup> Vid. GIERKE, quien expresa que si el deber de seguir a la mayoría era propio de la asociación simple (*Genossenschaftsbegriff*), la extensión automática de la mayoría a la voluntad de la totalidad es propia del más desarrollado concepto de «*Körperschaftsbegriff*» (GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, V. II, Berlín, 1873, págs. 635 y ss.).

<sup>57</sup> Dentro de la transformación de la asociación en persona jurídica, según GIERKE, es donde debe operar el principio de la mayoría; solamente bajo esa tesitura es cuando se puede reconocer eficacia vinculante y unitaria a la colectividad, en tanto existencia del mayor número de los socios que no disienten (vid. GIERKE, *ibidem*; y de la misma obra y autor, *Die Staatsund Korporationslehre des Alterthums*, Berlín, 1881, págs. 155 y ss.). Véase también GALGANO, aunque con matices y críticas (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali...*, op. cit., págs. 5 y ss.).

<sup>58</sup> Sobre todo en comunidades agrícolas y ganaderas. Vid. BOIX RASPALL, *El elemento mercantil y la universalización del Derecho en los pueblos mediterráneos durante la Edad Media*, Barcelona 1912. Vid. igualmente GARCÍA SANZ, «Estudios sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo», en *AHDE*, 1969, págs. 213 y ss.

<sup>59</sup> En este sentido, véase otra vez CHULIÁ, quien señala que «Las "Compañías de Indias" son una creación del Monarca, mediante el «octroi» que las regula minuciosamente o bien sienta las bases de su regulación posterior por los interesados», aunque no se expresa el autor en referencia concreta al principio de mayoría para la toma de decisiones o adopción de acuerdos (VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, op. cit., pág. 358).

<sup>60</sup> «Code Napoleon» de 1807.

accionistas <sup>61</sup>. Dentro del Código se observa, sin embargo, una marcada diferenciación en cuanto a sociedades comerciales genéricas (que denomina colectivas) y las sociedades de capital (que divide entre aquellas que denomina simplemente «empresas» y las sociedades anónimas). El principio mayoritario puramente *positivo* se encomendaba a estas últimas, ya que acorde con el propio Código, en esta sede los socios limitaban su responsabilidad y no necesitaban ser identificados individualmente en la firma o razón social <sup>62</sup>.

La imposición *ex lege* del principio mayoritario repercutirá en la exigencia para su transformación en acuerdo social de un riguroso procedimiento formal y procedimental, exigido y aplicado al *órgano* <sup>63</sup>. Dicha cuestión se analizará en el punto posterior.

### III. EL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. REFERENCIA A LA COLEGIALIDAD DEL ÓRGANO

Dentro del siglo XIX, el legislador europeo comienza a proponer *ex lege* el principio mayoritario para las sociedades anónimas, empezándose a sancionar legalmente el principio de mayoría y alejándose, por tanto, de la aplicación privada del mismo que se realizaba en la Época Moderna. Así, los Códigos de Comercio alemán (1861) y austríaco (1897) adoptaban el principio mayoritario para ciertas sociedades de capitales, cosa que ya había hecho el Código de Comercio napoleónico francés de 1807. Probablemente, el propio legislador se concienza en esta época de la complejidad que comporta la organización de las compañías mercantiles (con un aumento de sus miembros y, en general, un rápido crecimiento por causa del desarrollo y expansión del capitalismo incipiente de la época), necesitándose así de un criterio de decisión mayoritario y no unánime <sup>64</sup>. Consecuentemente, el legislador continental de esta época generaliza y propone *ex lege* el principio mayoritario en la asamblea de miembros de las sociedades anónimas, debido principalmente a la ya nombrada complejidad de la gestión societaria, los frecuentes abandonos e incorporaciones de miembros, y, en general, la dificultad implícita de alcanzar acuerdos a través de *unanimidad* en el *órgano* <sup>65</sup>. No sucede lo mismo

<sup>61</sup> Aunque en el mismo Código todavía se necesitaba autorización gubernativa para la creación de empresas, obligación que se perpetuó en Francia hasta 1867. En general, el Código de Comercio napoleónico de 1807 tuvo una importante repercusión e influencia en los subsiguientes textos codificados normativos europeos, como fueron el español de 1829, el portugués de 1830, el italiano de 1856, e incluso en el Código alemán de 1861.

<sup>62</sup> Vid. OTAEGUI, *Concentración Societaria*, Ed. Abaco [Rodolfo Depalma], Buenos Aires, 1984, págs. 26 y ss.

<sup>63</sup> En este sentido y con referencias históricas, *vid.* por todos, ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos en la Sociedad Anónima», en AAMN, XXX, II, 1991, pág. 131.

<sup>64</sup> Vid. GAIN y DELASI, *Assemblées d'actionnaires et Conseil d'administration*, París, 1937, págs. 5 y 6.

<sup>65</sup> La dificultad operativa de la unanimidad para la adopción de acuerdos en las complejas sociedades de capital es señalada por JUSTE, quien textualmente expresa que «Las anteriores normas, manifestación de la supremacía del principio mayoritario en las sociedades de capital, tienen idéntica fundamentación que la vigencia de este último: la necesidad de ofrecer una institución funcional, no sometida a la voluntad de cada uno de los socios, especialmente cuando se trata de una sociedad con accionistas cambiantes y estructura impersonal. La mayoría será libre de decidir el cambio de las normas contenidas en los estatutos sociales» (JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría...*, *op. cit.*, pág. 184).

en las sociedades personalistas, donde la mayor parte de los ordenamientos del siglo XIX siguen conservando la unanimidad en su órgano decisorio para los actos de disposición <sup>66</sup>.

Reaparece doctrinalmente, por tanto, la discusión sobre la fundamentación del principio de mayoría en lo que respecta a los órganos colegiados en general, y su aplicación y funcionamiento en las asambleas de las sociedades de capital en particular, sabiendo otra vez de las reticencias doctrinales de la época, basadas, sobre todo, en una visión contractualista que parece implicar la unanimidad –sobre todo para asuntos de especial relevancia– <sup>67</sup>. De nuevo, y bajo esta tesitura, pueden distinguirse dos grandes tendencias de argumentación, una en Italia y la otra dentro de la doctrina germana. En la creencia italiana se concibe la ley de la mayoría, impuesta por el legislador, como un método funcional de adopción de acuerdos –más fluido que la unanimidad– y cuyo fundamento jurídico es la voluntad contractual de los que participan en el acuerdo <sup>68</sup>.

En Alemania, por el contrario, continúa la concepción de la aplicación del principio de mayoría limitado a los entes con personalidad jurídica, y se fundamenta la aplicación del principio mayoritario por parte del legislador en la causa del desarrollo evolucionado de la estructura general de las sociedades de capital en esta época, entendidas como corporaciones y siempre gozantes de personalidad jurídica <sup>69</sup>. Igualmente, y por influencia de la teoría orgánica que se desarrolla en este país durante este periodo, el argumento evoluciona, pasando a considerarse ahora que la *colegialidad* del órgano en donde se vaya a aplicar el principio de mayoría es lo que permite la aplicación concreta del principio, incluso en entes sin personalidad jurídica. Así, la personalidad de los miembros de la asociación se diluiría dentro del colegio (donde se subordinan voluntariamente unos intereses a otros), ello permitiendo que pueda decidirse no ya por unanimidad, sino por mayoría en dicho órgano, siempre que el mismo esté organizado colegiadamente <sup>70</sup>.

En general, debe decirse que la colegialidad es un método o sistema de organización colectiva, el cual se estructura con base en una concepción igualitaria de los miembros pertenecientes al mismo <sup>71</sup>. De esta forma, suele entenderse doctrinalmente que un órgano se estructura en un colegio

<sup>66</sup> Así, el antiguo artículo 119 del HGB alemán exigía la unanimidad para los actos de disposición de la sociedad colectiva y comanditaria simple, así como en todo caso para su acto constitutivo. En los mismos términos se expresaba, para todas las sociedades personales, el artículo 534 de la redacción original del Código de Obligaciones suizo de 1881.

<sup>67</sup> *Vid.*, por todos, ESPINOSA ANTA, «Derechos esenciales y protección a la minoría en la Sociedad Anónima», *RdP*, 1976 (LX), págs. 40 y ss.

<sup>68</sup> Así OSTI (*contratto, concetto e distinzione*, Turín, 1938), que se refiere al contrato en general como una unificación de voluntades propuestas para un común objetivo. Menosprecia por tanto el autor el contenido en el contrato de la minoría, pues esas voluntades, según él mismo establece, «pueden tener contenido opuesto». *Vid.* también BOLAFFI, *La società semplice: contributo a la teoria delle società di persone*, Ed. Giuffrè, Milán, 1975, *passim*.

<sup>69</sup> GALGANO vuelve a criticar esta orientación, considerando que la introducción del principio de mayoría debida a la existencia de personalidad jurídica no es válida para todos los ordenamientos, como los latinos, simplemente observando la influencia de su historia constitucional (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali...*), *op. cit.*, págs. 54 y 55).

<sup>70</sup> *Vid.* GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, Vol. IV, Graz, 1954, págs. 134 y 135.

<sup>71</sup> Técnicamente la palabra «colegio» o «*collegium*» provendría de la unión latina de los términos «*co-lex*», esto es, «regidos por la misma ley» (*vid.* AA.VV., *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1.ª Edición, Objetiva Ltda., Río de Janeiro, 2001, pág. 758). Sin embargo, otros autores consideran que el vocablo tiene su origen en la expresión latina *colligere*, que posee los significados de «reunir», «relacionar» o incluso «recoger» (DARLING BUCK, «Notes on Latin Orthography», en *The Classical Review*, Vol. 13, núm. 3, págs. 156 a 167).

o *colegiadamente* cuando está compuesto de miembros regidos por un mismo estatuto o normativa, con unidad de acción, y con unos estrictos procedimientos y garantías formales que aseguren sobre todo la deliberación y la formación o adopción del acuerdo por todos los participantes<sup>72</sup>. Lógicamente, tal sistema se articula principalmente en torno a fenómenos de Derecho privado<sup>73</sup>.

Como precedente paradigmático de organización colegiada se suele reconocer e identificar a los colegios de artesanos y profesionales fundados en Roma por el Rey Numa Pompilio (s. VII a.C.), quien, con el ánimo de acabar con las disputas entre elementos rivales de personas dentro de su heterogéneo reino (surgidas básicamente por la existencia de distintas religiones y sobre todo por la diferenciación social entre ciudadanos romanos y no ciudadanos), estableció una religión común, organizando a los ciudadanos en curias y tribus, y a los artesanos en corporaciones denominadas *collegia* o *collegium*, destacando los colegios de artesanos (*Collegia artificorum*) y sobre todo los colegios de arquitectos (*Collegia Fabrorum*). Estas asociaciones privadas tenían el derecho de conformar sus reglamentos propios, y de negociar contratos civiles y religiosos (lo que implica, por tanto, una personalidad jurídica básica o rudimentaria)<sup>74</sup>.

En general, y a nivel estrictamente jurídico, la organización colegial (*collegium*) implica la unión de diversas personas bajo un mismo estatuto, con unidad de acción y propósito, a efectos de que su reunión pueda dictar acuerdos comunes a todos los participantes, siempre que se den las condiciones adecuadas<sup>75</sup>. Estas condiciones o requisitos, para el órgano donde se implante la organización colegiada, han de ser *materiales* y también *formales*. Materiales por permitir a la minoría disenter de la decisión global o común, otorgándole además elementos de acción jurídica para impugnar el acuerdo resultante contrario a su voluntad, o defender en su caso sus derechos individuales ante el resto del colectivo. Igual o mayor importancia tienen si cabe los requisitos formales y procedimentales, concibiéndose en este marco con una exigencia rigurosa o severa, que puedan asegurar el proceso de formación de voluntad mayoritario, siempre menos evidente y seguro que la unanimidad<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> DAGTOGLOU propone como definición de colegio la siguiente: «Kollegialorgan ist ein Organ, das aus mehreren gleichberechtigt zusammenwirkenden und in einer rechtlichen Einheit organisierten Personem besteht» (DAGTOGLOU, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960, pág. 44). Por su parte, VENDITTI define la organización colegial como «strumento perchè venga ad esistenza un atto dotato di unitaria rilevanza giuridica e generale efficacia nei confronti di tutti i partecipi del gruppo in quanto costituiti dalla legge in collegio» (VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Nápoles-Génova, 1955, pág. 2).

<sup>73</sup> En su origen, la colegialidad surgió como organización estructural colectiva adecuada para la conformación de una voluntad horizontal, que se contraponen con el verticalismo propio de la jerarquía real o absolutista, esto es, propia de los entes públicos (*vid.* DAGTOGLOU, *ibidem*, págs. 13 y ss.).

<sup>74</sup> Disfrutaban también estos «collegia» a veces de inmunidad fiscal cuando colaboraban con tareas estatales o de obras públicas (*vid.* NAUDON, «Los orígenes religiosos y corporativos de la Franco-Masonería», en *Historia y Tradición*, Ed. Dervy, París, 1953).

<sup>75</sup> Véase también VALENTINI, quien establece en una definición amplia que «il collegio è un congegno a struttura pluripersonale che può svolgere attività giuridicamente rilevanti» (VALENTINI, *op. cit.*, pág. 16).

<sup>76</sup> El devenir procedimental concreto del colegio deberá ser planteado por alguna norma superior, o en su caso por causa de un pacto suscrito por todos los miembros del mismo. A los fuertes rigores procedimentales de la organización colegial se refiere VENDITTI, expresando que en el caso de existencia de colegio debemos asistir a una asamblea constituida y dotada de una *disciplina* más compleja en el modo de actuar y en sus actos, «que se manifiesta normalmente con una mayor cuidada o esmerada reglamentación formal» (VENDITTI, *op. cit.*, pág. 60).

Fue en el siglo XVI cuando se comenzaron a plantear principios que asocian la organización *colegiada* a una decisión colectiva realizada por *mayoría*. Encontramos el máximo exponente de lo dicho en el estudio y reestructuración medieval del *Corpus Iuris civilis*, donde se distingue entre *omnes ut universi* y *omnes ut singuli* <sup>77</sup>. En el primer caso, el principio *omnes ut universi* se aplica a la colectividad de individuos cuando éstos interactúan bajo una actividad organizada en grupo homogéneo (y no meramente agrupativo), y es bajo esa condición cuando se equipara la voluntad de la mayor parte de ellos a la del todo; puede decirse, en ese caso, que la colectividad actúa como *universitas* o *collegium*. Ello se materializaba en el principio *quod maior pars facit totum facere videtur*, el cual implicaba una voluntad mayoritaria entendida como voluntad del órgano *ab origine*. Por contra, en el segundo supuesto, esto es, en el principio *omnes ut singuli*, solamente se observa una simple actuación colectiva, meramente sumativa de individuos e intereses, donde seguiría persistiendo la unanimidad como principio de decisión. Posteriormente la idea de *universitas* o *collegium* se desarrolla, y la decisión mayoritaria como decisión global derivada del órgano encuentra su fundamento ya en concretos argumentos materiales y formales. A nivel formal, en la decisión colegial empiezan a suponerse normas procedimentales adecuadas, idóneas para asegurar que la voluntad mayoritaria se obtiene correctamente, siendo éstas las típicas formalidades de convocatoria, quórum mínimo, reunión, deliberación y soporte documental <sup>78</sup>. En general, debía entenderse sobre todo que el colegio había sido legítimamente congregado y convocado, y bajo estas circunstancias es cuando podía entenderse que los miembros decidían «juntos», esto es, *simul et communiter*, o *colegialiter et simul* <sup>79</sup>.

A un nivel material y dentro del colegio se pretende que la voluntad unitaria del grupo se base en la idea de *deliberación* ente miembros *iguales*, lo que dará como resultado una voluntad común (o común mayoritaria). Destaca igualmente en este sentido (esto es, deliberación y decisión entre miembros iguales) un grado más de evolución naciente de la distinción entre *uti universi* y *uti singuli*, cual es el reconocimiento de ciertos derechos inderogables pertenecientes a los socios e inatacables por la mayoría, germen del nacimiento de la figura de los *jura singulorum* o «sonderrechte» en derecho alemán. Estos derechos individuales del socio (derecho de separación en ciertos casos, derechos políticos de información o participación, etc.) no pueden ser atacados dentro del *collegium*, lo cual parece suponer y alcanzar, para ciertos autores, el mayor grado de evolución del propio sistema colegial <sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Vid. MADINA, *op. cit.*, pág. 254. Nos referimos aquí a la serie de glosas realizadas en el siglo XVI sobre la compilación original, esta última ordenada por el emperador Justiniano con ánimo de recopilar todo el Derecho romano y cuya realización data del año 534 d.C. De esta forma, y por causa de la propia glosa de la época post-medieval, se empezó a conocer la obra con el sobrenombre de *Corpus Iuris civilis* («cuerpo» o «tratado» de Derecho civil), denominación venida a más por llevar este título la primera edición completa de las *Glosas*, publicada por Dionisio Godofredo en Ginebra y en el año 1583 (vid. AA.VV., *Enciclopedia Moderna. Diccionario Universal de Literatura. Ciencias, Artes, Agricultura, Industria y Comercio* [Ed. Mellado], T. XI, Madrid, 1852).

<sup>78</sup> En cuanto a la cantidad de presupuestos procedimentales propios del sistema colegial, los principales ya fueron sistematizados en el siglo XVII por BAUTISTA VALENZUELA: ánimo de reunirse en asamblea, con conciencia de reunión colegiada («*congregatio fuisset facta animo expresso constituendi Universitatem...*»), previa convocatoria de la forma acostumbrada («*debebant omnes esse convocati solemniter...*») y quórum preciso («*debebant ad minus concurrere duae partes nobilium status nomine*») (BAUTISTA VALENZUELA, *Liber Secundus consiliorum sive responsorum iuris, Consilium CLXVIII, Ed. Tip. María de Quiñones*, Madrid, 1653, citado por ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos en la Sociedad Anónima», en AAMN, XXX, II, 1991, pág. 132).

<sup>79</sup> El principio «*simul et communiter*», en contraposición al «*separatim consentire*», también es señalado por GIRÓN TENA (*Derecho de Sociedades Anónimas...*, *op. cit.*, pág. 290).

<sup>80</sup> Vid., por todos, ALEXANDER, *Die Sonderrechte der Aktionäre*, Berlín, 1892.

Los argumentos materiales planteados en el párrafo anterior fueron los elementos que la teoría orgánica alemana principalmente desarrolló para justificar el funcionamiento del principio mayoritario en las sociedades de capital, evolucionando así desde el clásico requisito de la personalidad jurídica del ente<sup>81</sup>. Se centra ahora la atención en la idea de la colegialidad aplicada a la deliberación en *grupo organizado* e igualitario, ello junto con la protección a las minorías en sus derechos inderogables, así como la posibilidad de impugnar la decisión ante un ente jurídicamente superior. En la doctrina italiana, por el contrario, se centró el estudio de la colegialidad en sus elementos formales y procedimentales, configurándose éstos como los requisitos necesarios e indispensables para asegurar la válida consecución de la mayoría, implantada ésta como un condicionamiento más en las sociedades de capital<sup>82</sup>, y dada desde el ordenamiento jurídico aplicable<sup>83</sup>.

En general, han surgido argumentaciones encontradas desde una tendencia hacia otra, aunque también argumentos mixtos o posiciones doctrinales propias de diferentes autores. Nótese así que en Alemania, mayormente por influencia de la teoría orgánica, se suele comprender a los entes pluripersonales componentes de la sociedad anónima (como la junta o asamblea de socios) como los entes encargados de la gestión común, y a los socios como las personas físicas propuestas en el órgano, o antepuestas al mismo<sup>84</sup>. Así pues, cuando el grupo está organizado en *colegio*, se permite que la voluntad de los más o del mayor número de los mismos se conciba como voluntad del órgano, siempre conforme a una estructura del propio órgano que permita el respeto a los derechos del socio y su vigilancia por autoridad competente. Por tanto, se escoge aquí la colegialidad en su vertiente más material, lo cual permite plasmar la subordinación en último grado del individuo al grupo<sup>85</sup>. Si en

<sup>81</sup> Así lo señala GALGANO, quien expresa que en «El principio mayoritario-colegial, que se ha venido a llamar «especial normativa de organización», en la cual ciertos escritores divisan el «medio de unificación interna del grupo», no es difícil identificar los postulados de la teoría organicista y la regla tradicional de la organización corporativa, que ampliamente se reconoce para la sociedad de capitales» (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali...*, op. cit., pág. 24).

<sup>82</sup> En Italia este argumento parece basarse, sobre todo, en la necesidad del rígido procedimiento colegial cuando se decide por mayoría, método de decisión notablemente más difícil de operar que la regla de la unanimidad, que es básicamente de carácter automático y que se rompe en cuanto algún miembro del órgano expone su negativa. En este sentido y sobre la superficialidad del proceso colegial en la aplicación del principio de unanimidad, véase ABBADESSA –aunque en referencia directa al trámite de la deliberación– quien señala que dicho elemento «deviene superfluo» cuando la decisión se ha de tomar unánimemente (ABBADESSA, «Deliberazione senza assemblea nelle società di capitali», en *Riv. Dir. Comm.*, núms. 7-8, 1968, pág. 309). En contra quizá ZANOBINI, quien se refiere a la mayoría genéricamente como un principio jurídico consistente en atribuir el valor preferente de voluntad del colegio a la voluntad de la mayor parte de sus componentes (ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milán, 1936).

<sup>83</sup> En este sentido y en relación a la doctrina italiana, expresa textualmente SENA que «la dottrina più recente considera invece il principio maggioritario come un criterio posto dall'ordinamento per la produzione di un dato effetto giuridico, rinunciando a giustificare il vincolo della minoranza dissenziente e, tanto meno, a voler ricondurre quel vincolo alla volontà della minoranza stessa» (SENA, *Il voto nella Assemblea della società per azioni...*, op. cit., pág. 108).

<sup>84</sup> La doctrina alemana mayoritaria considera los miembros del órgano como personas físicas antepuestas al mismo (que es entidad independiente), respondiendo así al concepto de *Organträger* (ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle Assamblee delle Società*, Ed. Giuffrè, Milán, 1951, pág. 22). En Italia, sin embargo, se habla más bien de la existencia un órgano indirecto de la persona jurídica, o un «órgano del órgano», tal y como plantea cierta doctrina (ESPOSITO, «Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio», en *Annali Univ. di Camerino*, Vol. VI, Padua, 1932, pág. 309). *Vid.* también GIRÓN, quien matiza que los conceptos de *organ* y *organträger*, para la teoría orgánica alemana, se modifican conforme a la función concreta de cada órgano (GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, op. cit., pág. 267).

<sup>85</sup> Como se ha apuntado, algunos autores italianos critican esta visión y proponen otro concepto de personalidad jurídica diferente al tradicional, a efectos de defender el principio de mayoría también en las sociedades personalistas. *Vid.* entre otros, GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milán, 1979, pág. 30.

épocas anteriores se pedía que la sociedad o ente donde se debía aplicar el principio de la mayoría gozara de personalidad jurídica (para así diferenciarla de la de sus miembros, lo que implicaba la con unanimidad), ahora simplemente basta con que el órgano donde se vaya a aplicar tenga diseñados en la estructura de sus órganos de gestión los rasgos de la *colegialidad*, para así extraer la decisión mayoritaria<sup>86</sup>. Precisamente por ello, tradicionalmente la doctrina germana consideraba que la sociedad personalista no estaba suficientemente evolucionada, dentro de su desarrollo orgánico (u orgánico-colegial) para soportar la aplicación *ex lege* del principio de mayoría<sup>87</sup>. De ahí las dificultades de dotar del principio mayoritario a las sociedades personalistas que señala frecuentemente la doctrina alemana, faltantes los procedimientos propios de la colegialidad y la personalidad jurídica en la mayoría de los casos<sup>88</sup>.

Toman, sin embargo, como se ha dicho, los autores italianos la organización colegial en su vertiente más procedimental, como el requisito formal preciso para unificar la *deliberazione* o resultado final del acuerdo adoptado por mayoría<sup>89</sup>. Mayoría que se implantaba *positivamente* por el legislador en el marco de las sociedades de capital, y se justificaba jurídicamente con base en figuras relacionadas con la representación, el condominio o la comunidad de bienes<sup>90</sup>. Quizá por ello se permite este país la imposición del principio de mayoría a sociedades menos evolucionadas en su desarrollo orgánico, como es la sociedad personal, y planteando una explicación dentro de la cual también puede operar el principio de mayoría en ámbitos organizados formal y procedimentalmente, aunque no sean colegiales, dado que el colegio sería sólo un elemento asegurador del principio mayoritario<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Por tanto, según la doctrina germana, la colegialidad puede ser un elemento capaz de hacer coexistir la mayoría o criterios mayoritarios con la autonomía individual (criterios personales), si existen en él las condiciones necesarias para referir a todo el grupo—incluida la minoría—dicho criterio mayoritario. *Vid.*, entre otros, DAGTOGLOU, *op. cit.*, págs. 46 y ss.

<sup>87</sup> *Vid.* PERRINO, «Sulla non collegialità del procedimento deliberativo di società di persone: il caso di esclusione del socio», en *Rivista di diritto dell'impresa*, 1997, págs. 353 y ss.

<sup>88</sup> Recuérdese que en Alemania, de nuevo por influencia de la teoría orgánica, se pone el centro de atención en las asociaciones conceptuadas como organismos, esto es, entes con «personalidad real» o «reale Verbandspersönlichkeit». GIERKE señala que estas entidades no se pueden explicar con las clásicas categorías individualistas del Derecho privado; pone de esta forma el autor el fundamento de aquellas con base en principios estructurales, que él denomina jurídico-sociales. Concluye el autor que toda construcción sistemática del derecho, y en particular la construcción de la personalidad de la asociación debe dividirse y entenderse conforme a dos categorías, el *derecho individual* y el *derecho social* o «Sozialrecht» (GIERKE, *Rektoratsrede*, Berlín, 1902). Parece criticar esta orientación GALGANO, *Il principio maggioritario...*, *op. cit.*, págs. 226 y 227.

<sup>89</sup> El término italiano «deliberazione» se refiere genéricamente al acuerdo mayoritario emanado de la asamblea, pero también abarca en un sentido amplio todo el proceso decisorio que se desarrolla en la misma (*vid.* ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle Assamblee...*, *op. cit.*, págs. 3 y ss.).

<sup>90</sup> Así, ASCOLI se refiere, a efectos de fundamentar la implantación *ex lege* de la mayoría, a la relación recíproca entre la representación de los votantes (ASCOLI, «Sul contratto collettivo di lavoro», en *Riv. Dir. Comm.*, 1903-I, [95], págs. 99 y ss.); VITALEVI, por su parte, centra su atención en la idea del cuasicontrato (VITALEVI, *Trattato della comunione dei beni*, Turín, 1884, Vol. II, pág. 580).

<sup>91</sup> Así y entre otros GALGANO, aunque este autor ciertamente fuerza el argumento para justificar la aplicación del principio mayoritario en Italia, también a las sociedades personales. Pretende así el mismo autor que la sociedad personal, que no sigue el método colegial, pueda deliberar también por mayoría siempre que se asegure su procedimiento con normas suficientemente desarrolladas (GALGANO, *Il principio maggioritario...*, *op. cit.*, págs. 29 y ss.). Y ello además con base en otra concepción del principio mayoritario no enteramente convincente, señalando que ese instituto funciona de diversa forma dependiendo del lugar donde se aplica. Expresa así el autor que «il principio di maggioranza, quale oggi si manifesta in queste società [sociedad personal], costituisce una figura giuridica diversa da quella che la sistemática tradizionale ha preso ad oggetto» (GALGANO, *ibidem*, pág. 299).

En general, y como también se ha apuntado, las dos orientaciones comentadas han recibido críticas<sup>92</sup>, y no todos los autores de cada país se adscriben a una u otra<sup>93</sup>. De esta forma, la cuestión no está cerrada y puede dar lugar aún a discusiones, ya que existen ejemplos en los que órganos colegiados también deciden unánimemente y por imperativo de la ley, dentro de las sociedades de capitales. Así sucede en la propia sociedad anónima española con la figura de la junta constituyente<sup>94</sup>, aunque dichas circunstancias también puedan considerarse excepciones que podrían justificarse con base en lo imperativo de la aplicación de las normas propias del proceso colegial, cuando éstas se impusieran por la propia ley<sup>95</sup>.

En cualquier caso, lo que sí puede deducirse con más claridad es que, y es ésta la idea más relevante, cuando el legislador impone el principio de mayoría en la adopción de acuerdos en las

<sup>92</sup> TRIMARCHI critica la tendencia germana a unificar la voluntad del colegio por el mero hecho de su organización colegiada, ya que el término voluntad tiene un significado psicológico que sólo permite referirlo «a individuos y no a la asamblea o a la sociedad» (TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Ed. Giuffrè, Milán, 1958, pág. 19). Igualmente SANDULLI niega la unificación de las voluntades en el colegio, ya que en el mismo las voluntades minoritarias no son tenidas en cuenta a la hora de conformar la voluntad, con lo que no puede hallarse el necesario requisito de la homogeneidad en el valor de las declaraciones (SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1940, pág. 213). Por su parte, GIERKE critica la teoría italiana, por considerar que no es suficiente el contrato que equipara la mayoría a la totalidad, ya que el acuerdo mayoritario conseguido como uno de los pactos estatutarios para la creación de una unidad de acción asamblearia es simplemente un fragmento de la constitución orgánica jurídicamente ordenada, siendo el elemento de organización de un órgano complejo el elemento determinante (GIERKE, «Sulla storia del principio di maggioranza...», *op. cit.*, págs. 1.189 y 1.119). El mismo autor califica también la colegialidad estructural como más positiva en cuanto a la consecución de la mayoría, pues permite a la minoría disidente acudir a la autoridad superior para impugnar el acuerdo, cosa que no sería posible en un contrato, donde el consentimiento previamente dado por los socios impediría discrepar posteriormente. La protección, por tanto, dice el autor, no puede ser sólo procedimental (GIERKE, *ibidem*, pág. 1.109).

<sup>93</sup> Así, en Italia VENDITTI parece adscribirse a la orientación germánica. Expresa este autor que la constitución del grupo en colegio (implicando o no personalidad jurídica) puede justificar la heterogeneidad de contenido de algunas de las declaraciones de voluntad del mismo grupo, esto es, la minoría, aunque considerando también la idea de minoría con eficacia vinculante. Al conjunto de miembros colegiados que deciden en común se refiere el autor como el «grupo plurisubjetivo» que conforma el colegio (VENDITTI, *op. cit.*, págs. 37 y 38). De la misma forma, también dentro de la doctrina alemana igualmente se han dado intentos de justificar la aplicación del principio mayoritario con base en el derecho contractual, alejándose de la teoría orgánica. Lógicamente, se apela entonces a la vinculación mayoritaria dentro del contrato fundacional y la figura de la representación en el contrato. En este sentido, MÜLLER-FREIENFELS maneja conceptos adscritos al principio de mayoría como la «entrega de un sujeto a una autoridad extraña, que decide por él» en contraste con el principio de la «autodeterminación del individuo», y calificando el autor alemán específicamente el sometimiento a la mayoría del socio como un «acto de heterodeterminación» (MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Ed. Tübingen-J.C.B Mohr, Tübingen, 1955, pág. 335).

<sup>94</sup> Como señala ESTEBAN VELASCO: «El principio mayoritario se configura, por tanto, con rigidez en el marco de la SA. Esto no quiere decir que en ningún caso sea compatible con la naturaleza de los órganos colegiados la adopción de acuerdos por unanimidad, como sucede, excepcionalmente, en el caso de Consejo de Administración y con la propia Junta constituyente (art. 27.3 de la LSA)» (ESTEBAN VELASCO, «Junta General de la Sociedad Anónima» [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 3.841).

<sup>95</sup> En cuanto a que los colegios decidan también por unanimidad, puede verse lo dicho por PATERNOTTRE (*Las actas de las Juntas de accionistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 318 y ss.), posibilidad que el autor admite citando a su favor la doctrina alemana (LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed, Múnich, 1989, pág. 320). Pone el autor como ejemplos de colegios que legalmente deciden por unanimidad a los acuerdos de las asambleas de las agrupaciones de interés económico (Ley 12/1991, de 29 de abril, art. 10, en sus apdos. 2 y 3). *Vid.* igualmente VALENTINI, quien considera que la unanimidad también puede existir en un colegio, como mínimo grado de desarrollo necesario para su funcionamiento y formación de voluntad unitaria (VALENTINI, *op. cit.*, pág. 300). Véase también GALGANO, quien afirma que las decisiones unánimes, una vez impuesto por ley el método colegial, deben tomarse a través del colegio (GALGANO, *Il principio maggioritario...*, *op. cit.*, pág. 236).

sociedades de capital, también recurre el propio legislador a organizar *ex lege* el órgano conforme a los elementos característicos del sistema colegial, esto es, quórum de constitución, deliberación, votación, escrutinio, proclamación de resultados, lista de asistentes, soporte documental en actas, etc.<sup>96</sup> Así, el legislador suele considerar necesario organizar un colegio e introducir tales elementos en la propia organización y funcionamiento del órgano, ya fuera por razones estructurales (conforme a la orientación germana) o formales (como en la doctrina italiana) cuando aquél va a decidir por mayoría. A ello responde la sociedad anónima española en su junta de accionistas, donde legalmente se impone el principio de mayoría (art. 93 de la LSA), y posteriormente también, a lo largo de todo el articulado de la LSA, aparecen impuestas por el legislador las normas propias del proceso colegial para la misma asamblea. Imposición que, además, se plasma con altas dosis de severidad y de un modo imperativo, asunto del que se hablará posteriormente.

Parecen configurarse así colegialidad y principio de mayoría como dos realidades no exactamente idénticas, aunque estrechamente unidas en la junta de accionistas. Ciertamente, el principio de decisión mayoritario no es algo consustancialmente idéntico al método colegial, en términos de *derecho material*; el segundo es un sistema de organización corporativo<sup>97</sup>, y el primero es una técnica de decisión colectiva, básicamente funcional<sup>98</sup>. Recuérdese así que el principio mayoritario no nació *jurídicamente* en comunión con la organización colegiada, ya que aquél tuvo su origen como método decisorio en los organismos de Derecho público, mientras que el método colegial nació para organizar colectividades privadas de individuos (normalmente profesionales o artesanos), considerados en términos de igualdad. De cualquier forma, la *colegialidad* es el método de estructuración orgánica que más perfectamente se adapta al principio de mayoría, cuando una colectividad de sujetos deciden bajo este método dentro del ámbito del Derecho privado<sup>99</sup>; realidad a la que responde el legislador, que sistemáticamente los implanta en comunión para las sociedades de capital; circunstancia esta que ha propiciado, por otra parte, que algunos autores hayan utilizado los dos vocablos (colegialidad y mayoría) como términos sinónimos en el mismo contexto de la sociedad anónima.

#### IV. EL PRINCIPIO DE MAYORÍA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LA JUNTA DE ACCIONISTAS Y EL PRINCIPIO MAYORITARIO

Dentro del tipo social concreto de la sociedad anónima, para su órgano de soberano como es la asamblea de accionistas, comúnmente se acepta por la Doctrina que el legislador impone el principio mayoritario básicamente por razones prácticas, de nuevo, ante la imposibilidad del funcionamiento de

<sup>96</sup> Los elementos propios del sistema colegial también los describe, enumera y sistematiza VALENTINI, (*op. cit.*, págs. 231 y ss.). Cfr. nota 78.

<sup>97</sup> Como señala VENDITTI, quien expresa que la colegialidad es modo de organización jurídica colectiva de grupo, un grado inferior por debajo de la personalidad jurídica (VENDITTI, *op. cit.*, pág. 52).

<sup>98</sup> GIRÓN califica el principio de mayoría como un «recurso técnico jurídico» (GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, *op. cit.*, pág. 274). De «instrumento técnico» también habla BÉRGAMO, a efectos de que con la mayoría los componentes de la colectividad queden obligados por actos con relevancia jurídica unitaria (BÉRGAMO, *op. cit.*, pág. 350).

<sup>99</sup> *Vid.* PATERNOTTRE, quien igualmente parece expresar que la colegialidad es el método organizativo que mejor combina y se adapta a la mayoría (PATERNOTTRE, *Las actas de las Juntas de accionistas...*, *op. cit.*, pág. 292).

la unanimidad en una sociedad con numerosos socios, habitualmente cambiantes en sus posiciones, todo ello además del considerable volumen de operaciones y la dificultosa gestión social <sup>100</sup>.

En este orden de ideas, y como ya se adelantó, la utilización por parte del legislador del principio mayoritario para la asamblea de las sociedades anónimas aparece en las legislaciones continentales europeas del siglo XIX <sup>101</sup>. En nuestro país, el Código de Comercio de 1829 ya permitía a los socios elegir –dentro de la regulación estatutaria– la decisión por mayoría para la junta de socios, aunque sometida aquélla a la aprobación del Tribunal de Comercio (el cual tenía encomendada la aprobación de la escritura fundacional y el reglamento social en las sociedades de capitales). El Código de Comercio de 1885, por su parte, pese a dedicar sólo 19 artículos a la sociedad anónima, también establecía directamente el principio de mayoría para la asamblea de accionistas, cuando el artículo 151 señalaba que entre los requisitos de la escritura social había de constar «la sumisión al voto de la mayoría de la junta de socios», en los asuntos propios de su competencia.

La sociedad anónima española responde, efectivamente, a esta necesidad, y el legislador nacional impone el principio mayoritario para las decisiones o adopción de acuerdos de la junta de socios –como ya se dijo, dentro del texto del art. 93 de la ley–, consciente de la imposibilidad de la unanimidad para el funcionamiento habitual de dicho órgano <sup>102</sup>. Se establece así en dicho precepto y en su punto primero, como ya se dijo, que «Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta». Redacción ésta, además, idéntica a la recogida en el artículo 48 de la LSA de 1951.

Ciertamente, y a un nivel funcional, se haría imposible *decidir* o tomar decisiones en la asamblea de una sociedad con las características de la sociedad anónima si se impusiera la unanimidad para su adopción de acuerdos. Ciertamente y pese a ser el método unánime el habitual de decisión en Derecho privado, su aplicación en la práctica societaria supondría otorgar a cada accionista un derecho de *veto* sobre la decisión, difícilmente asumible <sup>103</sup>. Por el contrario, la *mayoría* supondrá

<sup>100</sup> Así y entre otros, PALA BERDEJO: «El principio mayoritario se introdujo por razones simplemente prácticas, como un expediente impuesto por la necesidad de hacer posible la formación de la voluntad colectiva que ante la unanimidad, tan difícil de lograr en una sociedad integrada de ordinario por gran número de socios, haría muy difícil si no imposible el normal desenvolvimiento de ente social» (PALA BERDEJO, «El Cómputo de la mayoría en la junta general...», *op. cit.*, pág. 69).

<sup>101</sup> *Vid.* ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho Español*, Madrid, 1982, págs. 43 y ss.

<sup>102</sup> En este sentido también URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, expresando que «la adopción del método decisorio basado en la mayoría y no la unanimidad, no se debe a la creencia de que la *major pars* sea la *melior pars*, sino más bien a impulsos de carácter práctico, ya que la exigencia de la unanimidad para la válida adopción de acuerdos llevaría a una inoperatividad funcional e imposibilidad de conformar la voluntad social» (URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS, «La Junta General de Accionistas», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA [Dirs.], *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, T. V, Ed. Civitas, Madrid, 1992).

<sup>103</sup> En este sentido, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, el cual se refiere al principio mayoritario dentro de la sociedad anónima como un *sistema*, «concebido inicialmente para ofrecer al socio el máximo de protección al permitirle la eliminación del acuerdo a través del veto». Expone el autor que dicha posibilidad implicaría graves peligros, ya que claramente posibilitaría a cualquier socio paralizar discrecionalmente el funcionamiento de la asamblea de decisión. De ahí que se haya desarrollado una tendencia legislativa proclive a la imposición del acuerdo mayoritario, cuyo fundamento último sería, según el mismo autor, «permitir que se pueda concretar la decisión en el seno del interés común del grupo» (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Acuerdo social» [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 225).

la emisión de voto privado y particular para cada accionista en cada decisión, votos que una vez escrutados implicarán y darán como resultado un acuerdo, a su vez mayoritario, formado con base en declaraciones de voluntad individuales emitidas por los miembros del órgano <sup>104</sup>.

Sin embargo, además, dentro de las sociedades anónimas, al imponerse la limitación de responsabilidad del accionista exclusivamente a la cifra de capital aportado, el legislador no duda en aplicar el principio de mayoría para la toma de decisiones de la asamblea de socios <sup>105</sup>. Ciertamente, la disparidad de aportaciones implica que aquel socio que más aporta y, por tanto, más riesgos asume, debe prevalecer y aumentar su poder de decisión sobre los acuerdos a adoptar en la asamblea, aumento que se vería denostado si se aplicase la unanimidad, donde no importaría cuánto capital aportó cada socio –ni el mayor riesgo que asume–, ya que se necesitaría el beneplácito de todos los miembros para adoptar las decisiones <sup>106</sup>. Algunos autores parecen matizar este argumento, expresando que el principio mayoritario consiente también su aplicación en las sociedades donde la responsabilidad está limitada, pues es este régimen *menos* grave que la vinculación total de patrimonios, lo que parecería llevar anexa la unanimidad o aprobación de cada partícipe <sup>107</sup>.

Igualmente, ciertos autores fundamentan la proposición del legislador del principio de mayoría en la sociedad anónima como una manifestación del principio democrático, imperante desde la

<sup>104</sup> Véase así EMBID IRUJO, quien expresa que ello supone que «el derecho de voto y su emisión para formar por mayoría los acuerdos sociales, viene a ser el exponente máximo del carácter capitalista de este tipo social». Añade el mismo autor que «ello es especialmente cierto, al menos, desde que se inicia en la regulación de la anónima el llamado sistema de las "disposiciones normativas", coincidente con su privatización en el siglo pasado» (EMBED IRUJO, «El voto plural en la sociedad anónima», *La Ley*, Madrid, 1991, pág. 691).

<sup>105</sup> En el marco legal de la sociedad anónima, como precedentes legales modernos de la ausencia de responsabilidad y limitación de la misma a la cantidad aportada, aparece en Europa la «Joint Stock Companies Act» británica de 1844, seguida por la «Limited Liability Act» de 1855, además de su temprana imposición del Código de Comercio francés de 1807.

<sup>106</sup> Véase igualmente GIRÓN, quien indica que «La junta constituye un *collegium*, que acuerda bajo régimen de mayorías (art. 48). El fundamento del principio mayoritario estriba en la consideración de que los más reflejarán el interés social –*maior pars, melior pars*–, tomando como explicación de su eficacia la esperanza de que a mayor riesgo en la empresa, mayor interés por ella» (GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, *op. cit.*, pág. 274). *Vid.* también JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría...*, *op. cit.*, pág. 188.

<sup>107</sup> Lo cual, por otra parte, también redunda en la implementación de las severas normas colegiales, siguiendo en este caso la orientación italiana. Véase así JUSTE, quien señala que «no se olvide que el recurso al principio de mayorías es excepcional en el Derecho privado, precisamente por los graves efectos que de su aplicación se derivan para los intereses de las partes: la principal consecuencia jurídica de la adopción del citado principio está en la vinculación de quienes están en minoría respecto de la voluntad de quienes son más, coincidente en el momento de la decisión. Por esta razón, la vigencia del principio tiene lugar, generalmente, cuando el acuerdo se toma con las garantías formales propias del método colegial, y en el seno de sociedades en las que la responsabilidad de los socios no excede de la cantidad aportada» (JUSTE MENCÍA, «Derechos de Minoría», en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, AA.VV., [RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Coord.], V.I., Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 707). Igualmente GALGANO, quien señala que si bien el legislador moderno a veces otorga personalidad jurídica al grupo no organizado colectivamente, por el contrario siempre reconoce el beneficio de la responsabilidad limitada de sus miembros con límite en su aportación, como separación del grupo respecto de individuo que lo compone, y cuando hace esto, suele imponer taxativamente el método colegial (GALGANO, *Il principio maggioritario nelle società personali...*, *op. cit.*, pág. 249).

influencia en la economía del liberalismo capitalista desarrollado en el siglo XIX<sup>108</sup>. Sin embargo, y pese a los caracteres clásicos de identificación del principio de mayoría con organización democrática, esta conjunción no siempre es absoluta<sup>109</sup>, y no parece ser ésta la base esencial para la *implantación legal* del principio mayoritario en lo que se refiere a una sociedad de capitales pura y arquetípica, como es la sociedad anónima, donde parece prevalecer el elemento individual y económico del socio participante<sup>110</sup>.

En general y dentro de la sociedad anónima, la implantación del principio de mayoría se fundamenta en la funcionalidad del órgano (como probablemente dentro del resto de sociedades de capital), dejando en un segundo plano los impulsos democráticos y respondiendo a un potente elemento basado en razones económicas<sup>111</sup>, pues sería ilógico permitir que el socio con una aportación mínima hiciera venir a menos la decisión de socios que aportan –y arriesgan– mucho más capital<sup>112</sup>; política que, de nuevo, debe implicar el decaimiento del principio unánime en la asamblea de accionistas de sociedad anónima<sup>113</sup>. Efectivamente, es la funcionalidad y la optimización económica lo que parece impulsar a la ley a imponer directamente el principio de mayoría para la asamblea de la sociedad anónima, de manera que sea más atractiva la inversión de los operadores económicos allá donde la decisión no puede vetarse (unanimidad) por alguien que posea menor aporte

<sup>108</sup> Entre otros POLO SÁNCHEZ, quien parece remitir exclusivamente la implantación del principio mayoritario en la sociedad anónima por causa de la «democracia liberal», en su aplicación legislativa a la figura capitalista de la sociedad anónima (POLO SÁNCHEZ «Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* [Coord. IGLESIAS PRADA, J.L.], V. II, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 2.272). Así, quizá también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, quien expresa que «examinado desde el punto de vista genético el principio democrático de mayorías, presupone la existencia de una uniformidad de intereses...» (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Acuerdo social» [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica...*, op. cit., pág. 225).

<sup>109</sup> En este sentido, Kelsen cuestiona esta identificación directa entre democracia y mayoría en varias obras (Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado...*, op. cit., págs. 288 y ss.; y otra vez el mismo autor en *Democrazia e cultura*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1955, Cap. VI). Vid. igualmente VALENTINI, quien señala que la mayoría sólo puede ser identificada directamente con la democracia en un sentido formal, como «un certo metodo di creazione dell'ordine sociale» y representando un método de «elaboración de realidad representada de forma eteronoma» (VALENTINI, op. cit., pág. 300).

<sup>110</sup> Así RIPERT, quien expresa que la atribución de poder político inspirada en los principios democráticos, poco o nada tienen que ver con los que se puedan justificar en el seno de una sociedad anónima (o cualquier sociedad con fines económicos) (RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* [2.ª ed.], París, 1951, pág. 415).

<sup>111</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas...*, op. cit., págs. 490 y ss. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a identificar el principio de mayoría con el principio democrático. Así, la STS de 21 de febrero de 2006 (R. 827) indicaba que es necesario «examinar la gestión del acuerdo social, dado que el imperio de la mayoría constituye una consecuencia del principio democrático en el que se inspira el funcionamiento de los órganos sociales colectivos». SÁNCHEZ CALERO corrige el texto de la sentencia, expresando que «mejor que referirse a principio democrático, parece aludir al principio colegial» (SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pág. 313).

<sup>112</sup> Vid. también URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (op. cit., pág. 26), quienes hablan en este sentido de «plutocracia» en perjuicio de la «democracia».

<sup>113</sup> A esta «necesidad económica» también se refiere TRIMARCHI, cuando expresa el autor que se hace necesaria en la sociedad de capital una mutación de los principios fundamentales establecidos en el acto constitutivo, planteando entonces el modo de proceder dentro de la gestión social siempre en favor de la decisión *mayoritaria*. Expresa así el autor que el capital aportado se presenta aquí como el elemento fundamental y como valor digno de protección del legislador, en cuanto al poder de dirección que este último debe ponderar (TRIMARCHI, *Invalità delle deliberazioni...*, op. cit., pág. 16).

tación, o incluso la mínima <sup>114</sup>. Exacerbación patrimonial característica de este tipo social que, con base en el mismo argumento, otorgará un número de votos –a cada socio– proporcional al capital poseído a efectos de conformar la decisión mayoritaria <sup>115</sup>.

Queda el criterio de la unanimidad, por tanto, para las sociedades de tipo personalista, donde aquélla es más propia, adecuada y donde más bien los socios realmente «contratan» o negocian las decisiones, máxime por las circunstancias de la no existencia de junta o asamblea en la mayoría de los casos, y por la consideración de la persona de los socios –y no el capital– como el elemento más importante <sup>116</sup>. Queda igualmente el principio unánime, dentro de la sociedad anónima, limitado y restringido para el *contrato* fundacional (en cuanto a los socios o accionistas-contratantes), a lo cual también parece responder la mención a la unanimidad del artículo 27.3 de la LSA relativa a la junta constituyente <sup>117</sup>, e igualmente en algún supuesto de modificación del contenido estructural de aquél o de los estatutos <sup>118</sup>.

Debe manifestarse igualmente que si bien la adopción del principio de mayoría supone la ventaja de la funcionalidad, imposible en una sociedad de capitales con base en la unanimidad <sup>119</sup>, no es

<sup>114</sup> Vid. VALENTINI, quien también se refiere a la actuación del principio mayoritario en los colegios «ponderados» (como sería la asamblea de la sociedad anónima) con un carácter de «economía organizativa». Según este autor, nótese, existen dos tipos de colegios, el *ponderado* y el *compuesto* (VALENTINI, *op. cit.*, págs. 296 y ss.).

<sup>115</sup> A la exacerbada patrimonialización de la sociedad anónima también se refiere GIRÓN, en torno a la posición jurídica del accionista dentro de la misma sociedad; circunstancia que llega a fundamentar, incluso y según el autor, la libre transmisibilidad de las acciones (GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, *op. cit.*, pág. 233).

<sup>116</sup> Véase aquí GIRÓN, quien señala que en el Derecho español «los textos han supuesto el régimen de unanimidad para los tipos personalistas» (GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, T. I., Madrid, 1976, pág. 282), y que «frente a las [–compañías–] de Capitales, la organización de ordinario es concreta (se asignan funciones gestoras y representativas a personas determinadas y el régimen mayoritario no existe para ninguna competencia o no existe para la modificación del contrato inicial)» (GIRÓN TENA, *ibidem*, pág. 280). Ciertamente, también matiza el autor que «hay que preguntarse si es posible que las Sociedades de personas se organicen corporativamente», ya que como él mismo señala «un régimen de acuerdos mayoritarios puede mantenerse dentro de la esfera de la gestión social prevista, aunque una cierta imprevisibilidad ha de darse, pues es de esencia a la dinámica propia de la vida de una sociedad» (GIRÓN TENA, *ibidem*). Efectivamente, han existido esfuerzos por irrogar también el principio de mayoría para las sociedades de tipo personal, en aras, de nuevo, de maximizar su fluidez y funcionamiento interno, sobre todo en Italia y tras la reciente reforma del Derecho societario de 17 de enero de 2003, lo que suele ser criticado por la doctrina de aquel país (vid. GENOVESE, «Fussioni e Scissioni», en [STAROLA, Dir.], *La Riforma delle società di capitale e cooperative*, Ed. Il Sole 24 ore, Milán, 2003, pág. 355).

<sup>117</sup> Expresa el punto 3.º del artículo 27 de la LSA, dentro del funcionamiento de la junta constituyente, que «para modificar el contenido del programa de fundación será necesario el voto unánime de todos los suscriptores concurrentes».

<sup>118</sup> Véase de nuevo GIRÓN, quien opina que en materia fundacional «Hay un hecho general consistente en que las legislaciones europeas más recientes y la doctrina que las interpreta, con mayor o menor precisión, no siempre identifican el problema con el de poder de las mayorías y protección de minorías en la sociedad anónima, aparte, por supuesto, de establecer como principio la necesidad de unanimidad» (GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades...*, *op. cit.*, pág. 588). Especifica sin embargo el mismo autor que se puede aceptar la modificación del acto fundacional por mayoría, si se contempla tal criterio en el propio contrato fundacional: «En principio, según la doctrina general de obligaciones y contratos, el contrato, ley entre partes, es inmutable. Pero por la misma razón del poder de la voluntad en los contratos, cabe la novación y modificación convenidas unánimemente. De esa doctrina general sólo se sigue que, si el legislador no ha previsto la modificabilidad por vía mayoritaria, la regla es adversa a ella, pero no que quede prohibido el pacto contrario en el contrato originario» (GIRÓN TENA, *ibidem*, pág. 587). Cfr. del mismo autor, *ibidem*, pág. 358.

<sup>119</sup> Vid., de nuevo y entre otros, GIRÓN: «Por otra parte, el principio mayoritario trae una razón de ser técnica en su ineludible conexión con las características del tipo sociedad y los fines a los que sirve: la magnitud y permanencia de éstos y el número elevado –por regla general– de los socios, sólo pueden estructurarse sobre la base de una serie de recursos técnico-

menos cierto que en el mismo principio también se acarrean severos problemas en el devenir societario. Así, aparecen las bien conocidas cuestiones relativas a la protección de las minorías, como ya se apuntó en la introducción de este trabajo, y también la desigual aplicación del principio de mayoría para las distintas tipologías existentes de sociedad anónima. En lo que respecta a la primera cuestión, la asunción por el legislador de este modelo (decisivo-mayoritario) ciertamente implica la probable existencia de abusos que los grandes socios pueden infligir al minoritario (resultado lógico de la propia significación matemática de la mayoría), cuestión que ha propiciado abundantes corrientes doctrinales de estudio al respecto, y sobre la que no procede entrar profundamente aquí<sup>120</sup>. Baste decir ahora que es ésta una preocupación doctrinal común a todas las sociedades de capital que deciden por mayoría, que deben contemplar un delicado equilibrio entre funcionalidad y protección de minoritarios<sup>121</sup>, y ello aunque la ley imponga la toma en consideración de elementos más personalistas para la adopción de acuerdos, aparte del meramente participativo o económico. Ejemplo arquetípico pueden ser las sociedades de responsabilidad limitada, entendidas como respuesta a la demanda de una sociedad de capital amoldada a la existencia de negocios con menor capital o capacidad económica, y donde la figura del socio y sus circunstancias personales puede aspirar a tener una significación parecida a la de su aportación de capital. La Doctrina, sin embargo, señala frecuentemente que siguen produciéndose fenómenos de abusos de los socios mayoritarios en estas sociedades, aunque cierto es, igualmente, que en sede de sociedades de capital esta taxatividad paralela al principio de mayoría se suaviza, dado que la propia ley suele normalmente dejar siempre a salvo la posibilidad de impugnar el acuerdo al socio que votara en contra del acuerdo, o al accionista ausente<sup>122</sup>. No obstante, el recurso a la impugnación tampoco parece suponer una protección constante para el socio minoritario en las sociedades de capital, por lo que la cuestión de la protección de las minorías, probablemente, continuará siendo una discusión tradicional y perenne en lo que respecta a la regulación de las decisiones de los órganos sociales en Derecho de sociedades<sup>123</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión (diversa dimensión y tipología de la estructura de la empresa), los elementos cuantitativos y cualitativos en la dimensión de la empresa y su tipología han llevado a ciertos autores a invocar incluso la propia aplicación de la unanimidad dentro del órgano soberano de las mismas, en perjuicio de la desigual aplicación de la mayoría<sup>124</sup>. Ciertamente es que en general

jurídicos, uno de los cuales es el régimen de mayorías: en la imposibilidad de la regla de unanimidad, se brinda a los socios una subordinación a un sistema mayoritario, con la esperanza de que funcione en la forma antes indicada que exigiría el sacrificio de la individual interpretación del interés social en favor de la hecha por la mayoría» (GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, op. cit., pág. 274). De nuevo y en la misma línea de opinión, URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, quienes textualmente indican que «sin duda el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas, y hay que evitar que se le infiera una herida mortal» (URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, op. cit., pág. 305).

<sup>120</sup> Vid., por todos, DUQUE, en *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Valladolid, 1957, pág. 2, quien con precisión hace notar los problemas que el principio mayoritario implica en este tipo social.

<sup>121</sup> Vid., por todos, MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, Ed. Lex-Nova, Valladolid, 1991, págs. 288 y 289.

<sup>122</sup> Junto con los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, y también a los administradores, para los acuerdos anulables en la sociedad anónima (art. 117.2 de la LSA *in fine*).

<sup>123</sup> Con esta opinión, entre otros, MAZZONI, «La tutela delle minoranze azionarie», en ROTONDI, *Inchieste di Diritto Comparato. I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padua, 1976, pág. 1.032.

<sup>124</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, «La Junta General de socios», en AA.VV., *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RdS*, Madrid, 1994, págs. 456 y 457. Vid. también PATERNOTTRE, quien opina que la unanimidad tampoco

y para las sociedades anónimas cerradas, familiares o de pocos socios, así como para las colectividades genéricas de pequeño tamaño, la unanimidad podría no ser un obstáculo para la adopción de acuerdos <sup>125</sup>. Efectivamente, se dice que si la principal utilidad de la implantación del principio de mayoría es la facilitación en la adopción de acuerdos dentro de la junta –en contraposición a la unanimidad–, en lo que respecta a las sociedades anónimas cerradas o de pocos miembros puede propugnarse la validez del principio de adopción unánime, ya que dentro de esta tipología no se vería afectada la fluidez en la adopción de acuerdos (por ser poco numerosos los socios integrantes) <sup>126</sup>. No obstante, de seguir este criterio en la regulación de la sociedad anónima (independientemente de su tipología concreta), y pese a las autorizadas opiniones doctrinales, continuaría sucediendo que el accionista que menos cantidad de capital aporta a la empresa –y por ende menos patrimonio arriesga– pudiera vetar individual y discrecionalmente las decisiones del resto de socios, quizá mayores aportadores de capital y que asumen más riesgo; ello a no ser que todos los socios aportaran la misma cantidad, lo que, por otra parte, también suele ser habitual en este tipo de sociedades, con todo lo cual la cuestión sigue siendo controvertida <sup>127</sup>.

Igualmente, en las grandes sociedades anónimas abiertas los elementos de absentismo y apatía de los pequeños socios –los cuales normalmente son o constituyen mayoría respecto de los socios organizados– provocan que estos últimos aglutinen de manera fáctica el poder de decisión, aun no contando con la mayoría de las posiciones de socio y a veces ni siquiera con la mayor aportación económica a la empresa <sup>128</sup>. Esta adulteración del sistema, igualmente, ha provocado abundantes

---

supondría un grave obstáculo para el desenvolvimiento de las sociedades anónimas, aunque en referencia a la aprobación dilatada del acta de la junta por parte de los interventores (PATERNOTTRE, *Las actas de las Juntas de accionistas...*, op. cit., pág. 295).

- <sup>125</sup> De hecho, la propia LSA recoge, como se ha dicho, un supuesto donde se exige el acuerdo unánime de todos los socios, aunque bien es cierto que ello acontece dentro del marco de la peculiar regulación de la junta constituyente. Así, el artículo 27.3 de la LSA, en los preceptos relativos a la ordenación de la junta constituyente, requiere la unanimidad «de todos los suscriptores presentes» para modificar el contenido del programa de fundación. Puede encontrarse otro supuesto incluso para la Junta general, cuando el artículo 152.2 de la LSA, relativo al hipotético acuerdo de aumento de capital social bajo la modalidad de elevación del valor nominal de cada acción, establece que «será preciso el consentimiento de todos los accionistas», salvo en el caso de que el aumento se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad. En contra de este tipo de supuestos parece GALGANO, quien opina que no se produce unanimidad, en sentido técnico, cuando protegiendo a un derecho individual de un miembro, el acuerdo social no puede ser adoptado sin su consentimiento. Añade el autor que la Junta delibera siempre por mayoría, mientras que el consentimiento del socio puede ser prestado fuera de la «adunanza» colegial (GALGANO, *El principio maggioritario...*, op. cit., pág. 236).
- <sup>126</sup> Vid. GALÁN CORONA, «La Junta general» en BONARDELLI LENZANO/MEJÍAS GÓMEZ/NIETO CAROL (Coords.), *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994, págs. 513 y 514.
- <sup>127</sup> Vid., en este sentido y por todos, VIERA GONZÁLEZ, *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Pamplona, 2002, pág. 46 y ss.; vid. igualmente FERNÁNDEZ DEL POZO, «La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades de responsabilidad limitada», en *RgD*, 1994, pág. 5.472 y ss.
- <sup>128</sup> Explica la situación de manera precisa JUSTE MENCÍA: «El carácter estable de los grupos de poder y el hecho de que todos ellos puedan ser sensiblemente menores a la mitad del capital social, obliga a tener en cuenta que, en la realidad, podemos encontrarnos ante la presencia de una diversidad de minorías, organizadas aquellas que ostentan el poder, dispersas y desorganizadas las ajenas a la gestión de la sociedad» (JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría...*, op. cit., pág. 45). Añade el mismo autor que «a estas consideraciones se debe añadir otra, no de menor importancia. En las grandes sociedades [...], los grupos de control puede ser, a su vez, minoritarios respecto del capital social [...]. Se llega así a una de las manifestaciones del conocido fenómeno de la disociación entre poder y riesgo...» (JUSTE MENCÍA, *ibidem*, págs. 43 y 44).

y profusas opiniones doctrinales, cuestiones que, de nuevo, no son objeto inmediato de análisis en este trabajo <sup>129</sup>.

## V. EL PROCEDIMIENTO COLEGIADO Y LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA

En lo que respecta a la sociedad anónima, el legislador español responde a la necesidad de organizar *ex lege* el órgano de decisión de manera colegiada cuando él mismo impone el principio de mayoría para la adopción de acuerdos en dicho órgano, y así sucede en la junta de accionistas de la sociedad anónima –y también en el consejo de administración <sup>130</sup>–. La idea se refuerza en que, *a sensu contrario*, el legislador no organiza colegiadamente el órgano de administración de la sociedad, por ejemplo, cuando éste decide mancomunada o solidariamente (art. 124 del RRM, cfr. art. 140 de la LSA) <sup>131</sup>.

De esta forma, la junta de accionistas de la sociedad anónima se ve imbuida de los elementos propios del sistema colegial, como puede observarse en varios preceptos del articulado de la ley; elementos colegiales que se implantan, además, con un tono riguroso. Efectivamente, el carácter *colegial* del órgano de la junta general de accionistas en la sociedad anónima es incuestionable en la Doctrina, no sólo porque la propia LSA se refiera a ella –y al consejo de administración– en numerosas ocasiones como «órganos colegiados» <sup>132</sup>, sino también porque pueden distinguirse claramente en el articulado de la LSA las normas típicas y clásicas de organización del sistema colegial. Aparecen así, dentro de las normas de procedimiento que la ley impone para la formación y desarrollo de la junta, la necesaria existencia *convocatoria*, los requisitos de quórum, la existencia *presidente* y *secretario* de la asamblea, el soporte documental plasmado en la lista de asistentes y acta de la junta, el trámite votación, la proclamación de resultados, etc. <sup>133</sup>

En este sentido, véase también ASCARELLI, quien indica que «el carácter minoritario del grupo de poder es, efectivamente, un dato eventual, ya que la existencia de un grupo preconstituido de poder es común a las sociedades, ya represente la mayoría, ya una minoría del capital» (ASCARELLI, «I problemi delle società per azioni», en *Riv. Soc.*, 1956, pág. 13).

<sup>129</sup> *Vid.*, por todos, DUQUE, «Absentismo del accionista y acciones sin voto», en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytiso*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, págs. 180 y ss.; y MENÉNDEZ, «El absentismo de los accionistas y el desequilibrio de poder en la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, V. II, Madrid, 1976, págs. 274 y ss. Véase igualmente RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Instituciones de Inversión Colectiva (sociedades y fondos de inversión)», en *RDBB*, 1989, págs. 525 y ss.

<sup>130</sup> Para el caso del consejo de administración, la LSA también impone normas de organización colegiadas, aunque en menor número que para la Junta, quizá pensando en el carácter más profesional de los miembros del mismo. Así, se establece en el texto de la LSA y para la organización del consejo, el necesario requisito de quórum mínimo (art. 139 de la LSA), la existencia de mesa presidencial (presidente y secretario, art. 142 de la LSA), y el necesario soporte documental (art. 142 de la LSA).

<sup>131</sup> Véase en este sentido RESTAINO, en SANDULLI-SANTORO (Dir.), *La Riforma delle società*, Turín, 2003, págs. 163 y ss.; y BUSANI-CANALI, «Tramonta il metodo collegiale», en *Guida alle nuove società* (Guida normativa Il Sole-24 ore), Milán, 2003, págs. 54 y ss. *Vid.* también RAGUSA MAGGIORE, «Collegialità e maggioranza nell'esclusione del socio nelle società personali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, núm. 73, 1998, págs. 452 y ss.

<sup>132</sup> Entre otros, artículos 9 i), 143.1, y 336 de la LSA.

<sup>133</sup> Ciertamente, en la junta de accionistas de la sociedad anónima pueden encontrarse los elementos clásicos del sistema colegial, tanto estructurales como procedimentales. Así los diferencia VALENTINI, pues para el autor, los elementos *estruc-*

Concretamente, la LSA toma los procedimientos propios del sistema colegial, planteados con rigurosidad y dedicándose incluso preceptos concretos a los mismos, como serían los ya nombrados de quórumos mínimos de constitución (arts. 102 y 103 de la LSA), la existencia de lista de presentes necesaria (art. 111 de la LSA), la necesidad de orden del día en la convocatoria de la junta (arts. 97.2 y 3 de la LSA), la exigencia de composición mínima de la mesa del órgano (art. 110 LSA), la necesidad de constancia de lo actuado en actas documentales (art. 113 de la LSA), etc.<sup>134</sup>. En este sentido, la Doctrina española pone especial atención en los elementos relativos a la reunión y deliberación<sup>135</sup>, aunque últimamente se han prodigado, por parte del legislador y en Derecho de sociedades, procedimientos de la formación de voluntad que vulneran en cierto modo el proceso del método colegial, como serían el voto a distancia y la adopción de acuerdos sin sesión (que obvian el elemento de reunión, y también, probablemente, el de deliberación). De cualquier forma, la adopción de acuerdos sin sesión aún no se sanciona o autoriza legalmente para la sociedad anónima, en nuestro ordenamiento<sup>136</sup>.

Igualmente, estos procedimientos colegiales que la propia ley ha elevado a normas y preceptos de obligado cumplimiento se plantean legalmente con un claro tenor *imperativo*, ya comprensivos

*turales* del método colegial son la existencia de presidente y secretario de la asamblea –esto es, los *ufficios*– (VALENTINI, *op. cit.*, págs. 111 a 120), mientras que para el mismo autor los elementos procedimentales serían la convocatoria (y regular constitución) de la junta, el orden del día en los asuntos a debatir y votar, el quórum mínimo o número legal, la deliberación o discusión, votación y proclamación de resultados (VALENTINI, *op. cit.*, págs. 231 a 280). Entre nosotros, ESTEBAN VELASCO expresa que integran el proceso colegiado los elementos relativos a «convocatoria, reunión –con determinación de la composición personal y organización interna, además del tiempo y lugar de su celebración–, deliberación e información, votación, recuento de votos, proclamación del resultado y documentación de los acuerdos» (ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, V. I, Valladolid, 1998, pág. 239). ANDRINO, por su parte, se refiere a la existencia de presidente y mesa de la junta como el elemento fundamental del sistema colegiado, expresando que «su existencia tiene tal relevancia que si no fuera posible formar la mesa conforme a las previsiones estatutarias y legales, la junta no podría celebrarse, y si llegara a celebrarse sin contar con esa obligada articulación interna, sería una junta nula» (ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos...», *op. cit.*, pág. 135).

<sup>134</sup> SENA, por su parte, distingue en las sociedades de capitales tres elementos principales dentro del proceso colegial: reunión (convocada o no), discusión y la votación. Así, dice el autor que «in secondo luogo il nostro ordinamento prevede, per la società di capitali, un determinato modo di votazione: riunione in assemblea dei soci, discussione, votazione; in altre parole statuisce che venga seguito, metodo collegiale» (SENA, *Il voto nella Assemblea della società...*, *op. cit.*, pág. 409).

<sup>135</sup> En este sentido, ESTEBAN VELASCO: «El elemento identificador de la colegialidad (frente a la actuación colectiva no colegial) reside en el acto de la reunión (regular constitución) y deliberación entre los asistentes que permita una ponderada adopción de decisiones fruto de la recíproca influencia de voluntades individuales» (ESTEBAN VELASCO, «Junta General de la Sociedad Anónima» [voz]..., *op. cit.*, pág. 3.841). Para la importancia de la deliberación en el funcionamiento de la sociedad anónima, igualmente véase ANDRINO, quien opina: «El requisito de la deliberación está vinculado con el de la colegialidad, y es una exigencia del carácter de la junta como órgano deliberante de la sociedad el que sus resoluciones vayan precedidas del sometimiento a discusión de la propuesta incluida en el orden del día» (ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos...», *op. cit.*, pág. 136).

<sup>136</sup> Habla de estos fenómenos de nuevo ESTEBAN VELASCO, expresando que, aun aplicándose legalmente tales procedimientos, en todo caso se necesita el acto de la constitución formal de la junta para la validez de los actos (ESTEBAN VELASCO, «Junta General de la Sociedad Anónima» [voz]..., *op. cit.*, pág. 3.841). Otra vez ANDRINO, por su parte, expresa que lo que es realmente preciso es la existencia *potencial* de deliberación y discusión (ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos...», *op. cit.*, pág. 134). *Vid.* también PALA BERDEJO, quien admite que en el proceso colegial, la lectura de memorias y propuestas, ruegos y preguntas, reflexión y discusión, al menos «en hipótesis, no debe faltar nunca» (PALA BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la junta general...», *op. cit.*, pág. 75).

ble *per se* y en cualquier caso intuido de la rigidez del propio sistema colegial<sup>137</sup>. Así, no pueden tales condicionamientos ser en ningún caso derogados por las partes, comportándose por tanto las normas colegiales recogidas en la LSA como *mínimos* imperativos, los cuales no pueden ser dispuestos por los accionistas, aunque sí desarrollados por los propios socios en los estatutos o en reglamentos de régimen interno<sup>138</sup>.

De lo expresado hasta ahora debe desprenderse que el procedimiento en la junta, heredado e inspirado básicamente del sistema colegial<sup>139</sup> y elevado por la LSA a normas legales imperativas, asciende a considerarse un concepto fundamental e imprescindible, no pudiendo considerarse acuerdos mayoritarios si aquél se obvia o vulnera, pues en dicho caso la mayoría necesaria no podría haberse conseguido válidamente<sup>140</sup>. Es más, el siempre necesario respeto a los procedimientos y formalidades legales-colegiales lleva a la Doctrina a considerar el acuerdo mayoritario del órgano, esto es, de la junta de socios, como requisito vinculante para los accionistas ausentes o disidentes<sup>141</sup> (vínculo que, por otra parte, también propone la propia LSA en el apartado segundo del art. 93).

Estas normas de desarrollo procedimentales que impone el legislador (clásicas del sistema colegial), imperativas y de derecho necesario, deben igualmente aplicarse a todas las sociedades anóni-

<sup>137</sup> Vid. FERRI, quien expresa, en referencia al método colegial dentro de la persona jurídica, que su implantación debe entenderse de una forma «necesariamente taxativa», en cuanto que «responde a una exigencia de estructura» (FERRI, «Delle società», en *Commentario del Codice Civile* [SCIALOJA-BRANCA], Bolonia-Roma, 1955, pág. 96).

<sup>138</sup> En general, son varias las Sentencias que en sus fundamentos de derecho hacen alusión al carácter imperativo de las normas procedimentales de la LSA. Destacan así las SSTs de 17 de febrero de 1992 [R. 1259] y de 16 de diciembre de 1995 [R. 9143], SAP Zaragoza (Sección 4.ª), de 20 de octubre de 1997, STS de 23 de noviembre de 2001, etc. Vid. también RDGRN de 8 de mayo de 1988 (R. 4119) y STS de 29 de julio de 1999 (R. 5723), señalando el claro formalismo que preside el régimen de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>139</sup> Técnicamente, se ha dicho doctrinalmente que el método colegial es la «concreta forma de producción» del «procedimiento asambleario» (ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes...», *op. cit.*, pág. 239).

<sup>140</sup> Vid. ROMANO-PAVONI, quien indica que si el fundamento de la formación de la voluntad de un «colegio» reside sin duda en un principio de carácter sustancial, el reconocimiento de la voluntad de la mayoría como voluntad unificada del mismo sólo se puede lograr si sucede conforme a un procedimiento «que lo discipline», ya fueran las normas legales o estatutarias (ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle Assamblee...*, *op. cit.*, pág. 29); véase, en el mismo sentido, TRIMARCHI (*Invalitù delle deliberazioni...*, *op. cit.*, pág. 66). Entre nosotros destaca ANDRINO, que en una curiosa expresión señala que «si el procedimiento de especificación de la voluntad social se detiene en cualquiera de sus etapas formativas, la cristalización del acuerdo social no se produce, las mayoritarias declaraciones de voluntad seguirán siendo solamente materia potencial de acuerdo, pero carecerán de la eficacia del acuerdo social, ya que parodiando un texto del Digesto, «aliud sit voluntas aliud consilium». [...] Se trata de la existencia o no de un eslabón preciso para que se complete la cadena legalmente prevista para que las decisiones sociales alcancen categoría de acuerdos sociales» (ANDRINO HERNÁNDEZ, «Especificación formal de los acuerdos...», *op. cit.*, pág. 184).

<sup>141</sup> Vid. otra vez y entre otros ESTEBAN VELASCO, quien establece que «el respeto de las garantías representadas por el funcionamiento colegiado y mayoritario justifica la sumisión de todos los socios ausentes y disidentes a los acuerdos de la junta general (art. 93.2 de la LSA)» (ESTEBAN VELASCO, «Junta General de la Sociedad Anónima» [voz]..., *op. cit.*, pág. 3841). Igualmente y en el mismo sentido PALA BERDEJO («El Cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, pág. 68). Véase también URÍA, quien establece que «en todas las grandes colectividades regidas por el principio de la mayoría y organizadas por necesidad indeclinable en un sistema corporativo, sólo pueden valer como manifestaciones de voluntad colectiva aquellas decisiones de la mayoría que están tomadas en una asamblea convocada, reunida y celebrada con arreglo a un régimen de garantías inexcusables para el buen funcionamiento del régimen corporativo de formación de la voluntad colectiva y para que pueda atribuirse a la mayoría como soporte de esa voluntad el poder de imponer sus decisiones a todos los demás miembros de la colectividad» (URÍA, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* [3.ª edición, revisada por MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M.], T.I, Madrid, 1976, pág. 653).

mas, sea cual sea su tamaño y tipología. Asunto diferente es que los requisitos procedimentales derivados del sistema colegial e imperantes en la junta de accionistas puedan resultar exagerados y desproporcionados para la asamblea de sociedades anónimas cerradas o de pequeño tamaño. Esta cuestión ya ha sido analizada por la Doctrina, considerando algunos autores que la rigidez del procedimiento colegial de la sociedad anónima debe moldearse y atemperarse dependiendo del tipo de sociedad donde vayan a aplicarse. En general, y pese a estas autorizadas opiniones doctrinales <sup>142</sup>, tal orientación puede ser cuestionable considerando de nuevo la rigurosidad y el carácter *imperativo* de las normas colegiales que rigen la LSA, máxime cuando el propio legislador procede legalmente con normas destinadas a soslayar la cuestión, como por ejemplo, el reconocimiento legal de la figura de las juntas universales, menos exigentes y más laxas en su procedimiento.

De nuevo la tipología y las dimensiones de la empresa han propiciado, como se dice, que algunos autores critiquen la rigidez del sistema colegial en sus procedimientos y formas, en relación a las sociedades de pequeño tamaño. Se ha opinado así que en estas sociedades, otra vez, la unanimidad no afectaría a la fluidez de la adopción de acuerdos, cosa que sí hace la mayoría, no ya sólo en su vertiente material, sino también en la poca funcionalidad del procedimiento interno (o corporativo) causado por la aplicación anexa del severo sistema colegial <sup>143</sup>.

## VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA

AA.VV.: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1.ª edición, Objetiva Ltda., Río de Janeiro, 2001.

— *Enciclopedia Moderna. Diccionario Universal de Literatura. Ciencias, Artes, Agricultura, Industria y Comercio*, Ed. Mellado, T. XI, Madrid, 1852.

ABBADESSA: «Deliberazione senza assemblea nelle società di capitali», en *Riv. Dir. Comm.*, núms. 7-8, 1968.

ALEXANDER: *Die Sonderrechte der Aktionäre*, Berlín, 1892.

<sup>142</sup> Así probablemente ROJO, opinando que es razonable considerar la admisión de particularidades no previstas en los preceptos de la ley, en función de la dimensión de la sociedad a la que resulten aplicables. Expresa así el autor que, con carácter general, «al derecho de las formas sociales se superpone el derecho de las dimensiones de la empresa» (ROJO, «La sociedad Anónima como problema», en *RdM*, num. 187, Madrid, 1988, pág. 16). En contra, jurisprudencia consolidada no distingue para la aplicación de los preceptos de la ley en referencia a las dimensiones o características propias de la sociedad. Véase, en este sentido, SSTS de 27 de octubre de 1972 (R 5196), de 8 de marzo de 1984 (R 1204) y de 19 de febrero de 2001 (R. 3967). Este último pronunciamiento llega a expresar que: «ni la rutina, ni el carácter familiar de una sociedad anónima pueden explicar y menos justificar la inobservancia de preceptos imperativos».

<sup>143</sup> En este sentido, JUSTE MENCIA, quien señala textualmente que «análogas razones son las que mueven, también desde perspectivas económicas, a defender la posibilidad de establecer el sistema de unanimidad en algunas sociedades. Desde el punto de vista de la búsqueda de la eficiencia económica, parece razonable consentir este tipo de cláusulas, que puedan facilitar la existencia misma de algunas sociedades cerradas. Así, las soluciones que favorecen la organización de la sociedad anónima según el modelo corporativo legal, pueden obstaculizar el desarrollo de otras sociedades, cuyo sistema de funcionamiento se pretende sea más personalizado, y que paradójicamente funcionarían de forma menos eficiente en el caso de adoptar los rígidos esquemas de la estructura corporativa» (JUSTE MENCIA, *Los derechos de minoría...*, op. cit., pág. 187), siguiendo a cierta doctrina italiana (PREITE, «Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare...», op. cit., págs. 374 y ss.). Véase también, dentro de la doctrina alemana, HEFERMEHL y BUNGEROTH, en GESSLER, ECKARDT, HEFERMEHL, KROPFF, *Aktienengesetz. Kommentar* [arts. 179-191], Múnich, 1973, pág. 26.

- ANDRINO HERNÁNDEZ: «Especificación formal de los acuerdos en la Sociedad Anónima», en AAMN, XXX, II, 1991.
- ARISTÓTELES: *Política*.
- ASCARELLI: «I problemi delle società per azioni», en *Riv. Soc.*, 1956.
- ASCOLI: «Sul contratto collettivo di lavoro», en *Riv. Dir. Comm.*, 1903-I, [95].
- BARASSI: «Il principio maggioritario nel diritto privato», en *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931.
- BAUTISTA VALENZUELA: *Liber Secundus consiliorum sive responsorum iuris, Consilium CLXVIII*, Ed. Tip. María de Quiñones, Madrid, 1653.
- BÉRGAMO: *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, V. II, Madrid, 1970.
- BOIX RASPALL: *El elemento mercantil y la universalización del Derecho en los pueblos mediterráneos durante la Edad Media*, Barcelona, 1912.
- BOLAFFI: *La società semplice: contributo a la teoria delle società di persone*, Ed. Giuffrè, Milán, 1975.
- BORY DE SPINETTO (Coord.): *Manual de Historia Económica*, Vol 1.º, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1981.
- BUSANI-CANALI: «Tramonta il metodo collegiale», en *Guida alle nuove società* (Guida normativa Il Sole-24 ore), Milán, 2003.
- CARAMES FERRO: *Curso de derecho romano*, Ed. Abeledo-Perrot (9.ª ed.), Buenos Aires, 1964.
- CARLON: «La formación de la mayoría en los acuerdos ordinarios de la SRL», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, V. II, Madrid, 1971.
- DAGTOGLOU: *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960.
- DAHM: *Deutsches Recht-Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*, Stuttgart, 1951.
- DARLING BUCK: «Notes on Latin Orthography», en *The Classical Review*, Vol. 13, núm. 3.
- DE BENITO MAMPEL: «Por qué Roma ignoró la separación del Derecho Civil y el Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- DI PIETRO-LAPIEZA ELLI: *Manual de Derecho Romano*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- DUQUE: «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», en *RdS*, núm. 1, 1993.
- Absentismo del accionista y acciones sin voto», en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1988.
- *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Valladolid, 1957.
- EMBED IRUJO: «El voto plural en la sociedad anónima», *La Ley*, Madrid, 1991.
- ESPINOSA ANTA: «Derechos esenciales y protección a la minoría en la Sociedad Anónima», *RdP*, 1976, (LX).
- ESPOSITO: «Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio», en *Annali Univ. di Camerino*, Vol. VI, Padua, 1932.

- ESTEBAN VELASCO: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho Español*, Madrid, 1982.
- «Junta General de la Sociedad Anónima» [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de los socios en la nueva Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, V.I, Valladolid, 1998.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «Acuerdo social» [voz], en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades de responsabilidad limitada», en *RgD*, 1994.
- FERRI: «Delle società», en *Commentario del Codice Civile* [SCIALOJA-BRANCA], Bolonia-Roma, 1955.
- GAIN y DELASI: *Assemblées d'actionnaires et Conseil d'administration*, París, 1937.
- GALÁN CORONA: «La Junta general» en BONARDELLI LENZANO/MEJÍAS GÓMEZ/NIETO CAROL (Coords.), *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994.
- GALGANO: «Le storie parallele della maggioranza in politica e nell' Economia», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, Vol. 36, núm. 2.
- *Il principio maggioritario nelle società personali*, Padua, 1960.
- GARCÍA SANZ: «Estudios sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo», en *AHDE*, 1969.
- GARCÍA SANZ-MADURELL MARIMON: *Comandas Comerciales barcelonesas de la baja Edad Media*, Barcelona, 1973.
- GENOVESE: «Fussioni e Scissioni», en [STAROLA, Dir.], *La Riforma delle società di capitale e cooperative*, Ed. Il Sole 24 ore, Milán, 2003.
- GIACCHI: «La regola quod omnes tangit nel diritto canonico», en *Studi in onore di V. Del Giudice*, V. I, Milán, 1953.
- GIERKE: «Sulla storia del principio di maggioranza», en *Riv. soc.*, 1961.
- *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, V. II, Berlín, 1873.
- *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Vol. IV, Graz, 1954.
- *Die Staatsund Korporationslehre des Alterthums*, Berlín, 1881.
- *Rektoratsrede*, Berlín, 1902.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.
- *Derecho de sociedades*, T. I, Madrid, 1976.
- GRIPPO: *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milán, 1979.
- GROSSI: *Unanimitas*, en *Annali di storia del diritto*, V. II, 1958.
- HEFERMEHL y BUNGEROTH, en GESSLER, ECKARDT, HEFERMEHL, KROPFF, *Aktiengesetz. Kommentar* [arts. 179-191], Múnich, 1973.

HOBBS: *De cive*.

JAEGER: «Gli azionisti: spunti per una discussione», *Giur. comm.*, 1993.

JUSTE MENCIA: *Los derechos de minoría en la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

— «Derechos de Minoría», en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, AA.VV., [RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Coord.], V.I., Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1988 [Traducción de Eduardo García Máynez].

— *Democrazia e cultura*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1955.

LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.<sup>a</sup> ed, Múnich, 1989.

LEIGHT: «Un principio político medioeval», en *Scritti vari di storia del diritto italiano*, T. I, Milán, 1943.

LUZZATTO: *La coproprietà nel diritto italiano*, Turín, 1908.

MADINA: *La Adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

MAZZONI: «La tutela delle minoranze azionarie», en ROTONDI, *Inchieste di Diritto Comparato. I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padua, 1976.

MENÉNDEZ: «El absentismo de los accionistas y el desequilibrio de poder en la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, V. II, Madrid, 1976.

MOMMSEN: *Compendio del Derecho Público Romano*, Ed. Jiménez Gil, Pamplona, 1999.

MÜLLER-FREIENFELS: *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Ed. Tübingen-J.C.B Mohr, Tübingen, 1955.

MUÑOZ MARTÍN: *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, Ed. Lex-Nova, Valladolid, 1991.

NAUDON: «Los orígenes religiosos y corporativos de la Franco-Masonería», en *Historia y Tradición*, Ed. Dervy, París, 1953.

NISSSEN: *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

OSTI: *Contratto, concetto e distinzione*, Turín, 1938.

OTAEGUI: *Concentración Societaria*, Ed. Abaco [Rodolfo Depalma], Buenos Aires, 1984.

PALA BERDEJO: «El Cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas», en *RdM*.

PATERNOTTRE: *Las actas de las Juntas de accionistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

PERRINO: «Sulla non collegialità del procedimento deliberativo di società di persone: il caso di esclusione del socio», en *Rivista di diritto dell' impresa*, 1997.

POLO SÁNCHEZ: «Abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* [Coord. IGLESIAS PRADA, J.L.], V. II, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

PREITE: «Il conflitto de interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare», en *Riv. soc.*, 1988.

- RAGUSA MAGGIORE: «Collegialità e maggioranza nell'esclusione del socio nelle società personali», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, núm. 73, 1998.
- RESTAINO, en SANDULLI-SANTORO (Dir.), *La Riforma delle società*, Turín, 2003.
- RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne* [2.ª ed.], París, 1951.
- RODRIGUEZ ARTIGAS: «La Junta General de socios», en AA.VV., *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RdS*, Madrid, 1994.
- «Instituciones de Inversión Colectiva (sociedades y fondos de inversión)», en *RDBB*, 1989.
- ROJO: «La sociedad Anónima como problema», en *RdM*, núm. 187, Madrid, 1988.
- ROMANO- PAVONI: *Le deliberazioni delle Assemblee delle Società*, Ed. Giuffrè, Milán, 1951.
- ROUSSEAU: *El contrato social*.
- RUFFINI AVONDO: *Il principio maggioritario: Profilo storico*, Ed. Bocca, Turín, 1927.
- *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Ed. Bocca, Turín, 1927.
- SÁNCHEZ CALERO: *La Junta General en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.
- SANDULLI: *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1940.
- SCHMIDT, D: *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, París, 1970.
- SENA: *Il voto nella Assemblea della società per azioni*, Ed. Università degli studi di Milano, Milán, 1961.
- SERRA: «L'assemblea: procedimiento», en COLOMBO y PORTALE [Dir.], *Trattato delle società per azioni*, Turín, 1994.
- TRIMARCHI: *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Ed. Giuffrè, Milán, 1958.
- URÍA, en GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* [3.ª edición, revisada por MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M.], T. I, Madrid.
- VALENTINI: *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Ed. Giuffrè, Milán, 1968.
- VENDITTI: *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Nápoles-Génova, 1955.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1991.
- VIERA GONZÁLEZ: *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*, Pamplona, 2002.
- VITALEVI: *Trattato della comunione dei beni*, Vol. II, Turín, 1884.
- VITTA: *Gli atti collegiali*, Roma, 1920.
- URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS: «La Junta General de Accionistas», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA [Dir.], *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, T. V, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- ZALDÍVAR, MANOVIL, RAGAZZI, ROVIRA y SAN MILLÁN, en *Cuadernos de Derecho Societario*, T. I, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1973.
- ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, Milán, 1936.