

2 es.



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ATIPICIDAD EN LAS CLAUSULAS ESTATUTARIAS EN LA SOCIEDAD ANONIMA"

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JUAN CARLOS GUERRERO LUNA



MEXICO, D. F.

JUNIO DE 1998.

**TESIS CON FALLA DE ORIGEN**

263183



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

## FACULTAD DE DERECHO.

### SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.**  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
PRESENTE.

El alumno **JUAN CARLOS GUERRERO LUNA**, realizó bajo la dirección de este Seminario y con la asesoría del **DR. ENRIQUE GUADARRAMA LOPEZ**, el trabajo intitulado **"ATIPICIDAD EN LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA"**, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante

*"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."*

Atentamente,

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**  
Ciudad Universitaria, a 12 de mayo de 1998

**DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.**  
DIRECTOR

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c c p Secretaría General de la Facultad de Derecho  
c c p Dr Alberto Fabian Mondragón Pedrero  
c c p Dr Enrique Guadarrama Lopez  
c c p Alumno  
c c p Archivo Seminario

**A Dios a quien le debo el ser.**

**A la memoria de mi madre.**

**A la familia Guerrero y amigos porque sin su ayuda no hubiera sido posible la elaboración de este trabajo.**

**A mis hermanas Claudia y Nora con una muy especial dedicatoria, las quiero.**

**A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México por darme la oportunidad de formarme en sus aulas.**

**A la Notaría nueve del Distrito Federal, gracias.**

# INDICE

## INTRODUCCION

### CAPITULO PRIMERO

#### ANTECEDENTES

##### I).- SURGIMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL CAMPO DEL DERECHO.

GENERALIDADES .....	2
PRIMERA ETAPA.	
A).- SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO.....	6
B).- SOCIEDAD EN COMANDITA.....	9
SEGUNDA ETAPA.	
A).- SOCIEDAD ANONIMA.....	10
B).- SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES.....	13
C).- SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.....	14
II).- REMENBRANZA HISTORICA-JURIDICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA	
A).- EN DERECHO COMPARADO.	
a).- FRANCIA.....	17
b).- ESPAÑA.....	19
c).- ITALIA.....	21
d).- HOLANDA.....	23
B).- EN DERECHO MEXICANO.	
a).- CODIGO DE COMERCIO DE 1854.....	26
b).- CODIGO DE COMERCIO DE 1884.....	28
c).- LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1888.....	31
d).- CODIGO DE COMERCIO DE 1889.....	32
e).- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934.....	34

### CAPITULO SEGUNDO

#### CARACTERISTICAS GENERALES DEL DERECHO DE SOCIEDADES

I).- ASPECTOS GENERALES .....	38
A).- SU ASPECTO FUNCIONAL.....	40
B).- SU ASPECTO MORFOLOGICO .....	41
II).- AMBITO DE APLICACION DE LAS SOCIEDADES	
A).- GENERALIDADES.....	42
B).- SOCIEDADES CIVILES.....	42
C) - SOCIEDADES MERCANTILES .....	46
a) - SOCIEDADES PERSONALISTAS.....	49
b).- SOCIEDADES DE CAPITALES.....	52

III).- LA FUNCION ECONOMICA, SOCIAL Y JURIDICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.	
A).- GENERALIDADES.-	-54
B).- EL ESTADO Y LA SOCIEDAD ANONIMA	-56
C).- LA SOCIEDAD ANONIMA EN LA ACTUALIDAD MEXICANA.	-61
D).- LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA Y LA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA.-	-63

### CAPITULO TERCERO

#### LOS ESTATUTOS SOCIALES Y LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO ORGANO SUPREMO EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

I).- NOCIONES GENERALES.-	-67
II).- LOS ESTATUTOS SOCIALES.	
A).- CONCEPTO.-	-68
B).- CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS SOCIALES	-73
a).- REQUISITOS GENERALES, ARTICULO 6 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.-	-74
b).- REQUISITOS ESPECIALES PARA LA SOCIEDAD ANONIMA.-	-82
C).- REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO.-	-86
III).- LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.	
A).- CONCEPTO Y GENERALIDADES.-	-87
B).- CLASES DE ASAMBLEAS.-	-90
a).- ASAMBLEA CONSTITUTIVA	-91
b).- ASAMBLEAS GENERALES.	-92
c).- ASAMBLEAS ESPECIALES.	-97
d).- ASAMBLEAS MIXTAS.-	-98
e).- ASAMBLEAS TOTALITARIAS.-	-99
C).- FUNCIONAMIENTO Y DESARROLLO DE LAS ASAMBLEAS.	
a).- CONVOCATORIA.-	-100
b).- INSTALACION DE LA ASAMBLEA Y DESIGNACION DEL PRESIDENTE,- SECRETARIO Y ESCRUTADOR	-107
c).- QUORA EN LAS ASAMBLEAS	-109
d).- ACTAS DE LAS ASAMBLEAS, SU PROTOCOLIZACION Y REGISTRO	-111

**CAPITULO CUARTO**  
**PROBLEMATICA DE LA ATIPICIDAD EN EL DERECHO DE SOCIEDADES Y LA ATIPICIDAD**  
**ESTATUTARIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA**

I).- CONSIDERACIONES GENERALES DE LA NORMATIVIDAD DEL PENSAMIENTO JURIDICO SOCIETARIO.	
A).- LOS CONCEPTOS DE TIPICIDAD, ATIPICIDAD, NOMINADO E INOMINADO.	-117
B).- IMPORTANCIA ECONOMICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN EL ESTADO Y PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	-121
II) - NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES.	
A).- TEORIA DEL ACTO COLECTIVO.	123
B).- TEORIA DEL ACTO CONSTITUTIVO.	126
C).- TEORIA DEL ACTO COMPLEJO.	127
D).- TEORIA CONTRACTUALISTA.	129
E) - LA SOCIEDAD COMO CONTRATO EN EL DERECHO MEXICANO.	-130
III).- EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.	132
IV).- EL ORDEN PUBLICO.	138
V).- LAS BUENAS COSTUMBRES.	-140
VI) - LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA ATIPICIDAD EN LA NORMATIVIDAD SOCIETARIA	
A) - LOS LIMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.	142
a) - INTERNOS.	-144
b).- EXTERNOS.	145
1).- LAS NORMAS PROHIBITIVAS Y LAS NORMAS IMPERATIVAS	145
2).- EL ORDEN PUBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES.	-149
VII).- LA TEORIA GERMANICA DE LOS LIMITES INMANENTES Y LOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL TIPO SOCIAL "SOCIEDAD ANONIMA" COMO LIMITE DE LA AUTONOMIA PRIVADA	150
VIII).- PROPUESTA-	-155
IX).- ANALISIS DE ALGUNAS CLAUSULAS CON UN CONTENIDO ATIPICO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANONIMA.	-157
CONCLUSIONES.	-164

**BIBLIOGRAFIA.**

## INTRODUCCION

La persona considerada como la base, fuente y fin del derecho y en uso de la libertad que la caracteriza goza de un poder creador de normas jurídicas que el derecho le ha reconocido a lo largo de su existencia, ese poder en Derecho se traduce en el adagio conocido como el “Principio de la Autonomía de la Voluntad” ( *Todo lo que no esta prohibido ni mandado esta permitido*).

El hombre en las diferentes facetas del orden jurídico hace uso de dicho principio justificando así la creación de un sin fin de normas jurídicas; es por eso importante saber cuales son las limitantes que tiene la autonomía privada, evitando que los caprichos y escapes del hombre desvirtúen el fin de la misma abusando del Derecho, siendo el objetivo principal de la presente tesis el fijar los límites a la autonomía privada aplicados a los accionistas de la sociedad anónima que reunidos en Asamblea constitutiva o en Asamblea General de Accionistas creen o reformen los estatutos sociales dando nacimiento a cláusulas atípicas. En el derecho Mexicano la atipicidad societaria es un problema que se encuentra presente en el desarrollo profesional del abogado, siendo el motivo principal de la elaboración del presente trabajo que en mi práctica notarial en el momento que el cliente solicita la protocolización de un acta de asamblea en la que se acordaba el reformar cláusulas de los estatutos sociales, muchas veces acordaban cuestiones totalmente contrarias a las disposiciones legales y otras que no modificaban el texto legal sino atentaban contra características esenciales del tipo social en cuestión, además de las valiosas aportaciones y cuestionamientos de las cátedras de la materia de Sociedades Mercantiles, impartidas por el Dr. Guadarrama en la Facultad de Derecho, fueron todas esas inquietudes las que me orillaron a desarrollar la presente tesis.

Inicio el desarrollo del presente trabajo analizando los antecedentes de las sociedades mercantiles y haciendo una remembranza jurídico- histórica de la sociedad anónima en el Derecho Mexicano y en los países en donde ha tenido una presencia importante.

Situándonos ahora en el ámbito del Derecho de sociedades, la autonomía privada tiene una presencia enorme en la regulación de la sociedad anónima, por ser entre otras cosas una figura destinada a cubrir necesidades acordes a los intereses de los particulares y es precisamente por eso que los mismos tienen la libertad de crear normas jurídicas según convenga a sus intereses.

La sociedad anónima en la actualidad es cada vez más importante ya que la economía de nuestro país requiere de una gran concentración de capitales y por ello las sociedades mercantiles constituyen elementos esenciales, en especial la sociedad anónima.

Posteriormente en el segundo capítulo analizo algunas características generales del Derecho de sociedades como *los aspectos funcionales y morfológicos de las sociedades, siempre enfocados al tipo social "sociedad anónima"* que tiene una gran importancia en el tema desarrollado en el último capítulo debido a las causas y funcionalidad de la misma, aunado al considerar algunas cuestiones relativas para integrar los elementos caracterizadores del mencionado tipo social; asimismo hablaré de los ámbitos de aplicación de las sociedades civiles y mercantiles y de la presencia de la sociedad anónima en el Estado mexicano contemporáneo.

En el capítulo tercero abarco lo referente a los estatutos sociales de una sociedad que son un *conjunto de normas integradoras, entre otras del contrato social*, las cuales se refieren a la organización y funcionamiento de la misma, es además importante a mi juicio conocer cuál es el contenido de dichos estatutos y así desprender que la asamblea que es el órgano competente para tomar acuerdos de creación o modificación de los mismos, al efecto tome una resolución

que implique la modificación a los estatutos sociales para añadir una cláusula con contenido atípico, de ahí la importancia de desarrollar lo referente a la Asamblea General de Accionistas, es decir es el campo de actuación de los accionistas para crear una norma con un contenido atípico.

Más adelante analizo los temas que considero importantes para darle una solución al problema de saber cuáles son los límites que existen en el Derecho Mexicano en los que no hay cabida a la posibilidad de que los accionistas de la sociedad anónima pacten una cláusula atípica, tomando en consideración que el problema es precisamente saber cuáles son esas limitantes, esos límites inmanentes, para lo cual se consideraron algunos conceptos jurídicos indeterminados (*orden público y buenas costumbres*), así como a las normas inderogables y la aplicación de la Teoría Germánica de los Límites Inmanentes a la Autonomía Privada; fijando los límites a la actuación de la autonomía privada de los accionistas en la sociedad anónima.

Finalmente hago una pequeña aplicación práctica de dichos límites de la autonomía privada a algunos supuestos de cláusulas atípicas en la sociedad anónima, anticipando que dichos ejemplos son sólo ejemplificativos y no limitativos, ya que en base a ese poder creador de normas jurídicas del que goza el hombre surgen una infinidad de variantes de las mismas.

## **I).- SURGIMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL CAMPO DEL DERECHO.**

### **GENERALIDADES.**

La naturaleza eminentemente social del hombre lo lleva a organizar sus esfuerzos en las diferentes actividades que realiza, uniéndose a otros y asociándose con ellos con el propósito de alcanzar con mayor facilidad y rapidez provechos y beneficios comunes. En el aspecto económico de una forma muy especial el hombre ha desarrollado con mayor énfasis esa característica típica de asociarse, debido a que el ser humano es un ser social, un ser que necesita convivir con otros para alcanzar sus metas y tener así una mejor calidad de vida.

A lo largo de la historia del hombre el aspecto económico ha tenido un gran significado, podríamos hacer una escala histórica en cada época de la humanidad pero tomaremos como punto de partida: la Edad Media.

En esta época el sistema económico que se utilizaba era el de una economía cerrada, es decir, la organización social se basaba en feudos, en los que sólo se producía lo que exactamente se consumía, pero sin salir del feudo. Sin embargo, tan pronto como la economía cerrada resulta inadecuada a la compleja organización de una sociedad, en virtud del surgimiento y crecimiento de las pequeñas ciudades, de la aparición de nuevas vías de comunicación y en virtud de la necesidad de satisfacer nuevas demandas para una mejor forma de vida surge el fenómeno del trueque. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mantilla Molina Roberto, "Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, México, 1996, pp. 3-6. José Girón Tena comenta que para el análisis de la evolución de los tipos de empresa comenzara apartir de la época medieval. En esta época la extensión y vida económica se desarrolla sobre la organización del campo apoyada en el dominio señorial y sobre la organización artesana de los sectores urbanos. Al lado de esta estructura en lugares diversos, tiempos distintos, por razones más o menos admitidas, es el hecho de que de los siglos X al XII se produce un importante renacimiento económico y un desarrollo de un comercio a distancia interlocal o internacional, que se apoyaba en ciudades más o menos libres; "Las Grandes Empresas", (Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial), La Gran Sociedad Anónima, Los Grupos de Sociedades), Publicaciones de los seminarios de la facultad de Derecho, México- Valladolid, España, 1965, p. 23.

El trueque consistía en que los feudos produjeran en exceso determinados satisfactores pero no pueden producir otros que son elaborados por otras unidades económicas, por tal motivo surge el trueque sobre trueque, ya no como satisfactor de primera necesidad, sino como un aspecto lucrativo.<sup>2</sup>

En el desarrollo de esta época el sistema feudal decae, dando lugar a que exista una proliferación increíble de las transacciones comerciales; como consecuencia necesaria de realizar cambios entre las distintas unidades económicas de manera especializada, una persona o un grupo determinado de personas cuya actividad económica consista justamente en efectuar trueques, no con el propósito de consumir los objetos adquiridos, si no con el de destinarlos a nuevos trueques que llevarán el satisfactor de quien los produce a quien lo ha de ocupar para su consumo. Surge así el comercio, el cambio para el cambio, surge el comerciante, el hombre que se dedica a interponerse para facultarlo en el cambio de satisfactores.<sup>3</sup>

Jorge Barrera Graf y Joaquín Garrigues dicen que es precisamente la Edad Media la época en que nace el Derecho Mercantil como rama especial del Derecho para regular las nuevas y crecientes necesidades de los comerciantes destinada precisamente al comercio. Este Derecho surge en virtud de que las actividades de los comerciantes empezaron a florecer de una manera considerable ya que los mismos comerciantes dejaron de encontrar soluciones jurídicas adecuadas cuando la actividad del pretor decayó y las reglas e instituciones del Derecho

---

<sup>2</sup> Puente y Flores Arturo, "Derecho Mercantil", Editorial Banca y Comercio, S A. de .C.V., México, 1993, p. 3. Al respecto comenta que debido a las necesidades de hacer públicas las transacciones para que el comerciante no se considerase un asaltante se creó la institución del mercado como lugar público para realizar las transacciones.

<sup>3</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 3. De Pina Vara Rafael dice que el auge del comercio es esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles que el derecho común era incapaz de regular las nuevas condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio, "Elementos de Derecho Mercantil Mexicano", Editorial Porrúa, México 1994, p. 18.

Romano resultaron insuficientes o inconvenientes por su esquematismo y excesivo formalismo.<sup>4</sup>

Así nace el Derecho Mercantil para regular la actividad y proteger los intereses de los comerciantes, los cuales se ven en la necesidad de agruparse en gremios, corporaciones y consulados que enfatizan ese interés a la actuación conjunta o unitaria debido a los abusos de los que eran objeto. En la función de la actividad gremial y en tanto que el comerciante gremio se inscribía o matriculaba en la corporación, las reglas del grupo se aplicaban a cada uno de sus socios y servían para dirimir los conflictos entre ellos y sus clientes.<sup>5</sup>

Estos gremios y corporaciones surgieron en las grandes ciudades comerciales italianas: Amalfi y Venecia en los siglos X y XI; Pisa y Génova en el siglo XII; Siena, Milán y Bolonia en los siglos XII y XIII, y más adelante en Florencia.

Fuera de la Península Itálica y motivadas por el mismo fin y causa surgen posteriormente en los países bajos como Gante y Brujas; en Francia, Marsella, Tolosa y Lyon; en España, Sevilla, Burgos y Bilbao; en Alemania, Lubeck, Visby y Danzing y otras ciudades más antiguas como Colonia y Hamburgo adquirieron un auge extraordinario con la formación de la Hansa Teutónica en el siglo XIV, que era una agrupación de comerciantes que negociaban en Alemania, Polonia, Países Bálticos y Rusia.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 11-12 y Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa 1993, p. 29. Barrera Graf comenta que sólo en esta época nace el Derecho Mercantil como rama especial, ya que con anterioridad al Derecho Romano ya existían disposiciones de carácter especial, como por ejemplo las leyes Rodhias de Iactu, que son precursoras de la reglamentación de la cuería, del seguro, etc. y que el Derecho Romano ya regulaba los principios de dicha ley.

<sup>5</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p. 12.

En esta época surge la matriculación la cual consistía en la inscripción obligatoria del comerciante en la corporación respectiva para ser considerado como miembro de la misma y para verse beneficiado con la protección de sus intereses contra el despotismo de los señores feudales, Bauche Garcíadiego Mario, "La empresa", Editorial Porrúa, México, 1993, p. 4.

<sup>6</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., pp. 4-5.

En la Edad Media el Derecho Mercantil creció en forma impetuosa, creando no solamente nuevos contratos sino también sirvió como marco de aparición de las sociedades mercantiles,<sup>7</sup> cuyo análisis jurídico-histórico desarrollaremos a continuación.

Históricamente aparecen y se regularon primero las sociedades personalistas en virtud de la característica esencial que las identifica, la calidad de la persona en sí y de surgir en los pequeños círculos familiares para normar relaciones entre parientes y amigos, y posteriormente las sociedades capitalistas. Las sociedades personalistas cuyos antecedentes más remotos se encuentran en Roma a través de las *societa vectigalium* y *publicanorum*,<sup>8</sup> se reconocieron en la Edad Media a través de los círculos familiares y se establecieron para normar relaciones entre parientes y amigos.<sup>9</sup>

Huvelin citado por Barrera Graf dice que el llamado "Foenus Nauticum" es el antecedente más remoto de las sociedades personalistas; ésta era una operación de crédito en cuya virtud un capitalista entregaba un objeto de valor, generalmente dinero, a un empresario marítimo, con obligación de reembolsar y pagar grandes intereses si el viaje resultaba satisfactorio y sin obligación alguna en el caso de que éste fuera ruinoso.

Más adelante con el nacimiento de la sociedad anónima que surge para atender necesidades más amplias de grupos de personas con intereses y de círculos económicos variados y heterogéneos, nacen las sociedades capitalistas.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Idem, p. 15. En el mismo sentido Alfredo Rocco al decir que en la época de la Edad Media se remontan los orígenes de las más importantes instituciones del Derecho Mercantil: los diferentes tipos de sociedades, sobre todo la colectiva y la comanditaria; "Principios de Derecho Mercantil", Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1931, p. 14.

<sup>8</sup> Las *societas vectigalium* y *publicanorum* del Derecho Romano eran sociedades formadas para tomar en arrendamiento los impuestos y encargarse de su percepción, y en ellas las responsabilidades de los socios eran limitadas y sus derechos en las sociedad podían ser transmitidos, Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 335.

<sup>9</sup> José Girón Tena comenta que en el sector medieval de la organización agraria señorial y artesanal es en donde nace la sociedad civil, que comienza bajo una forma jurídica de comunidad familiar tácita, se trata de un tipo en el que el aglutinamiento jurídico de sus miembros viene dado por la idea de que fluye el grupo familiar o cuasi familiar, op. cit., p. 23.

<sup>10</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit, p. 23.

Si bien es cierto que no se pueden fijar con exactitud las fechas del nacimiento de cada sociedad mercantil ejemplificaremos su evolución en el campo jurídico haciendo un breve señalamiento en el orden de aparición, para lo cual su análisis se dividirá en dos grandes etapas: la primera corresponde a las SOCIEDADES PERSONALISTAS y la segunda a las SOCIEDADES DE CAPITALES, cuyas características se analizarán más adelante.

## **PRIMERA ETAPA.**

### **A).- SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO.**

Este tipo social es la sociedad personalista por antonomasia como lo dice Girón Tena,<sup>11</sup> precisamente por ser la primera sociedad mercantil que surge teniendo como elemento esencial la calidad de la persona en sí.

La sociedad en nombre colectivo conforme al artículo 25 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.

Las características esenciales de la colectiva es como en todo tipo de sociedad mercantil el régimen referente a la responsabilidad del socio para con las deudas sociales.<sup>12</sup>

La ley señala tres diferentes clases de responsabilidad de los socios por las deudas sociales en este tipo de sociedad: subsidiaria, ilimitada y solidaridad.

Subsidiariamente implica que no puede exigírsele a los socios el pago de las deudas sociales sino después de habérselo requerido a la sociedad; la solidaridad implica que el acreedor una vez de cumplir con las reglas de subsidiariedad puede exigir a cualquiera de los socios el

---

<sup>11</sup> Girón Tena José, *op. cit.*, p. 26.

<sup>12</sup> Mantilla Molina Roberto, *op. cit.*, p. 254.

importe total de la obligación a cargo de la sociedad, sin que la deuda se divida entre todos los obligados al pago (socios), y finalmente la responsabilidad ilimitada consiste en que los socios responden de las deudas sociales con todo su patrimonio, osea, ilimitadamente.<sup>13</sup>

La mayoría de los autores coinciden en fijar el origen de este tipo social en el seno de las familias de mercaderes de la Edad Media.<sup>14</sup>

*Estas sociedades comienzan en el seno de una familia con el negocio mercantil del padre y más tarde con los herederos del mismo, constituyendo entre ellos una especie de comunidad familiar, que debido al desarrollo económico de la propia sociedad y de la fuerza expansiva de la vida de los negocios comerciales se convertiría en una comunidad de trabajo de personas sin parentesco alguno, pero siempre evolucionando con el elemento de confianza mutua y de compañerismo de la colectiva.*<sup>15</sup>

La extensión de los lazos familiares o personales busca la multiplicación de la actividad empresarial. El hecho de estar formada inicialmente por una base familiar significaba hacer posible abarcar las distintas plazas centralizadoras del comercio internacional, situándose en cada plaza miembros de confianza de los de la misma familia.

Esta sociedad llevaba el nombre de la propia familia: de los Bazardí, Peruzzi, Alberti, Tolemei, Welsler, Fugger, etcétera<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Idem, pp. 254-255.

<sup>14</sup> Joaquín Garrigues y Díaz Canabate comenta que es difícil fijar el origen cierto de la sociedad colectiva, pero nace en la Edad Media con las familia de mercaderes, op. cit., p. 352. En el mismo sentido Mario Bauche Garcíadiego, op. cit., p. 485; Roberto Mantilla, op. cit., p. 253; Brunetti Antonio, "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo I, Traducción por Felipe Solá Cañizares, Argentina, Buenos Aires, p. 242 y José Girón Tena, op. cit., p. 26.

<sup>15</sup> Al respecto la Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que la regulación legal conserva la estructura tradicional de la colectiva, como una sociedad fundada en el crédito personal de los socios y la reciproca confianza entre ellos.

<sup>16</sup> Bauche Garcíadiego Mario, op. cit., p.485.

Esta clase de sociedad comprende un patrimonio irrevocable afecto al fin social, aportado por los socios principales que generalmente eran miembros de la familia base; asimismo había aportaciones suplementarias de los socios con afectación al fin menos firme, de igual forma hay aportaciones de dinero de personas más alejadas a la familia . Hay personas interesadas en el negocio de la familia que están a pérdidas y a ganancias con duración variada. Estas relaciones se mezclan , además con las de organización de establecimientos en lugares lejanos que se presentan como sociedades independientes, pero controladas por la casa central.<sup>17</sup>

Joaquín Garrigues expresa que la sociedad colectiva surge sin tener las características de la colectiva actual (el género de responsabilidad de los socios) y muy avanzada la Edad Media aún no aparece la colectiva con su fisonomía moderna.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista del Derecho escrito fue regulada por primera vez en España en las Ordenanzas de Bilbao, que no las contemplaba con nombre alguno, sin embargo, si tenían las características de las compañías de comercio, que son las correspondientes a la colectiva. Joaquín Garrigues dispone que en las Ordenanzas de Bilbao se regulaban de la siguiente forma: “ ... XIII del capítulo ... X.- entendiéndose que aquél o aquellos bajo cuya firma corriere la compañía estarán obligados, además del fondo o ganancia que en ellas les pertenece con todo el respeto de sus bienes habidos y por haber...”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Girón Tena José, op. cit., pp. 26-28.

<sup>18</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 352. Joaquín Rodríguez al respecto opina que la sociedad en nombre colectivo es una germinación espontánea de la empresa, históricamente ligada a la vida familiar y a la continuidad del nombre ancestral surgiendo naturalmente cada vez que un número restringido de personas se reúne para el ejercicio de la empresa, “Tratado de Sociedades Mercantiles”, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1993, p. 195.

<sup>19</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 353.

Es reconocida legislativamente hasta la Ordenanza Francesa de 1673 con el nombre de "sociedad general", posteriormente es regulada por la legislación codificada francesa bajo la denominación de "sociedad en nombre colectivo".<sup>20</sup>

## **B).- SOCIEDAD EN COMANDITA.**

Este tipo social a juicio de la mayoría de los autores, surgió en la Edad Media, con el contrato de "COMMENDA" o "COLLEGANTIA", por el que una persona llamada "commendator", entregaba dinero u otros bienes a otra parte llamada "tractator commendatarius" para que lo empleara en negocios mercantiles y se repartieran las ganancias obtenidas.<sup>21</sup> Sin embargo planteado así el contrato de commenda se apróxima más a lo que hoy conocemos como "asociación en participación", por eso dice Joaquín Garrigues que la asociación en participación y la sociedad comanditaria tienen un mismo fundamento económico: otorgan a un capitalista la posibilidad de participar con una aportación patrimonial en un negocio mercantil dirigido por otro y que no hay tal antecedente en la commenda normal, más bien la sociedad comanditaria surge cuando ambas partes aportan capital.

En los inicios de la sociedad en comandita el capitalista se manifiesta al exterior como participe en el negocio y responsable frente a los acreedores, su nombre se inscribe en los libros de la sociedad y el contrato social en el registro mercantil.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p. 535.

<sup>21</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 378. Digo que a juicio de la mayoría de los autores porque otros como Arcangeli consideran que la comandita ha surgido históricamente de la colectiva por la limitación de alguno de sus socios y Seraloja considera que la comandita es el resultado de la fusión de la estructura social de la colectiva con el principio de la responsabilidad limitada a la aportación, arraigado en la práctica por la difusión de toda una gama de negocios, de la cual la commenda en sentido estricto no es si no el más característico, ambos citados por Mantilla Molina Roberto.

<sup>22</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 378.

La sociedad en comandita tuvo gran desarrollo en Francia, y de la Ordenanza Francesa de 1678 pasó al Derecho codificado francés y después al Derecho español en 1829.

La sociedad en comandita presenta como característica imprescindible la presencia de dos clases de socios: los comanditados que responden de la misma manera que un socio en la sociedad colectiva (subsidiaria, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales) y por los comanditarios, que solo responden de las obligaciones sociales hasta una cantidad previamente determinada.<sup>23</sup>

## **SEGUNDA ETAPA.**

Los tipos societarios de empresa que se han analizado siguen en un proceso interno de evolución cuyos detalles no tienen relevancia suficiente como para detenerse en ellos, lo que los tiempos traen de nuevo es el Mercantilismo, que situándonos todavía en la época medieval trae consigo la aparición de nuevos tipos sociales, dentro de ellos la gran sociedad anónima.<sup>24</sup>

### **A).- SOCIEDAD ANONIMA.**

No puede precisarse con exactitud el origen de la sociedad anónima, sin embargo haremos un análisis acogiéndonos a las tesis más sobresalientes.

Mantilla Molina dice: "las llamadas societates publicanorum del Derecho Romano no tienen lazo directo alguno con las modernas sociedades anónimas, ya que aquellas eran sociedades creadas para tomar en arrendamiento los impuestos y encargarse de su percepción. A esta postura se podría decir que si bien es cierto que no hay un antecedente "directo" como aparece

---

<sup>23</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 274.

<sup>24</sup> Girón Tena José, op. cit., pp. 30-31.

más adelante, si hay características que pueden hilar a esa sociedad con la actual sociedad anónima, como lo era la responsabilidad limitada de los socios, característica esencial en la moderna sociedad anónima y la facilidad de transmitir sus derechos en la sociedad.<sup>25</sup>

Ascarelli y Salvo Alfagem citados por Joaquín Garrigues han pensado que la sociedad anónima nació como evolución de la sociedad comanditaria, en virtud de la idea de que los socios quedaban obligados hasta el monto de su aportación, no obstante la corriente opuesta ha pensado que la sociedad anónima y la sociedad comanditaria surgieron por vías distintas.<sup>26</sup>

Enrico Soprano citado por Mantilla Molina<sup>27</sup> señaló la posibilidad de concebir la existencia de la sociedad anónima desde el siglo XIII, con la creación de sociedades para la explotación de molinos, cuyo capital estaba dividido en sacos fácilmente cedibles.

Frémery Laband pretendió fijar el origen de la sociedad anónima en la "COLONNA", una sociedad que nació para la explotación de un navío, cuyos socios respondían hasta el monto de su aportación.<sup>28</sup>

En el Código de las Costumbres de Tortosa y en el Consulado del Mar ya se encontraban reguladas características de las señaladas anteriormente.

Más adelante llegan con mayor éxito quienes pretenden fijar los antecedentes de la sociedad anónima principalmente en dos países: Italia y Holanda, dentro de estos juristas se encuentran básicamente Benito, Antonio Brunetti, Lyon-Coen y Renault y Monaro<sup>29</sup>.

1.- En **ITALIA**, en las relaciones entre el Estado y sus acreedores. Mayor semejanza tienen con la moderna sociedad anónima las asociaciones de acreedores del Estado frecuentes en las

---

<sup>25</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 335. En el mismo sentido Jorge Barrera Graf al disponer que la sociedad anónima no es producto del Derecho Romano, aunque éste sí conoció y reguló tanto al contrato de *societas*, como a sociedades personales con fines no privados, ni lucrativos, como las *societates publicanorum*, op. cit., p.387.

<sup>26</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., pp. 408-409.

<sup>27</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 336.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 336.

<sup>29</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., pp. 406-408.

ciudades medievales italianas y que tienen su origen en los grandes empréstitos que tomaban los gobiernos de las ciudades. Ante la imposibilidad de pagar los grandes intereses los gobiernos concedían a sus acreedores el derecho de cobrar los impuestos.<sup>30</sup>

Las asociaciones creadas por estos acreedores eran llamadas "**MONS, MASSA O MAONA**", cuyo capital estaba integrado por la cantidad prestada.

Así surge la "Casa Di San Giorgio", en Génova, en la que ya se ponía de manifiesto la responsabilidad limitada de los socios, la división del capital social en partes iguales, así como la transmisión de sus derechos, y de acuerdo a las características antes señaladas podemos encontrar un lazo "funcional" entre aquellas y las actuales sociedades anónimas.<sup>31</sup>

Posteriormente a principios del siglo XV cuando dicha "Casa Di San Giorgio" asume actividades financieras y bancarias lucrativas transformándose en "Banco Di San Giorgio" se muestra un gran aspecto "corporativo" similar o más parecido al actual por la aparición y estructura más clara en sus órganos sociales.

Más adelante en 1592 surge en Milán el "Banco Di San Ambrogio", con las mismas características que el "Banco Di San Giorgio", pero posteriormente en 1598 se transforma en banco por acciones, que es una característica de la actual sociedad anónima.<sup>32</sup>

2).- En **HOLANDA**. La mayoría de los autores<sup>33</sup> coinciden en que la sociedad anónima concebida con las características actuales surge con la creación de grandes empresas en Holanda a principios del siglo XVII.

La sociedad anónima surge a raíz de los descubrimientos y colonización de nuevas tierras. Surge en el seno de las compañías coloniales para el servicio de fines políticos y económicos

---

<sup>30</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 337.

<sup>31</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 409.

<sup>32</sup> Idem, p. 409.

<sup>33</sup> Joaquín Garrigues, Jorge Barrera Graf, Roberto Mantilla, Joaquín Rodríguez y Mario Bauche Garcíadiego ya citados.

de nuevos estados, con funciones mezcladas como económicas, administrativas, militares, etc.<sup>34</sup>

Estas nuevas sociedades se formaban exclusivamente por aportaciones en dinero, que convirtieron al dinero en empresario, sustituyendo la base personal propia de la empresa individual y de la compañía colectiva por la base estrictamente capitalista, propia de la sociedad anónima.

Empresa que surgió con estas bases fue la "Asociación de Armaderos de Buques o Sociedades Navales", de cuya agrupación se tiene el antecedente más directo de la sociedad anónima.

Así surgieron las compañías de descubrimiento y colonización de nuevas tierras como la "Compañía de las Indias Orientales en 1602; la "Compañía Inglesa de las Indias Orientales" en 1612; la "Compañía Sueca" en 1615; la "Compañía Danesa de las Indias Orientales" en 1616; la "Compañía Holandesa de las Indias Occidentales en 1621; y la "Compañía Francesa de las Indias Occidentales y Orientales" en 1664.<sup>35</sup>

Esta evolución que satisface grandes necesidades del ser humano da origen a que surja la sociedad anónima con sus características funcionales y corporativas actuales.

## **B).- SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES.**

En sus inicios la sociedad anónima destacaba su absoluta dependencia del Estado para su creación y desarrollo, ya que se dotaba a la sociedad de un estatuto en el mismo decreto de creación o bien permitía que los interesados formularan sus propios estatutos, pero siempre apegados a las bases del "OCTRONI", que era un acto de incorporación y de concesión por parte del Estado.

---

<sup>34</sup> Girón Tena José, op. cit., p. 31.

<sup>35</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 409.

La sociedad anónima requería pues de una autorización por parte del Estado para crearse; además estaba sujeta a una estricta vigilancia por parte del mismo y a varias y complejas autorizaciones. Debido a estas dificultades para la constitución de la sociedad anónima, surge en el siglo XVIII la sociedad en comandita por acciones que permitía la afluencia de grandes y pequeños capitales sin las dificultades de la constitución de la sociedad anónima.<sup>36</sup>

En otro aspecto permitía a los socios colectivos ser los dueños de la administración de la sociedad, pero con el paso del tiempo el centro de gravedad se desplazó desde el elemento personal al elemento real: los accionistas comanditarios consiguen el predominio en la sociedad y el crédito de la misma comenzó a fundarse en el crédito de los comanditarios, a contrario sensu de lo que sucedía en la sociedad en comandita simple, precisamente por eso el Derecho alemán ha llegado a considerar a la sociedad en comandita por acciones en una subespecie de la sociedad anónima.<sup>37</sup>

El Derecho francés destaca la importancia de los socios con una responsabilidad ilimitada y el Derecho español considera que la sociedad en comandita por acciones no es sino una sociedad en comandita, con la salvedad de que el capital social de los comanditarios esta dividido en acciones, por lo que no es necesario reglamentarla como un tipo social diferente.

### **C).- SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

Es muy difícil fijar con exactitud la fecha del surgimiento de la sociedad de responsabilidad limitada, sin embargo haremos un estudio de las diferentes opiniones al respecto.

Mantilla Molina señala que en Francia en el año de 1863 existió una ley que regulaba un tipo social con el nombre de "sociedad de responsabilidad limitada", pero en realidad era una

---

<sup>36</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 429.

<sup>37</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 398.

especie de una pequeña sociedad anónima, pues el capital estaba dividido en acciones que debían de ser nominativas y no podían tener un capital social mayor a trescientos mil pesos de esos tiempos.<sup>38</sup>

Joaquín Garrigues dice que la sociedad de responsabilidad limitada nace como sociedad anónima privada modesta, una sociedad con pocos socios y que no se dirige al público para la suscripción del capital, ni permitía que las participaciones sociales se negociaran libremente como las acciones.<sup>39</sup>

Mantilla Molina señala una fase de tres pasos para el análisis del surgimiento de la sociedad de responsabilidad limitada: el primero consiste en poder considerarla como un producto tardío de la sociedad en nombre colectivo, y que de acuerdo a las teorías de Arcángel se introduce una modificación sustancial en su organización y algunos socios obtienen la limitación de su responsabilidad por las deudas sociales; el segundo paso se da con el surgimiento de la sociedad en comandita simple y el tercer paso se da en la actualidad con la evolución de la sociedad colectiva, y se aceptó la posibilidad de que los socios respondieran solamente hasta cierto límite de las obligaciones de la sociedad.<sup>40</sup>

Del análisis hecho de la reglamentación de la sociedad de responsabilidad limitada sólo se puede citar como antecedente del "nombre" de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que en su aspecto morfológico no era lo que en realidad es dicha sociedad, y no es sino hasta la última década del siglo XIX en el año de 1892 con la Ley del 19 de marzo del mismo año que se publicó en Alemania, la cual comprendía a una sociedad con el nombre de "Geselchaf Mil

---

<sup>38</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p. 280.

<sup>39</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 541.

<sup>40</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., pp. 279-280

Berrachten Haftung" que tenía las mismas características que la sociedad de responsabilidad limitada actual.<sup>41</sup>

Esta sociedad surgió debido a que la sociedad anónima era el modelo ideal para las grandes empresas dejando a un lado a las pequeñas y medianas y por obras deliberadas de los legisladores, dejándose llevar por caprichos económicos y políticos.<sup>42</sup>

Años más adelante la sociedad de responsabilidad limitada fue adoptada por las legislaciones de varios países como Portugal, Brasil, Australia, Polonia, Checoslovaquia, Francia y Rusia.

En México en el Código de Comercio de 1884 se reguló un tipo social con el nombre de sociedad de responsabilidad limitada, que no era sino en realidad una sociedad anónima, pero no en el Código de Comercio de 1889.

## **II.- REMEMBRANZA HISTORICA-JURIDICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.**

Ya se mencionó que la sociedad anónima surgió en Holanda en el siglo XVII con la creación de empresas a raíz de los descubrimientos y de la colonización de nuevas tierras, esto durante la época del Mercantilismo.

Es importante mencionar que el sistema económico que pertenece a esta época es el sistema capitalista, durante el cual algunos tipos societarios que habían surgido sufren diversos cambios.

La sociedad comanditaria dejó de servir de instrumento para obtener recursos, sirviendo así como tipo social para personas de clases sociales no mercantiles y para la asociación ocasional

---

<sup>41</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., pp. 364-365. En el mismo sentido Joaquín Garrigues, op. cit., p. 544; Mantilla Molina, op. cit., p. 280 y José Girón Tena, op. cit., p. 39.

<sup>42</sup> Idem, p. 365. José Girón Tena al respecto opina que la sociedad de responsabilidad limitada nace por una invención de los juristas, op. cit., p. 39.

de negocios a distancia y la sociedad en nombre colectivo dejó de ser la forma de la gran empresa de las familias de mercaderes, que apoyaban sus negocios mundiales en las relaciones personales, queda simplemente como el tipo de sociedad de la confianza personal entre pocos y próximos parientes dedicados todos al negocio.<sup>43</sup>

Posteriormente viene un suceso de gran importancia en el Derecho: la codificación. La importancia de la codificación estriba en la sistematización de principios y reglas esparcidas en innumerables fuentes legislativas y doctrinales.<sup>44</sup>

La codificación mercantil recoge los tipos sociales tradicionales y añade un tipo nuevo: la sociedad anónima.<sup>45</sup>

La codificación surge con el Código de Comercio francés el 1.º de enero de 1808,<sup>46</sup> con el que iniciaremos el análisis de la evolución legislativa de la sociedad anónima en los países que ha tenido gran importancia y en los que ha servido de base para llegar al Código de Comercio Mexicano de 1854 y posteriormente el análisis en México a partir de la legislación citada.

## **A).- EN DERECHO COMPARADO.**

### **a).- FRANCIA.**

Comenzaremos con este país porque fue su legislación en el Código de Comercio de 1808, conocido como Código de Napoleón, el que reguló a la sociedad anónima por primera vez en el mundo.

---

<sup>43</sup> Girón Tena José, op. cit., pp. 38-39.

<sup>44</sup> Alfredo Rocco citado por Barrera Graf Jorge, op. cit., p. 15.

<sup>45</sup> Girón Tena José, op. cit., p. 40.

<sup>46</sup> Barrera Graf comenta que los primeros intentos de codificación se encuentran en las Ordenanzas de Luis XIV y de su ministro Colbert, la de comercio y la marina en 1673 y 1681 respectivamente, pero no fue sino hasta 1808 con el código de comercio francés con el que se dio la codificación; op. cit., p. 15.

En este código al tipo societario "sociedad anónima" se le denomina así porque el verdadero carácter distintivo de esta sociedad es su denominación, ya que en ella no debe de existir nombre de ningún accionista y no debe de tener como nombre una razón social.<sup>47</sup>

Este código reguló a la sociedad anónima en diez artículos. Como requisito indispensable para su existencia se requería la autorización del Estado y posteriormente la aprobación del acto que la constituya.

"La autorización gubernativa no era pues, un simple control de policía; consistía en un control de legitimidad y de consideración sobre la utilidad y conveniencia de la sociedad".<sup>48</sup>

Este código permitía que las acciones fueran al portador, previó la responsabilidad limitada de los socios, definió a los administradores como simples mandatarios y revocables, los cuales podían ser no accionistas.

El código en cuestión contiene grandes bases de la moderna sociedad anónima.

El 24 de julio de 1867 se dictó una ley especial de sociedades, en la cual se abolió la autorización gubernativa para la constitución de la sociedad anónima, en ésta se preveía que las acciones fueran negociables; el mínimo de socios era de siete a diferencia del Código de Comercio de 1808, los administradores y comisarios tenían que ser accionistas, cuya designación era competencia exclusiva de la asamblea, se preveía la posibilidad de modificar estatutos, se atribuyó el voto a las acciones; se reguló el quórum de las asambleas y entre otras cosas se previó la modalidad de capital variable. Esta ley estuvo en vigor un siglo con algunas reformas en 1903 y 1913; así mismo fue la primera ley que reguló a la sociedad anónima en forma sistemática y funcional.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Idem, p. 389.

<sup>48</sup> Brunetti Antonio, "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo II, op. cit., p. 18.

<sup>49</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p. 389.

Posteriormente el 24 de junio de 1966 surgió una ley que es la vigente, la cual regula a las sociedades; formada por quinientos nueve artículos de los cuales más de la mitad son destinados a la regulación de la sociedad anónima. En esta Ley ya se regulan disposiciones referentes a las acciones de las asambleas, la prohibición de negociar las acciones con anterioridad a la inscripción de la sociedad anónima en el Registro de Comercio, regula a las acciones de los trabajadores, el derecho de veto respecto de los miembros del Consejo de Administración, restricciones en los casos de información privilegiada, las bases del funcionamiento del Consejo de Administración y distingue entre sociedades anónimas que ofrecen sus acciones al público, en cuyo caso el capital social mínimo tenía que ser de 500,000 mil francos y si no las ofrecía al público podía ser de 100,000 francos.<sup>50</sup>

#### **b).- ESPAÑA.**

Comenzaremos por el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829, en virtud de ser uno de los principales códigos que influenció en la elaboración del Código de Comercio Mexicano de 1854.<sup>51</sup>

Los españoles al llegar a la materia de sociedades dan en gran parte la espalda a la legislación francesa en virtud de adoptar el principio liberal para la regulación de la sociedad anónima, resultando así una legislación insuficiente a diferencia de la regulación especial de la anónima en la ley francesa de 1867.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Idem, p. 390.

<sup>61</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 413. En el mismo sentido Jorge Barrera Graf, op. cit., p. 389

<sup>62</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 413.

Asimismo éste código ya no requiere la autorización expresa del gobierno para constituirse, sin embargo sí requería autorización del Tribunal de Comercio y la del Rey sólo para el caso de reformar estatutos.<sup>53</sup>

Joaquín Garrigues comenta que en el Código de Comercio Español de 1829, los derechos de los accionistas no se representaban por acciones, sino por cédulas; también dicho código estableció reglas que aún perduran inclusive en nuestro Derecho, como la exigencia de la escritura pública para la constitución de la sociedad anónima, los datos que debía contener la escritura, la personalidad de la sociedad, el principio de responsabilidad de daños ocurridos en los intereses de la compañía por dolo o abuso de facultades o negligencias de los socios, reglas de la distribución de las utilidades y pérdidas de la sociedad y reglas referentes a la publicación y reforma de estatutos de la sociedad.<sup>54</sup>

En 1885 surge un nuevo Código de Comercio, que al igual que el anterior no tomó como base al Derecho francés ni al Derecho italiano; en este código se trató de regular a la sociedad anónima en tan sólo diecinueve artículos, predominando en gran parte el Principio de la Autonomía de la Voluntad de los accionistas para la creación de las normas por las que se va a regir la sociedad.

"Al amparo de este singularismo régimen de libertad, florecieron las combinaciones más sorprendentes de estatutos de sociedades con disposiciones extrañas, muchas veces inconciliables con la esencia de la sociedad anónima".<sup>55</sup>

Las principales aportaciones de este código fueron: otorgar personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles, lo que influyó en las leyes de nuestro Derecho, previó el principio de

<sup>53</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p. 389.

<sup>54</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 413.

<sup>55</sup> Idem, p. 413.

que la denominación de la sociedad anónima debe ser distinta de cualquier otra, principio que se regula también en nuestro Derecho.<sup>56</sup>

En torno a las grandes críticas que surgieron por la inadecuada regulación de la sociedad anónima nació un proyecto de reforma el 19 de agosto de 1926, sin embargo por las reglas tan estrictas que para la organización y funcionamiento de la sociedad anónima fijaba no dejó de ser más que un proyecto.

Transcurrió casi medio siglo para que el gobierno español encomendara la elaboración de un nuevo proyecto de reforma que apareció por primera vez en 1947, basándose principalmente en instaurar el Derecho universal de la sociedad anónima, adaptándolo a los principios que en el código vigente existían, apartando así el sistema inhibicionista de la sociedad anónima.

Más adelante el 17 de junio de 1951 surgió la Ley de Sociedades Anónimas, la cual entró en vigor el 1.º de enero de 1952.<sup>57</sup>

### **c).- ITALIA.**

Es de suma importancia analizar los antecedentes de la anónima en Italia porque nuestra Ley vigente de sociedades mercantiles tiene grandes principios basados en las legislaciones italianas.

La legislación italiana perteneciente a los primeros cincuenta años del siglo XIX estaba basada en los principios del Derecho de sociedades del Derecho francés; y no es sino en el código de comercio de 1865 con el que se dan grandes innovaciones en el Derecho de sociedades; este código estructuraba a las sociedades por acciones en cinco partes: Disposiciones Generales, Disposiciones comunes de la sociedad anónima, De las formas del contrato social, De la

---

<sup>56</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p. 391.

<sup>57</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 414.

disolución y liquidación de sociedades, y por último reglas referentes a la extinción de la obligación solidaria.<sup>58</sup>

Regulaba a la figura que hoy se conoce como "fundadores", los cuales eran responsables de las obligaciones contraídas por la constitución de la sociedad, no podían reservarse beneficio alguno por el carácter que tenían.

Los administradores eran responsables frente a terceros de la existencia del capital social y en general del cumplimiento de las formalidades establecidas por la Ley para la legal existencia de la sociedad.

Es importante mencionar que en este código los requisitos de la autorización por parte del Estado para constituirse habían desaparecido, pero la sociedad anónima seguía siendo vigilada por parte del Estado, primero a través de Comisarías de Distrito y posteriormente por un censor central y por inspectores legales.<sup>59</sup>

Posteriormente surge el Código de Comercio de 1882, que ya dedicó a la regulación de la sociedad anónima sesenta y cinco artículos y en opinión de Girón Tena tampoco puede considerarse original.<sup>60</sup>

Las reglas principales que resaltan de este código son que el contrato social debía ser escrito, impuso la responsabilidad solidaria e ilimitada de los accionistas y de los administradores que actuaran en nombre de la sociedad antes de su protocolización y registro, dictó reglas expresas y amplias sobre la constitución simultánea y sucesiva de la sociedad, reguló cada uno de los órganos sociales: Asamblea General de Accionistas, Administración y Vigilancia; previó

---

<sup>58</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p. 22. José Girón Tena no opina lo mismo al respecto, considera que el código de comercio italiano de 1865 es una copia del código Albertino de 1843 y éste a su vez es copia del código de Napoleón de 1808, por lo que carecía de originalidad; "Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público", volumen XLIV, serie "C", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1955, p. 52.

<sup>59</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p. 23.

<sup>60</sup> Alfredo Rocco citado por José Girón Tena dice que el Código de Comercio de 1882 es un mosaico inspirado en la ley belga de 1873, "Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público", op. cit., p. 53.

reglas referentes al balance social, exclusión de socios, disolución de sociedades, fusión y liquidación.<sup>61</sup>

Antes de llegar al código civil surge un proyecto de D'Amelio en 1925 elaborado por D'Amelio, Arcongei, Asquini, Bolaffio, Bonelli, Jannitti y Fré; con el que sólo se trataba de crear controversias doctrinales sin importancia.<sup>62</sup>

Posteriormente surge el Código Civil Italiano de 1942, en el cual se unifica en un sólo ordenamiento al derecho común y al derecho comercial. Este código toma la estructura del Código de Comercio francés de 1808 para regular a la sociedad anónima.

Dentro de los principios que destacan de esta nueva regulación prevalece la exigencia del capital social mínimo de doscientos millones de liras, las acciones podían ser nominativas o al portador, previó a las aportaciones accesorias no necesariamente en numerario, reguló a las acciones del trabajo, a las acciones sin voto, a la participación recíproca de las acciones entre dos o más sociedades y de una sociedad con otras, previó a las sociedades unimembres y sus consecuencias, la posibilidad de emitir obligaciones convertibles en acciones, reglas sobre el balance financiero, reguló la forma de constitución de la sociedad anónima y su personalidad a raíz de su inscripción en el Registro de Comercio.<sup>63</sup>

#### **d).- HOLANDA.**

El análisis del desarrollo de la sociedad anónima en este país es importante ya que fue en este Derecho en el que surgió la sociedad anónima con sus características funcionales y corporativas actuales.

---

<sup>61</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p. 24.

<sup>62</sup> Girón Tena José, "Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público", op. cit., pp. 57-58.

<sup>63</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p.31. En el mismo sentido José Girón Tena, "Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público", op. cit., pp. 61-62.

La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho holandés se caracteriza por contar con una distinción legal entre las llamadas sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas cerradas.

Antes de 1971 la legislación que regulaba a la sociedad en el Código de Comercio (**Wukwetboek van Koophandel**) no distinguía con denominación alguna a las sociedades abiertas y cerradas, las mismas reglas podían servir para las grandes empresas o para las pequeñas; sin embargo las mismas legislaciones hacían una distinción entre varios tipos de sociedades anónimas, por ejemplo a determinadas sociedades se les exigía revelar ciertas cuentas anuales y depositarlas en el Registro Mercantil para que estuvieran a disposición del público, a otro tipo sociedades no se les exigía este requisito, la doctrina las llamó sociedades cerradas.<sup>64</sup>

En 1971 se introdujo un nuevo tipo legal, el de la sociedad anónima cerrada ( **besloten vennootschap met aansprakelijkheid** ), regulada en la actualidad en el Código Civil holandés.

El Doctor Guadarrama en su obra “Las Sociedades Anónimas” dispone que la primera directiva comunitaria europea en su artículo segundo estableció como obligación para Holanda crear una nueva forma de sociedad de carácter cerrado para las pequeñas y medianas empresas, en las que se excluyera la responsabilidad de los socios frente a terceros, señalando: el concepto, los requisitos y condiciones que deben de contemplarse para las sociedades anónimas cerrada. El artículo 64 del libro 2 dispone: “...la NV es la sociedad con un capital social autorizado dividido en acciones en el cual cada uno de sus miembros participan con una o más acciones. Los socios no son personalmente responsables por los actos celebrados en

---

<sup>64</sup> Macijer, J.M.M., citado por el Doctor Enrique Guadarrama López, “Las Sociedades Anónimas”, Editorial Porrúa, México 1995, p.99.

nombre de la sociedad y no responden por las pérdidas de la sociedad más allá del monto que deben pagar por sus acciones”.<sup>65</sup>

Y los requisitos son:

- 1).- No pueden emitir acciones al portador.
- 2).- No pueden ponerse en circulación por ninguna persona, certificados al portador de sus acciones nominativas.
- 3).- Sus acciones no pueden cotizarse en la bolsa.
- 4).- Que los estatutos de la sociedad exijan el consentimiento de los accionistas para la cesión de las acciones a terceros, con excepción de las transmisiones por causa de muerte.
- 5).- Que los estatutos indiquen su condición de sociedad anónima cerrada y la denominación social debe contener las palabras “Besloten Naamloze Vennootschap” o la sigla “BNV”.

La sociedad anónima abierta se define como “... la sociedad con un capital social autorizado, dividido en acciones en el cual cada uno de lo miembros participan con una o más acciones; no pueden emitirse certificados de acciones; las acciones tienen restricciones en su transmisibilidad. Los socios no responden personalmente de lo que se haga en nombre de la sociedad y no son responsables de las pérdidas de la sociedad, más allá del monto que deben pagar por sus acciones”.

#### **B).- EN DERECHO MEXICANO.**

La regulación de las sociedades civiles y mercantiles estuvo sujeta en nuestro país durante la Colonia en el siglo XIX y principios del siglo XX a las leyes españolas, principalmente a las

---

<sup>65</sup> Guadarrama López Enrique, op. cit., pp. 100-101.

Siete Partidas y a las Ordenanzas de Bilbao, a algunos ordenamientos dotados por la Nueva España, como las Ordenanzas de Minería de 1783 y a las leyes y códigos dictados con posterioridad a la Independencia. Más adelante el Código Civil de Oaxaca del 14 de enero de 1929 que ya regulaba al contrato de sociedad civil y el proyecto del Código Civil de Zacatecas de 1828, ya regulaba a las sociedades comerciales y estableció el principio de la responsabilidad limitada de los accionistas.

En uno de los ordenamientos de mayor importancia en México, o sea, el "Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles" de 1841, entre otras cosas se enumeran a los negocios mercantiles y se incluyeron a las compañías de comercio, pero no comprendió a la sociedad anónima.<sup>66</sup>

Aún cuando en 1822 se había considerado necesario elaborar un Código de Comercio, para lo cual se nombró una comisión redactora pero tal obra no se llevo a cabo si no hasta el año de 1854, promulgándose el 16 de mayo de l mismo año.<sup>67</sup>

Para el análisis de la evolución de la sociedad anónima en Derecho Mexicano, comenzaremos a partir de las legislación citada.

#### **a).- CODIGO DE COMERCIO DE 1854.**

También conocido como Código de Lares, fue el primer Código de Comercio Mexicano, entró en vigor el 27 de mayo de 1854 durante el último gobierno de Santa Anna y constaba de 1091 artículos. Este Código tomó varios principios del Código de Comercio español y francés, pero principalmente de éste último<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p. 392.

<sup>67</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p.15.

<sup>68</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., pp. 392-393.

La gran importancia de este código recae en que es el primero en México que regula a la sociedad anónima,<sup>69</sup> y al igual que el Código de Comercio Español de 1829 ya no requiere la autorización expresa del Estado para la constitución de las sociedades, sino solamente su matriculación y para la sociedad anónima exigía además el examen y aprobación de la escritura constitutiva por el Tribunal de Comercio.

Disponía que la denominación indicara el objeto para el que se hubiese creado, así mismo se debería incluir el nombre de los accionistas a diferencia de lo que disponía el Código de Comercio Español de 1829 y que la responsabilidad de los accionistas fuera hasta el valor de sus acciones. Este Código fue deficiente en algunos aspectos a diferencia de los modelos tomados como base para su <sup>70</sup>creación, ya que no contempló las disposiciones relativas a la liquidación de las sociedades, pero sí regulaba disposiciones referentes a la disolución de las mismas. Además exigía la inscripción de las sociedades en el Registro Público de Comercio y disponía que la sociedad no inscrita no produciría acción entre los otorgantes, aunque si resultaba eficaz frente a terceros.<sup>71</sup>

El hecho de que éste fuera el primer Código de Comercio Mexicano que regulara a la sociedad anónima no implica que antes de su vigencia no hubiera sociedades anónimas, pues ya estaban en funcionamiento algunas sociedades con este tipo social.<sup>72</sup>

Es importante mencionar que la vigencia del código de 1854 se interrumpió al triunfo de la Revolución de Ayutla y al caer el régimen Santanista, mediante una situación de hecho, ya que la promulgación de la ley sobre Administración y Justicia Orgánica de los Tribunales de la

---

<sup>69</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., p.6.

<sup>70</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., pp. 392-393. Es importante mencionar que el Código de Comercio español de 1829 fue el primer ordenamiento que reguló las bases para la liquidación de las sociedades.

<sup>71</sup> Totalmente lo contrario sucede en la actualidad en México.

<sup>72</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p.393. Comenta además que posteriormente se constituyeron algunas sociedades anónimas organizadas según modelos extranjeros principalmente ingleses y norteamericanos de las limited companies, por decreto del Ejecutivo federal, las cuales principalmente funcionaban en materia de ferrocarriles.

Federación del 23 de noviembre de 1855 indicaba que en tanto se arreglara en definitiva la administración de justicia de la nación se aplicarían las leyes que sobre el ramo de las disposiciones de la nueva ley regían hasta el 31 de diciembre de 1852, y no hubo una abrogación expresa del código de comercio, posteriormente a través de una consulta hecha al Ministerio de Justicia el 29 de octubre de 1856 se confirma que el Código de Comercio de 1854 había quedado derogado por las disposiciones de la ley de 1855, y no fue si no hasta el 15 de julio de 1863 bajo el gobierno del Presidente Juárez que declaró como único y vigente código de comercio en la mayoría de los estados de la República al de 1854, con excepción de las disposiciones en materia de Tribunales que regulaba la ley de 1855, por lo que durante el periodo que va del 23 de noviembre de 1855 al 11 de julio de 1863 se aplicaron las disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao.<sup>73</sup>

#### **b).- CODIGO DE COMERCIO DE 1884.**

Es con éste ordenamiento legal que el Congreso de la Unión en uso de las nuevas facultades que le confería el artículo 72 reformado (14 de diciembre de 1883) de la Constitución de 1857 promulga el Código de Comercio de 1884, ya con un carácter federal.<sup>74</sup>

Este código surge en base a dos proyectos uno en 1869 y el otro en 1880, comenzó su vigencia a partir del 20 de julio de 1884. El código en mención estaba dividido en seis libros, los cuales a su vez se subdividían en títulos, capítulos y secciones, el libro segundo era el que regulaba en el título segundo del capítulo segundo al quinto mediante disposiciones generales de los

---

<sup>73</sup> Mantilla Molina Roberto, op.cit., pp. 14-15 y De Pina Vara Rafael, op.cit., pp. 10-11.

Considero importante mencionar que en ésta época la materia de comercio era competencia exclusiva de los estados.

<sup>74</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p.16.

artículos 358 al 396 a las compañías de comercio y el capítulo octavo del mismo título que constaba de siete secciones regulaba a la sociedad anónima de los artículos 527 al 588.

En las normas relativas a las disposiciones generales de las compañías de comercio contemplaba reglas referentes al nombre de las sociedades que podía ser una razón o denominación social (art. 358), pero para la sociedad anónima tenía que ser una denominación social ya que el artículo 378 disponía que la compañía anónima carece de razón social y se designa por el objeto o empresa para el que se haya formado o por la denominación que los socios convengan darle; la forma del contrato social tenía que ser necesariamente en escritura pública, de igual forma toda reforma a los estatutos sociales (arts. 367 y 373 respectivamente); señalaba los requisitos que debía contener la escritura de constitución de la sociedad (art. 368).

La regulación de la sociedad anónima contemplaba los siguientes rubros:

#### **Sección primera: Formación del capital social.**

Exigía que el capital social se pagara de contado y en su totalidad (art. 529); no obstante permitía que al tiempo de la constitución de la sociedad se pagara solo el diez por ciento del mismo (art. 535); contemplaba que el importe de las acciones se podía cubrir en bienes y que las acciones fueran nominativas o al portador (art. 531); contemplaba a las acciones que se concedían a los industriales, inventores y dueños de privilegios y a los fundadores de la empresa sin regularlos (art. 525 fracciones 12 y 13); el voto no correspondía a cada acción si no a varias de ellas (art. 575).

#### **Sección segunda: Enajenación de las acciones de la sociedad anónima.**

La enajenación de las acciones nominativas tenía que ser en escritura pública o en póliza de corredor titulado, las extendidas a la orden por endoso y al portador por la tradición (art. 544); contemplaba el procedimiento a seguir en caso de pérdida o destrucción de las acciones (arts. 546 y 547).

### **Sección tercera : Creación del fondo de reserva.**

Toda sociedad anónima debía de tener un fondo de reserva que se componía separando el 10% de las utilidades netas y servía para garantizar el pago de las obligaciones sociales y la solvencia de la sociedad (arts. 548 a551).

### **Sección cuarta: Constitución de las sociedades anónimas.**

La sociedad anónima se constituía mediante un acta de asociación que se elevaría a escritura pública, señalaba los requisitos que debía tener la escritura constitutiva que equivale a los actuales artículos 6 y 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (art. 552); la omisión en la escritura pública de alguno de los requisitos mencionados en la ley daba lugar a la nulidad de la sociedad (art. 553); para la modificación de los estatutos sociales si el contrato social no señalaba los quora de votación se necesitaba el voto unánime de los accionistas (art.555).

### **Sección quinta: Administración de la sociedad anónima.**

La administración de la anónima estaba a cargo de un director o de un consejo de administración, el cual debía estar integrado por lo menos de cinco miembros y como máximo nueve (arts. 558 y 559).

### **Sección sexta: De las juntas generales de accionistas.**

Distinguía las clases de juntas generales en ordinarias y extraordinarias sin señalar claramente la competencia de cada una de ellas, ya que según la ley debería estar fijada en los estatutos sociales (art.564); comprendía en esta sección a la regulación del consejo de inspección, que equivale al actual órgano de vigilancia, el cual tenía que estar compuesto de por lo menos cinco miembros (arts. 577 al 582).

### **Sección séptima: Efectos de los compromisos sociales en las compañías anónimas.**

Señalaba las obligaciones del órgano de administración y de los accionistas cuando se excedían de sus facultades (arts. 583 al 588).

Así mismo reglamentó la modalidad de capital variable.

#### **c).- LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1888.**

Esta ley se publicó el 10 de abril de 1888 bajo el gobierno del Presidente Díaz, con la cual se derogó la reglamentación relativa a las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, contempladas en ese entonces en el vigente Código de Comercio de 1884,<sup>75</sup> lo que hace pensar que este código por lo que se refiere a dichas sociedades no satisfizo a juristas y legisladores, sin embargo el desmenuzar el código era una técnica empleada por los legisladores de la época.

Esta reglamentación es mucho más avanzada en cuanto a la concepción y sistematización de normas y se basó en las disposiciones del Código de Comercio italiano de 1882, cuyo contenido en algunos aspectos se contemplan en la legislación actual.

Los principios que sobresalieron de esta ley fueron:<sup>76</sup>

- El número mínimo de accionistas para la constitución de la sociedad era de dos (art.8).
- Regulaba las dos formas actuales de constitución de la sociedad : la simultánea y la sucesiva (comparecencia de dos o más personas que firmen la escritura y la suscripción pública) (art.4).
- Aquí ya se prohibía que el nombre de los accionistas apareciera en la denominación social, bajo la pena de incurrir en una responsabilidad personal y solidaria (art.2).

---

<sup>75</sup> Barrera Graf Jorge, op.cit., p.393.

<sup>76</sup> Idem., p.394.

- Al igual que la legislación anterior permitió que se aportara solo el diez por ciento del capital social, pero aquí solo de las exhibiciones en numerario y las aportaciones en especie tenían que exhibirse en su totalidad (art.8).
- También regulaba a las acciones nominativas y al portador (art. 172).
- Regulaba como en la actualidad la prohibición para que la sociedad adquiriera sus propias acciones, así como hacer préstamos o anticipos sobre las acciones (art. 23).
- Contemplaba a la Asamblea General de Accionistas como órgano superior de la sociedad y gozaba de amplias facultades para llevar a cabo o ratificar todos los actos de la sociedad y reformar estatutos (art.40).
- En cuanto a la Administración permitió que la desempeñara un Consejo de Administración o un Director, a los que competía la representación general, salvo lo que dispusieran los estatutos sociales (arts. 27 y 28).
- La vigilancia de la sociedad se confiaba a uno o varios socios llamados comisarios (art.37).

#### **d).- CODIGO DE COMERCIO DE 1889.**

Este código se publicó el 15 de septiembre de 1889 y entró en vigor el 1 de enero de 1890, con lo que se abrogó al anterior código de comercio de 1854 y a la Ley de Sociedades Anónimas de 1888 en términos del cuarto transitorio del decreto de promulgación por el que se abrogaba expresamente al citado código de 1884 y a las leyes mercantiles preexistentes y relativas a las materias que el nuevo código regulaba.

La vigencia tan corta de la citada ley de 1888 no se debió a alguna mala e insuficiente regulación, si no más bien al deseo del legislador de recopilar las normas relevantes a las

sociedades en el Código de Comercio, ya que guardó el texto de varias disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, con esto se confirma que la citada ley fue buena.<sup>77</sup>

Este código se componía de cinco libros, los cuales a su vez se subdividían en títulos y capítulos, el libro segundo era el que regulaba en el título segundo a las sociedades mercantiles y el capítulo quinto a las sociedades anónimas de los artículos 163 al 225, contemplando un capítulo especial para la fusión, sociedades extranjeras y asociaciones mercantiles.

Al igual que en las legislaciones anteriores la sociedad anónima tenía que constituirse bajo una denominación social que tenía que identificarse con su objeto social (art. 163); contemplaba las dos formas de constitución de la sociedad, simultánea y sucesiva ( art. 166); pero además señalaba el procedimiento para la constitución por suscripción pública (arts. 168 a 175); contemplaba las acciones nominativas y al portador señalando los requisitos de las mismas (arts. 178 y 179); la administración de la sociedad correspondía a un consejo de administración y a uno o más directores quienes tenían que ser necesariamente socios de la sociedad en cuestión, ya no se señalaba el mínimo ni el máximo de sus integrantes (arts. 188 a 197); pudiendo además contar con consejos consultivos fuera del domicilio social quienes gozarían de facultades de ejecución y administración exclusivamente para los casos que fijaran los estatutos sociales (art.188); de igual forma que en la legislación anterior la vigilancia se encomendaba a uno o varios socios llamados comisarios (arts. 198 al 200); señalaba la competencia para las asambleas ordinarias y extraordinarias y las bases y reglas para su celebración (arts. 202 al 213); se regulaba también la integración de un fondo de reserva, el cual se componía separando un 5% de las utilidades netas anuales hasta que

---

<sup>77</sup> Idem.

alcanzara una quinta parte del capital social (art. 2149); regulaba la disolución y liquidación de la anónima (arts. 216 al 225).

**e).- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934.**

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934 fecha en la que también entró en vigor y corregida según fe de erratas publicada en el mismo Diario Oficial de la Federación el 28 de agosto de 1934. Con la entrada en vigor de esta ley y en términos de lo dispuesto por el artículo cuarto transitorio del decreto de creación de dicha ley se derogaron las disposiciones del título segundo del libro segundo del Código de Comercio de 1889, que eran las relativas a las sociedades mercantiles.

Esta ley se compone de catorce capítulos, los cuales a su vez se subdividen en secciones, regulando a la sociedad anónima el capítulo quinto, comprendido en los artículos 82 al 206, siendo aplicables también a dicho tipo societario el capítulo primero de la constitución y funcionamiento de las sociedades en general (arts. 1 al 24); el capítulo octavo de las sociedades de capital variable (arts. 213 al 221); el capítulo noveno de la fusión, transformación y escisión de las sociedades (arts. 229 al 233) y el capítulo décimo primero de la liquidación de las sociedades (arts. 234 al 249).

Esta ley conserva los principios generales que se han formado a lo largo de la cultura jurídica mexicana por lo que se refiere a la sociedad anónima, según la Exposición de Motivos de dicha ley.

Las principales innovaciones de esta ley son:

-Acepta para todos los tipos societarios reconocidos por la ley la posibilidad de adoptar la modalidad de capital variable.

- Se sujeta a la revisión de las autoridades judiciales la escritura de constitución de la sociedad mercantil, la cual consiste en verificar que se ha cumplido con las disposiciones legales aplicables, señalando el procedimiento de comprobación.<sup>78</sup>
- Las sociedades mercantiles que realicen un objeto ilícito podrán ser declaradas nulas (único caso para que una sociedad inscrita en Registro Público de Comercio sea declarada nula), adoptando una sanción parecida a la que contempla la legislación civil, pues una vez cubiertas las deudas sociales el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil y en su defecto a la Beneficencia Pública de la localidad donde la sociedad haya tenido su domicilio.
- Se distinguen los casos en los que la falta de alguno de los requisitos de la escritura de constitución producen la inexistencia y cuales pueden ser subsanables.
- Se fija el importe mínimo del capital para la constitución de la anónima fijado en veinticinco mil pesos (actualmente cincuenta mil pesos).<sup>79</sup>
- Se dan las bases para la participación de las utilidades por parte de los fundadores, las acciones de goce y las de trabajo, las cuales no son parte representativa del capital social.
- Se autorizó la emisión de acciones sin expresar el valor nominal.
- Distinguió una clase especial de acciones de voto limitado, pensando en que el propósito de muchas gentes no es el intervenir en la administración y gestión de la sociedad, sino el sólo realizar una inversión.
- Reglamentó debidamente las disposiciones relativas al aumento del capital social y a las aportaciones en especie.

---

<sup>78</sup> Este requisito de autorización quedó derogado por la reforma hecha a la Ley General de Sociedades Mercantiles el día 11 de junio de 1992.

<sup>79</sup> El importe se aumentó mediante reforma de fecha 11 de junio de 1992.

-Se conceden derechos a las minorías para designar a los miembros del órgano de administración, de vigilancia, solicitar se convoque a asamblea general de accionistas, *cumpliendo con los requisitos que para cada caso señala la ley y un reconocimiento en varias disposiciones para las minorías.*

-La administración y vigilancia de la sociedad puede ser encomendada a personas ajenas a la sociedad.

-Los estados financieros tienen que ser aprobados en asamblea general de accionistas.

-Se crean las asambleas especiales.

-Se contempla una de las reglas más importantes la consecuencia corporativa de que las resoluciones legalmente adoptadas en asamblea serán obligatorias para ausentes y disidentes.

-Se fijan las mismas reglas para la fusión y la transformación de sociedades.

-Se regulan las consecuencias de la disolución de la sociedad y se distingue si la disolución se da por la expiración del plazo señalado en los estatutos o por alguna otra de las causas de disolución previstas en la ley.

Los preceptos contenidos en esta ley resultan en cierta forma sorprendentes ya que han pasado varios años casi 45, sin reformas de gran importancia, su última reforma data del 24 de diciembre de 1996, en materia de sociedades extranjeras.

Esta es la ley que se encuentra en vigor, cuyo contenido y alcance es conocido por todos por lo que no abundaré en su estudio, sólo en algunos temas indispensables para la comprensión del presente trabajo.

Con el análisis hecho del desarrollo histórico jurídico de la sociedad anónima, han quedado plasmados las bases esenciales de este tipo social para la comprensión de la presente tesis.

**CAPITULO SEGUNDO**

**CARACTERISTICAS GENERALES DEL DERECHO DE**

**SOCIEDADES**

## D).- ASPECTOS GENERALES.

Es totalmente cierto que la aparición de las sociedades mercantiles representa una respuesta a las necesidades económicas y sociales de los particulares las cuales surgen como consecuencia de una serie de factores históricos y de las transformaciones que se dan en el ámbito social, económico, político, etc.<sup>80</sup> En su evolución hacia el Capitalismo como se analizó anteriormente aparece primero la sociedad colectiva, después la sociedad comanditaria y por último la sociedad anónima, cada uno de estos tipos sociales surgen estrechamente ligados entre si, desde el punto de vista de la función que tienen en la vida práctica dentro de un clima económico, social y político diferente.

Las necesidades del sector privado dan lugar a la aparición de nuevos esquemas organizativos, basta pues entrar a estudiar los distintos procesos históricos de conformación de las figuras societarias para reafirmar que cada una de estas nacen en un contexto histórico determinado, para atender a distintas exigencias principalmente de carácter económico y social.

Por lo anterior siendo que el sujeto propio y característico del Derecho Mercantil es el comerciante, en este caso como persona moral u "organizaciones" creadas por ellos la ley por una abstracción les ha otorgado personalidad jurídica.<sup>81</sup>

Cada hombre necesita vincularse con otros de modo más estrecho del que resulta de su mera convivencia viéndose en la necesidad de asociarse con otros cuando el esfuerzo individual y

---

<sup>80</sup> Fernández de la Gandara Luis, "La Atipicidad en Derecho de Sociedades", Zaragoza, España, Pórtico, p.14. En el mismo sentido Jorge Barrera Graf, op.cit., p.31 y Mantilla Molina Roberto, op.cit., pp.179-181.

<sup>81</sup> Puente y Flores Arturo y Calvo Marroquín Octavio, "Derecho Mercantil", Editorial Banca y Comercio, S.A. de C.V., México 1993, p.45.

aislado es insuficiente para la lucha con la competencia, a la comunidad como hecho natural se le agrega una serie de vinculaciones voluntarias, que merecen el nombre de "sociedad".<sup>82</sup>

El proceso histórico de conformación e integración de las sociedades mercantiles continúa evolucionando y surgen nuevas formas organizativas, como la sociedad de responsabilidad limitada, las cooperativas y las mutualidades, inclusive surgen figuras no tipificadas. Este proceso histórico no sólo presenta cambios evolutivos conforme van cambiando los presupuestos ideológicos y socio-económicos, sino que son objeto de una regulación y análisis específico de acuerdo con las concepciones y características dominantes en el momento de su regulación. La existencia de diversas formas organizativas en el campo del Derecho Mercantil, creadas en momentos históricos distintos dan lugar a que exista una falta de homogeneidad en el Derecho de sociedades.<sup>83</sup>

No obstante lo anterior, existen en todos los tipos societarios elementos caracterizadores, elementos comunes que se presentan en todos ellos:

A) Su aspecto funcional (como instrumentos jurídicos destinados a satisfacer exigencias de orden económico y social) , y;

B) Su aspecto morfológico (como forma organizativa de una titularidad plural).<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 306. Mantilla Molina dice que el término correcto es el de sociedad y no el de comunidad, ya que éste viene a ser como el ambiente espiritual para el desarrollo del hombre, op.cit., p.180.

<sup>83</sup> Fernández de la Gandara Luis, op. cit., pp. 9-10. Comenta que al momento de la codificación legislador no se propuso reelaborar, de una forma sistemática y completa a los tipos de sociedades existentes en el tráfico, dotadas de tipicidad social, más bien parece ser que su intención fue perfeccionar los esquemas organizativos existentes, dejando inalterados sus elementos caracterizadores.

<sup>84</sup> Idem., p.12.

## A) SU ASPECTO FUNCIONAL.

Jorge Barrera Graf dispone que como categoría histórica el Derecho Mercantil cambia en función de nuevas exigencias económicas y sociales, y principalmente en función de la evolución de la economía, tanto en la capitalista como en la socialista, lo mismo que sucede con la evolución que se da en el mundo científico y como consecuencia la creación de nuevos instrumentos técnicos-prácticos sucede en las relaciones económicas, ya que en cada momento histórico los particulares reclaman la elaboración de una "forma jurídica", apta para las nuevas necesidades que se dan en la vida práctica comercial.<sup>85</sup>

El Derecho sirve como una herramienta de la que pueden servirse los particulares según sus necesidades y hacen de las sociedades instrumentos técnicos de realización de intereses económicos y sociales individuales<sup>86</sup>.

No obstante de que el Derecho Privado se propone asegurar la existencia de un conjunto de normas para servir a los intereses de la colectividad, la vida práctica comercial se ve en la necesidad de crear nuevas formas organizativas acordes a la realidad, situación que en nuestro Derecho no puede ser posible, ya que el reconocimiento de las sociedades mercantiles que hace la Ley General de Sociedades Mercantiles en el artículo primero, no tiene el carácter de enunciativa sino de limitativa.<sup>87</sup>

El nexo existente entre las instituciones societarias y el sector social para el que fueron creadas no solo contribuye a explicar el origen de estas figuras, sino que tiene además efectos sobre la conformación de su estructura orgánica.

---

<sup>85</sup> Barrera Graf Jorge, op. cit., p.13.

<sup>86</sup> Fernández de la Gandara Luis, op. cit., p.13.

<sup>87</sup> Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

## **B) SU ASPECTO MORFOLOGICO.**

El nacimiento de las distintas formas organizativas del catálogo legal se presenta tradicionalmente ligado a núcleos de intereses de naturaleza personal.<sup>88</sup>

Todos los tipos societarios enunciados en la Ley aunque sean de una estructura orgánica compleja se proponen como finalidad primordial dar un cauce a la aspiración del sujeto individual de agruparse con otras personas para la realización de un fin común con especulación comercial o sin ella.

Como forma organizativa de una pluralidad de intereses las sociedades son fórmulas destinadas a satisfacer intereses individuales comunes en una pluralidad.

El legislador presenta una serie de tipos sociales para satisfacer exigencias de orden económico y social. Cada uno de estos tipos sociales presenta una estructura orgánica distinta con elementos caracterizadores distintos, aunque con un elemento funcional idéntico. Se da así una interdependencia para la persecución de intereses específicos, los particulares elaboran estructuras de actividades adecuadas, desde un punto de vista histórico y racional; esa finalidad: interés-tipo de sociedad.

Es por eso que el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala los distintos tipos sociales mercantiles reconocidos por la misma, cada uno de estos tipos sociales esta destinado a cubrir necesidades de los particulares distintas unas de otras, es decir; el legislador ofrece una serie de figuras para que en consideración a sus aspectos jurídicos, económicos, empresariales y fiscales los particulares elijan el que mejor se ajuste a sus necesidades.

---

<sup>88</sup> Fernández de la Gandara Luis, op. cit , p. 14.

## II.- AMBITO DE APLICACION DE LAS SOCIEDADES

### A).- GENERALIDADES

Al hablar de la morfología societaria se dijo que el legislador tomando en consideración una serie de factores, ofrece a los particulares un listado de figuras para que estos considerando sus intereses elijan el que mayor les convenga, es decir; interés igual a tipo social; en efecto la Ley ofrece con carácter alternativo formas organizativas en las que los particulares se agrupan en base a sus intereses, por eso el interés particular constituye directa o indirectamente el **núcleo central de la normativa societaria**.<sup>89</sup>

En nuestro Derecho las bases generales para partir de un estudio en materia de sociedades las encontramos principalmente en dos ordenamientos, el primero lo es el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República Mexicana en materia federal, que regula a la asociación civil y a la sociedad civil, el segundo ordenamiento lo es la Ley General de Sociedades Mercantiles que es una Ley federal y regula como su nombre lo dice a las sociedades mercantiles.

Ahora lo importante para nuestro estudio es el dejar claramente marcadas las diferencias existentes entre los dos grandes tipos de sociedades que surgen en base a la división del estudio del Derecho de Sociedades: **las sociedades civiles y las sociedades mercantiles**.

### B).- SOCIEDADES CIVILES

Como se ha dicho, este tipo de sociedades se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común, en el libro cuarto, segunda parte "De las diversas especies de contratos", título décimo primero "De las Asociaciones y de las

---

<sup>89</sup> Idem.,p.36.

Sociedades". Cabe afirmar que el citado Código Civil regula dos figuras importantes en el análisis de este tema la asociación civil y la sociedad civil. Es muy importante dejar claramente la diferencia entre una y otra.

La existencia de una finalidad común a todos los que en una sociedad intervienen es una característica de los negocios sociales empleando esta expresión en sentido amplio. Como veremos más adelante uno de los elementos caracterizadores del negocio social constitutivo según la mayoría de los autores es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común, conocido doctrinalmente como "**la affectio societatis**",<sup>90</sup> característica esencial que se presenta en todo tipo de sociedades y asociaciones, sin embargo para poder aclarar la diferencia entre una sociedad civil y una asociación civil es necesario dar un concepto de cada una de ellas con los elementos esenciales de las mismas.

El artículo 2670 del Código Civil para el Distrito Federal define a la asociación civil de la siguiente manera:

**"Cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no este prohibido por la Ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una Asociación".**

Más adelante el Artículo 2688 del mismo ordenamiento legal define a la sociedad civil:

**"Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".**

Podemos observar claramente que ambas definiciones contienen elementos comunes,

---

<sup>90</sup> Mantilla Molina Roberto, op.cit , pp.181-182.

de todo negocio social independientemente del tipo social que se adopte, sin embargo en este caso lo importante es ver la diferencia esencial entre una asociación y una sociedad de carácter civil.

Anteriormente hablábamos de una finalidad común a todos los que en ella intervienen, cuando esa finalidad no tenga un carácter preponderantemente económico estaremos como dice el citado artículo frente a una asociación civil.

De la anterior definición vemos que el Código Civil da la posibilidad implícitamente de que una asociación civil pueda tener un carácter económico, ya que como dice Mantilla Molina:

“...en la práctica sería imposible que funcionase una asociación, si al constituirse no se proveyese a la obtención de los recursos económicos necesarios para su sostenimiento”.<sup>91</sup>

No obstante esa posibilidad a la que se refiere Mantilla Molina es una posibilidad que en todo tipo de sociedad sea de naturaleza civil o mercantil se presenta. Además considero importante hacer hincapié que dentro del título respectivo en el Código Civil de la asociación civil no se habla nada acerca de la exigencia de tener un capital social, una base económica con la cual comenzar a operar, por lo que validamente como sucede en la práctica puede constituirse una asociación civil sin capital.

La Ley deja a la voluntad de los particulares la determinación de los fines sociales y sólo pone dos límites, en el caso de la asociación civil: el primero que ese fin no este prohibido por la Ley y el segundo que no tenga un carácter preponderantemente económico. Por lo que respecta a la primera limitante es una regla general conocida por todos a la que se le aplican reglas generales y la importante es la segunda, que esa finalidad

---

<sup>91</sup> Idem, p.184.

no tenga un carácter preponderantemente económico, lo que no implica que no pueda realizar actos de contenido económico y patrimonial.

Por lo que toca a la sociedad civil, de su definición en el Código observamos que en este tipo social si se permite que la finalidad llegue a ser preponderantemente económica pero que no constituya una especulación comercial. Ahora para identificar hasta donde puede llegar una sociedad civil para que se considere que no tenga una especulación comercial necesitamos saber que se entiende por especulación comercial.

Jorge Barrera Graf en su libro "Las sociedades en Derecho Mexicano dispone:"...Por especulación comercial debe entenderse la realización ordinaria o habitual de actos que el Código de Comercio reputa como comerciales (actividad comercial), en función, ya sea del fin que se persiga en su ejecución (fin de lucro), o sea de los relativos al comercio propiamente dicho y a la industria, a través de la organización y funcionamiento de la empresa comercial; o bien, de que los actos sean accesorios o conexos de esos otros actos de comercio principales".<sup>92</sup>

Considero que con la exposición que acaba de hacerse me permite sostener que la normativa societaria sigue unificada esencialmente sobre intereses individuales, esto sin quitarle importancia a los esfuerzos de construcción de una disciplina legal de carácter público, que como veremos más adelante es de suma importancia.

Tomando una idea de un punto anterior puedo decir que la regulación de la asociación civil y de la sociedad civil tiene una finalidad primordial, dar un cauce a la aspiración del sujeto individual de agruparse con otras personas para la realización de un fin común, por eso los particulares para satisfacer sus intereses finalistas deben tomar alguna de las formas y

---

<sup>92</sup> Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1989, p. 76.

tipos sociales previstos en la Ley adecuado por supuesto al ámbito de aplicación de cada tipo social.

### **C).- SOCIEDADES MERCANTILES.**

Para analizar el ámbito de aplicación de las sociedades mercantiles inicialmente citare un cuadro comparativo con el que el Notario Lozano Noriega muestra las distinciones entre una sociedad civil y una sociedad mercantil.<sup>93</sup>

Francisco Lozano Noriega dice que doctrinalmente se han manejado principalmente cuatro criterios para distinguir a una Sociedad Mercantil de una Sociedad Civil y viceversa; esos *cuatro criterios son:*

1).- **De acuerdo a la intención de las partes.** En base a esta tesis la razón de ser de la diferencia entre una sociedad civil y mercantil es una mera declaración de las partes de considerar a una sociedad como civil o mercantil. Este criterio no ha sido aceptado ya que no se puede dejar al arbitrio de una persona en considerarse como comerciante, que en este caso lo es la sociedad mercantil conforme al artículo tercero del Código de Comercio.

2).- **De acuerdo a la calidad de los sujetos ó criterio subjetivo.** Aquí la sociedad será mercantil si esta formada por comerciantes y será civil si esta integrada por personas no comerciantes. Sin embargo presenta también varios problemas; uno de ellos lo es el hecho de que no necesariamente en nuestro Derecho un comerciante tiene que realizar totalmente actos de comercio, ya que de acuerdo al artículo 76 del Código de Comercio no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellos

---

<sup>93</sup> Lozano Noriega Francisco, "Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos", Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1994, p.307.

fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio. Otro problema es el hecho de saber que pasa cuando las personas que integran a la sociedad son en un 50% comerciantes y en otro 50% no comerciantes, y así podríamos seguir haciendo un listado de deficiencias de esta postura. Por lo que la calidad de las personas no tiene la menor trascendencia para este caso.

3).- **Criterio Formal.** Este criterio ha sido aceptado en casi todos los códigos del mundo, entre ellos la legislación mexicana. La sociedad es mercantil si se constituye de acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles, será civil si se constituye de acuerdo a la legislación civil.

4).- **Criterio Objetivo.** Si en Derecho es comerciante la persona física que realiza una actividad comercial de una manera permanente que haga de ella su ocupación habitual, también será mercantil la persona moral que habitualmente realice actos de comercio.

La mayoría de los autores coinciden en afirmar que el sistema para considerar a una sociedad como mercantil lo es el llamado criterio formal; criterio que como ya se dijo la sociedad será mercantil si se constituye de acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles.

No obstante existe otra tesis que atiende en considerar a una sociedad como mercantil no solamente por el criterio formal o mejor dicho criterio tipológico, sino por un criterio llamado causal o finalista. Este otro criterio atiende en considerar mercantil a una sociedad si su finalidad constituye una especulación mercantil, una finalidad de lucro<sup>94</sup>; elemento que no es indispensable ya que por el sólo hecho de constituirse con las características de alguno de los tipos sociales enumerados por el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles será mercantil, (criterio tipológico o formalista).

---

<sup>94</sup> Dentro de los juristas que sustentan esta corriente se encuentran Thaller, Austin, Vicent y Gella, citados por Lozano Noriega, idem.

Estaremos en presencia de una sociedad mercantil si tiene un fin especulativo, en razón de lo siguiente:

En la definición que da el Código Civil de la sociedad civil dice "... pero sin que constituya una especulación comercial", por lo que si constituye una especulación comercial la sociedad será mercantil.

Esta definición de la sociedad civil parece estar basada en un criterio objetivo, excluye a las sociedades mercantiles que serían aquellas que permanentemente realizan actos de comercio, pero ya vimos que la finalidad lucrativa no es esencial para que una sociedad sea mercantil, por lo que si, una sociedad mercantil si puede tener una finalidad lucrativa, una sociedad puede tener una finalidad no lucrativa, especulativa, si no de otra naturaleza (caritativas, filantrópicas científicas, humanitarias, etc.).<sup>95</sup>

Es importante mencionar que en la legislación civil abrogada (Código Civil de 1884), el artículo 2234 daba la posibilidad de estipular que las sociedades civiles se rigieron por reglas mercantiles y el artículo 91 del Código de Comercio establecía que esas sociedades, sin perder su carácter, podían constituirse como sociedades de comercio, el sistema cambió radicalmente para considerarse ahora como mercantiles aquellas sociedades constituidas conforme a la legislación civil adopten la forma de una sociedad mercantil.<sup>96</sup>

Ahora, una vez dejadas claras las diferencias entre sociedades civiles y mercantiles, ligadas a su ámbito de aplicación, procederemos a analizar a las sociedades mercantiles en una clasificación doctrinal muy importante para la presente tesis.

---

<sup>95</sup> La caracterización de las sociedades en nuestro derecho, por su forma o tipo, o por su finalidad u objeto, corresponde a las notas distintivas de ellas en derecho francés, ya que según el nuevo artículo 1875. párrafo segundo C. Civ. (de la reforma 1978), "tienen naturaleza civil todas las sociedades a las que la Ley no atribuya otro carácter por su forma, su naturaleza o su objeto. Y, a su vez, el artículo 1o. de la Ley Francesa de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales, establece que "el carácter comercial de una sociedad se determina por su forma o por su objeto, Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", op. cit., p. 139.

<sup>96</sup> Idem.

Doctrinalmente una de las clasificaciones de las sociedades mercantiles es en **sociedades personalistas y sociedades de capitales.**

El ser humano como centro de importancia en todas las relaciones de la vida, se encuentra presente una vez más, esta vez en el negocio societario. La calidad de la persona, la consideración de las personas de los socios, la cantidad o cantidades que el socio puede aportar, lo que el socio vale moralmente y económicamente son elementos bases de esta conocida clasificación.

Esta clasificación en sociedades personalistas y sociedades de capitales, conocidas también como sociedades intuitu personae y sociedades intuitu pecuniae se funda en el elemento intuitu personae. Sin embargo existen autores como Mantilla Molina que consideran que la denominación y la razón de ser de esta clasificación no es del todo correcta, pues afirman que no hay sociedades de personas sin aportación, ni sociedades de capitales sin personas que lo aporten, no obstante se guían solamente por el significado gramatical de las palabras empleadas.<sup>97</sup>

Sin embargo lo importante es analizar el ámbito de aplicación de ambos tipos de sociedades en la generalidad de las sociedades mercantiles.

#### **a) Sociedades Personalistas.**

Como se analizó en el capítulo anterior la aparición de la figura del "Foenus Nauticum" marca la entrada de un tipo de sociedades llamadas personalistas. Esta clase de sociedades se utilizaban generalmente en círculos familiares y se establecían para normar relaciones entre

---

<sup>97</sup> Mantilla Molina Roberto. op. cit , pp. 247-249.

familiares y amigos. Sin embargo en el sistema societario mexicano no es necesario como se analizó anteriormente en este mismo capítulo, que las sociedades mercantiles se dediquen a una actividad en especial en razón del tipo social que adopte del catálogo legal, lo que es lo mismo que una sociedad en nombre colectivo pueda dedicarse o más bien su objeto social sea el giro de inmobiliaria, lo mismo que podría pasar con una sociedad de responsabilidad limitada o con una sociedad anónima.

Por lo anterior vemos que nuevamente como he enfatizado en el presente trabajo el interés particular constituye directa o indirectamente el núcleo central de la normativa societaria y lo que es interés igual a tipo social.

Las sociedades personalistas presentan características que generalmente son las siguientes:

1).- La nota esencial de estas sociedades lo es la importancia sobresaliente de la persona del socio, o como dice Joaquín Garrigues ". . . en las sociedades de personas la causa económica determinante de la asociación es la persona del socio lo que el socio es en si mismo"<sup>98</sup>

Pues como vemos en las sociedades personalistas reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles es necesario que dentro de su nombre (que generalmente debe ser una razón social, debe de incluirse el nombre de uno o de todos los socios, en razón de la importancia del mismo socio, podríamos decir que es como la garantía de los terceros.

2).- La limitación para la transmisión de la calidad de socio, esta sujeta a la aprobación unánime de los socios salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario.<sup>99</sup>

No obstante la regla general es la primera.

---

<sup>98</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit. p 89, En el mismo sentido Mantilla Molina Roberto. op. cit., p. 247; Eduardo Pallares, "Tratado Elemental de Sociedades Mercantiles", Antigua Librería Robredo, México, 1965, p.8; y Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", op. cit., p.345.

<sup>99</sup> Idem.

Dentro del régimen legal de la sociedad en nombre colectivo y de la sociedad en comandita simple se prevé el derecho del tanto de los socios frente a terceros para que antes de que los títulos representativos de la calidad de socio los adquiera alguno o todos los socios de la sociedad para no permitir la entrada a extraños; con esto vemos la importancia de la calidad del socio mencionada en el numeral anterior.

3).- Otra característica esencial es la referente a las reglas de la Administración de la sociedad. El artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles da la regla general de que la representación de las sociedades mercantiles estará a cargo de uno o varios administradores, sin embargo tendríamos que checar las reglas especiales de cada tipo social.

En las sociedades de personas la administración generalmente se confía a socios que tengan una responsabilidad ilimitada,<sup>100</sup> digo regla general porque en la sociedad en nombre colectivo la Ley dispone que la Administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios administradores, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad; cosa que no ocurre en la sociedad en comandita simple, en la que la Administración debe recaer por regla general en uno o varios de los socios comanditados y por excepciones muy especiales en uno o varios socios comanditarios.

4).- Los límites de la responsabilidad son muy característicos en este tipo de sociedades; podríamos hablar de que en estas sociedades se presentan dos formas de responsabilidad, una ilimitada y otra suplementada.<sup>101</sup> En la primera los socios tienen una responsabilidad ilimitada y solidaria, y en la "suplementada" se habla de una responsabilidad hasta determinada cantidad, que se determina ya sea el acto constitutivo o

---

<sup>100</sup> Idem.

<sup>101</sup> Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", op. cit., p.346.

en asamblea posterior. En la primera encontramos a la sociedad en nombre colectivo y a la sociedad en comandita simple por lo que se refiere a los socios comanditados.

5).- Otra nota propia de las sociedades personalistas son las reglas referentes a su liquidación en caso de la muerte de alguno de sus socios, a menos de que se hubiese pactado su continuación con los herederos respectivos. *Tratándose de la sociedad en nombre colectivo y de la sociedad en comandita simple por lo que se refiere a los socios comanditados, la muerte de cualquier socio puede traer como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad.*

#### **b) Sociedades de Capitales.**

El carácter cerrado de las sociedades personalistas desaparece en las de capitales, pues la sociedad anónima se creó y evolucionó para atender necesidades más amplias que exigían grandes capitales y que se daban en torno al Capitalismo.<sup>102</sup>

Para ejemplificar los elementos esenciales de estas sociedades haremos un análisis comparativo contra las personalistas.

1) En estas la nota esencial no es la persona del socio, si no el capital, lo que el socio aporta, lo que el socio vale en numerario. Tan es así, que aquí ya no se requiere que en el nombre de la sociedad figuren nombre o nombres de los socios, porque la gente al ver el tipo social identifica claramente cual es la garantía que tiene. Aquí el nombre por lo general debe de ser una denominación social, la cual se formará libremente, pero será diferente de todas las demás.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Idem., p.345.

<sup>103</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit. p.320. En el mismo sentido Mantilla Molina Roberto. op. cit., p. 247; Eduardo Pallares, op. cit., p.8; y Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", op. cit., p.346.

2) Por lo que hace a la transmisión de las acciones también esta ausente ese carácter cerrado presentado en las sociedades personalistas. En estas existe una libertad total para la transmisión de las acciones; se presentan reglas de transmisibilidad abierta y pública, las cuales se dan debido al gran auge presentado por las sociedades capitalistas, que como veremos más adelante son una base fundamental para la economía del país. No se requiere la aprobación de los socios para admitir o excluir a un socio.<sup>104</sup> Inclusive en la Ley del Mercado de Valores se prevén disposiciones que rompen reglas generales de sociedades de capitales para las sociedades que coticen en bolsa.

3) En la Administración de las sociedades capitalistas no hay limitación alguna para que una persona extraña la ejerza, inclusive la Ley General de Sociedades Mercantiles por lo que hace a la sociedad de responsabilidad limitada y a la sociedad anónima da la opción para que la Administración la ejerzan los socios o alguna persona extraña a la sociedad. La mayoría de los doctrinarios españoles coinciden en que esta es una de las características más importantes y esenciales de las sociedades de capitales, dicen que las sociedades de capitales son aquellas en las que los socios no tienen derecho a la gestión de la sociedad, a lo que llaman "**organismo de terceros**", la dirección y propiedad de las empresas esta separada.<sup>105</sup> Tal situación no se presenta en nuestro Derecho.

4) Por lo que hace a las reglas de la responsabilidad en las sociedades capitalistas, los socios sólo están obligándose ante la sociedad a pagar el monto de las aportaciones que hubiesen convenido dar y no responden ilimitada y solidariamente, tal es el caso de la sociedad de responsabilidad limitada y de la sociedad anónima.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., pp. 320-321.

<sup>106</sup> Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", op. cit., p.346

5) En lo referente a la liquidación de la sociedad, aquí las causas son distintas de las de personas, pues la muerte de un socio no implica la disolución de la sociedad; precisamente por que lo más importante en las sociedades de capitales no lo es la persona del socio, sino el capital, lo que el socio aporta; mientras más aporta es mejor y la vida de la sociedad se prolonga.

Sólo en la sociedad de responsabilidad limitada la muerte de algún socio es causa de disolución si así se previó en el contrato social.

### **III.- LA FUNCION ECONOMICO, SOCIAL Y JURIDICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.**

#### **A).- GENERALIDADES.**

La sociedad anónima tiene una estructura jurídica que es el modelo ad-hoc para crear empresas de gran magnitud, que normalmente quedan fuera del alcance de acción de los individuos o de sociedades personalistas, que no tienen capital suficientemente basto para realizar determinadas actividades.<sup>107</sup>

El mundo económico en el que se desarrollan no sólo la sociedad anónima, sino todos y cada uno de los tipos societarios regulados por la Ley General de Sociedades Mercantiles es muy exigente, y debe de ser así, ya que como veremos más adelante uno de los factores que influyen en el manejo de la economía de los países es el comportamiento financiero y bursátil que presentan las sociedades mercantiles.

Las sociedades mercantiles han servido poco a poco desde su aparición en el mundo económico-jurídico hasta llegar a ser lo que son en la actualidad: concentradores de

---

<sup>107</sup> Mantilla Molina Roberto. op. cit., p.336.

capitales.<sup>108</sup> Este proceso evolutivo se ha ido dando siguiendo el ritmo de la evolución industrial y tecnológica que se presenta en cada uno de los países, principalmente los capitalistas, pues tal como lo expuso Ernesto Martorell en su libro titulado *Sociedades Anónimas*:

"siguiendo el ritmo de la evolución industrial y el proceso de concentración de capitales. . . a comienzos del presente siglo apareció en los Estados Unidos la "national corporation", empresa caracterizada por operar, ya no sobre una base local original, sino en todo el ámbito territorial de un gran mercado como es el estadounidense.

Desde esta estructura y como producto de la primera guerra mundial, se pasó a la "multidivisional corporation" que abarcó áreas comerciales e industriales mucho más diversificadas".<sup>109</sup>

Es por eso que la sociedad anónima ha dejado de ser un simple recurso jurídico para operar, para convertirse en un factor de poder en el régimen económico.

Por lo cual a mi juicio es de suma importancia que el Estado debe definir claramente la posición de éstos entes concentradores de capitales, a través de brindarles una normativa sencilla, clara y maleable.

Ahora estudiaremos a groso modo el uso que el Estado mexicano le ha dado a la sociedad anónima.

---

<sup>108</sup> Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", op. cit., p. 2

<sup>109</sup> Martorell Ernesto Eduardo, "Sociedades Anónimas", Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1988, pp. 1-2.

## **B).- EL ESTADO Y LA SOCIEDAD ANONIMA.**

La intervención del Estado en las actividades económicas del mismo se presenta en menor grado en los países que operan bajo el régimen capitalista, sin embargo es importante que el Estado si mantenga un control con relación a la actividad económica del mismo, para lo cual es indispensable entre otras cosas que conozca cual es la situación de los diversos factores económicos que mueven y dirigen la economía del mismo.

En todo el mundo la injerencia del Estado en la economía es un fenómeno evidente e indispensable y en nuestro país cada día se presenta con más relevancia.

El uso de las sociedades mercantiles por el Estado como un factor económico y el control que ejerce sobre las mismas es lo que analizamos a continuación.

Históricamente a nivel mundial se han manejado tres sistemas legislativos en relación a la intervención del Estado para la creación de las sociedades anónimas, lo que implicaba que el Estado llevara un control económico, estos son:<sup>110</sup>

1).- **SISTEMA DEL OCTRONI.** Este permitió a los interesados crear una sociedad Anónima, formularla ajustándose a las bases del "OCTRONI", que era un acto de incorporación y de concesión de los derechos de soberanía, no obstante en esta época (siglos XVII y XVIII), hay una absoluta intervención del Estado en la vida del nuevo organismo.

2).- **SISTEMA DE AUTORIZACION GUBERNATIVA.** El sistema de la concesión real desaparece al mismo tiempo que la Monarquía Absoluta. El Código de Comercio francés quiso poner remedio a la anarquía jurisprudencial, instaurando el régimen de la previa autorización gubernativa dada en forma de Reglamento de Administración Pública y siempre era revocable.

---

<sup>110</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., pp. 410-411.

3).-**SISTEMA DE DISPOSICIONES NORMATIVAS.** Nace con la Ley francesa del 24 de julio de 1867, que liberó a la sociedad anónima de la concesión previa dada por el Estado.

En México el control de la sociedad anónima que ha llevado el Estado ha presentado cuatro sistemas, éstos han sido estudiados por Mantilla Molina los cuales son:<sup>111</sup>

1) **SISTEMA LIBERAL.** En este el Estado no debe mezclarse en las actividades económicas de los particulares. Debe permitir la creación de la sociedad anónima con plena libertad. Este sistema fue el seguido por el Código de Lares de 1854.

2) **SISTEMA DE LA AUTORIZACION.** Anteriormente la sociedad anónima no podía crearse sino con la aprobación del Estado. Este régimen se inspiraba principalmente en la consideración política del excesivo poder que podía llegar a tener la sociedad anónima.

3) **SISTEMA DE NORMACION IMPERATIVA.** Este permitía que cualquier tipo de personas constituyeran una sociedad anónima, pero las obligaba a sujetar su creación y funcionamiento a una serie de normas de carácter imperativo, más sin establecer sanciones que garantizaran de antemano el cumplimiento estricto a tales normas. Los Códigos de 1884 y 1889 pertenecieron a este sistema.

4) **SISTEMA DE CONTROL PERMANENTE.** En este sistema el Estado permite la creación de las sociedades anónimas y nos las somete a la previa autorización para su constitución, sino que están en una permanente inspección a efecto de checar si se cumplen con las normas correspondientes.

Hasta el día 11 de junio 1992 la Ley General de Sociedades Mercantiles establecía la obligación de sujetar a la aprobación judicial la inscripción de la constitución y reformas

---

<sup>111</sup> Mantilla Molina Roberto. op. cit., p.338-340.

de una sociedad mercantil, entre ellas la sociedad anónima, en el Registro Público de Comercio. Esto se realizaba a través de una solicitud que el interesado presentaba ante un Juez de Distrito o ante el Juez de Primera Instancia de la jurisdicción del domicilio de la sociedad en cuestión y tenía que acompañar a dicha solicitud los documentos relativos a los actos inscribibles.

Posteriormente el Juez tenía que dar vista de dicha solicitud al Ministerio Público por el término de tres días y desahogado el traslado el Juez dentro de tres días siguientes citaría para una audiencia en la que recibirían las pruebas, y se resolvería sobre la procedencia o negativa de dicho registro.

En la actualidad existen medios de control por parte del Estado para la constitución de sociedades y asociaciones civiles o mercantiles de una forma más accesible.

En los artículos 15 y 16 de la Ley de Inversión Extranjera para la constitución y cambio de nombre (razón o denominación social) de las sociedades, no solo las de carácter mercantil, ya que el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en su artículo 1, fracción IX dispone que se entiende por sociedades, las sociedades constituidas conforme a la legislación mercantil de la República Mexicana las sociedades o asociaciones constituidas conforme a la legislación civil de las entidades federativas de la misma.

Asimismo en el artículo 30 de dicho Reglamento se ratifica la obligación de solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades, y en el artículo 32 del citado Reglamento se impone la obligación a los notarios públicos y corredores mercantiles ante quienes se constituyan sociedades o se modifiquen estatutos sociales para el cambio de razón o denominación social de dar un aviso a la Secretaría

de Relaciones Exteriores sobre el uso de los permisos otorgados dentro de un plazo de 90 días hábiles siguientes a la fecha de la autorización de las escrituras correspondientes.

El hecho de estar hablando acerca de los principales y más seguros medios a través de los cuales el Estado ejerce un control sobre las sociedades mercantiles, en especial la sociedad anónima, nos es indispensable citar una consulta y su respectiva respuesta hecha a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El Colegio de Notarios del Distrito Federal, Asociación Civil en virtud de las actividades profesionales desarrolladas por su agremiados con fecha 7 de noviembre de 1995, realizó entre otras consultas una referente a que si dentro del formato autorizado por la citada Secretaría para la constitución y modificación de sociedades, era necesario incluir el tipo social al que se iba a adecuar la sociedad en cuestión y mediante oficio número 12,447, de fecha 27 de noviembre de 1995, la Secretaría de Relaciones Exteriores por conducto de la Directora de Asuntos Jurídicos, Dirección de Permisos Artículo 27 Constitucional, respondió que si bien es cierto que el permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores se refiere al uso de un nombre o una denominación social, dejando al arbitrio de los interesados el régimen jurídico al cual se sujetará la persona moral, también lo es que es precisamente el tipo social el elemento que permite conocer a la Secretaría en cuestión aquellas personas morales que de acuerdo a la legislación que les es aplicable, deben necesariamente constituirse ante notario o corredor mercantil.

Esta circunstancia se debe a que el legislador omitió considerar a aquellas personas morales que no se constituyen ante fedatario público. En tal virtud y hasta en tanto se modifique que dicha disposición los permisos que otorgue la citada Secretaría deberán incluir el tipo social de las personas morales.

Con lo anterior confirmamos que el servicio que da la Secretaría de Relaciones Exteriores en relación a los permisos para la constitución y modificación de la razón o denominación social de sociedades, en una forma por la que el Estado directa o indirectamente toma un medio más de control de las mismas.

Otro medio de control muy importante y eficaz es el que se realiza a través de los notarios y corredores públicos como los casos antes citados.

El artículo 27 tercer párrafo del Código Fiscal de la Federación impone como obligación de los fedatarios públicos exigir a los otorgantes de las escrituras en las que se hagan constar constitución de sociedades, fusión, escisión o liquidación de personas morales, que comprueben dentro del mes siguiente a la firma de la escritura respectiva haber presentado solicitud de inscripción o aviso de liquidación o de cancelación respectivamente, en el Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

También dentro de una diversidad de leyes existen obligaciones impuestas por el Estado para comunicar actividades realizadas por sociedades mercantiles.

Y seguiríamos citando un sin fin de disposiciones a través de las cuales el Estado directa o indirectamente ejerce un control sobre la sociedad anónima, en relación a su constitución, modificación, actividades, liquidación etc., la cual ya no se presenta de la manera que se presentaba anteriormente, pero no obstante el control del Estado sobre la sociedad anónima en la actualidad lo podríamos ubicar dentro de lo que se llama el "Sistema del Control Permanente" ya citado.

### **C).- LA SOCIEDAD ANONIMA EN LA ACTUALIDAD MEXICANA.**

La sociedad anónima constituye el instrumento más apto para la reunión y concentración de personas y capitales con intereses comunes, semejantes, aunque no siempre coincidentes.

Es tanta la utilidad que ha presentado la sociedad anónima a través de su evolución que algo curioso sucede en la actualidad, es que el Estado las ha utilizado para la creación de las llamadas empresas públicas y en varias leyes que regulan a diversas personas morales se les impone que se constituyan bajo el tipo social sociedad anónima.

La evolución de la economía con intervención del Estado muestra que se utiliza al tipo social sociedad anónima para las actividades realizadas por empresas de participación estatal, pues en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal al hablar a cerca de la división de la Administración Pública Federal en relación a la Administración Pública Paraestatal habla acerca de las empresas de participación estatal mayoritaria, que las integran entre otras las sociedades anónimas, con ciertas características.

También dentro del Sistema Bancario y Financiero es donde presenta gran injerencia el tipo social sociedad anónima. Por lo que hace al Sistema Bancario Mexicano que lo integran entre otros las Instituciones de Crédito, y estas a su vez se dividen en Instituciones de Banca Múltiple e Instituciones de Banca de Desarrollo; en las de Banca Múltiple reguladas por la Ley de Instituciones de Crédito en los artículos del 8 al 29 nos dan las bases para su constitución y funcionamiento; de los que se desprende que sólo podrán ser Instituciones de Banca Múltiple las sociedades anónimas legalmente constituidas conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, con algunas modificaciones relativas al régimen accionario, a la Administración y Vigilancia, pero en esencia y los elementos caracterizadores del tipo social los sigue conservando.

La misma situación sucede el Sistema Financiero Mexicano, en el que en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito por lo que hace a las Arrendadoras Financieras, a los Almacenes Generales de Depósito, a las Uniones de Crédito, a las Empresas de Factoraje Financiero y a las Casas de Cambio el artículo 8 de dicha Ley dispone que para operar como alguna de las Organizaciones Auxiliares del Crédito citadas se requiere estar constituida como sociedad anónima en términos de la Ley.

La misma situación sucede para la Bolsa de Valores y para las sociedades de inversión en términos de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades de Inversión respectivamente, inclusive dentro de la Ley del Mercado de Valores existen limitaciones para que sólo sociedades anónimas puedan ser inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

A causa de esta preferencia del Estado y de los legisladores con respecto a la forma de la sociedad anónima, es necesario llevar un control adecuado de las actividades desarrolladas por las sociedades anónimas para que no condujera a una forma de fuga del control del Estado.

Como se habló en el capítulo anterior la Ley que rige en la actualidad a la sociedad anónima es la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934. Esta Ley conforme a la Exposición de motivos de la misma esta apartada totalmente principalmente por lo que se refiere a la sociedad anónima de copias de Legislaciones extranjeras, ya que nuestras instituciones legales forman parte de una cultura jurídica estrechamente ligadas con el pensamiento de otros sistemas jurídicos.

El sistema que adoptó esta Ley es el del liberalismo, en primer lugar porque introdujo una organización democrática a través de la división de poderes en los órganos sociales en Asamblea General de Accionistas, Organismo de Administración y Organismo de Vigilancia, y en

segundo lugar por la aplicación del **Principio de la Autonomía de la Voluntad** que en varios casos, permite o puede llegar a permitir abusos por parte de los accionistas que desfigurarían las características esenciales del tipo social sociedad anónima, sobre lo cual me referiré en el capítulo cuarto de la presente tesis.

#### **D).- LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA Y LA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA.**

Las sociedades mercantiles han sido sujetos de varias clasificaciones, y una de esas sociedades, la sociedad anónima lo ha sido también. Una de las clasificaciones más recientes es en sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas cerradas, esta clasificación es meramente doctrinal, ya que en el Derecho Positivo Mexicano no existe tal clasificación, ya que se trata de una clasificación basada en circunstancias fácticas que envuelven a la gran sociedad anónima de nuestros días. Tal situación no es así en algunos países, pues sólo por citar alguno en Holanda legislativamente se distinguen dos tipos de sociedades anónimas las cerradas o llamadas "**Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV)**" y las abiertas también llamadas "**Noamloze Vennootschap (NV)**".<sup>112</sup>

El Doctor Guadarrama comenta que en el Derecho inglés existe una diferencia legislativa de los dos tipos de anónimas, distinción que la jurisprudencia y ciertas legislaciones estatales en el Derecho Americano reconocen plenamente.

Esta clasificación doctrinal se basa principalmente en que en sentido estricto en nuestro Derecho, se encuentran reguladas dos tipos de sociedades anónimas, una sociedad anónima general que es la regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles que como su nombre lo dice contiene reglas generales y una sociedad anónima con reglas

---

<sup>112</sup> Guadarrama López Enrique, op. cit., pp. 47-48.

adicionales a las de la general, que inclusive rompen con algunos principios de la sociedad anónima llamada "general", estas excepciones corresponden a las sociedades anónimas abiertas, reguladas en gran parte por reglas especiales en la Ley del Mercado de Valores.

Se ha pretendido encontrar el porqué los legisladores no han hecho tal distinción, sin embargo sólo analizaremos las características principales de cada una de ellas.

Los puntos claves que nos permitirán diferenciar unas de otras lo son la cotización de la sociedad en la Bolsa de Valores o en el mercado financiero y bursátil, la posibilidad de la transmisibilidad o intransmisibilidad de las acciones representativas de su capital social, el papel que juega el accionista dentro de la sociedad, la disociación del capital social-riesgo y el ejercicio del derecho de voto de los accionistas, principalmente.<sup>113</sup>

En la sociedad anónima cerrada no se presenta la posibilidad de poder cotizar en el mercado financiero y bursátil, precisamente por toda la estructura de la misma, ya que una de las funciones principales de la sociedad anónima cerrada lo es el conservar el poder dentro de los mismos accionistas, y la imposibilidad de transmisión de sus acciones, en virtud de que se caracterizan en forma general por contar con ventajas que priven a los accionistas de la fácil salida de la sociedad, fomentando la permanencia en la misma. Tal situación es totalmente contraria en las abiertas, ya que precisamente la grandiosidad de dichas sociedades se da por la cotización en la Bolsa de Valores, que en nuestro Derecho se encuentra reglamentadas en la Ley del Mercado de Valores, fijando una serie de requisitos especiales para poder intervenir en dichas actividades, dando como característica esencial la fácil y rápida entrada y salida de los accionistas dentro de la sociedad, esta situación no

---

<sup>113</sup> Idem , pp 58-59.

se presenta en las cerradas ya que la importancia y permanencia del accionista tiene muchísima importancia por lo que sería posible equiparlas con las sociedades personalistas.

Por lo que se refiere al papel que juega el accionista dentro de la sociedad la doctrina distingue al socio-empresario del accionista-inversor.

Ferri citado por el Doctor Guadarrama <sup>114</sup> dice que el socio-empresario corresponde a las sociedades anónimas cerradas, ya que conservan la llamada "affectio societatis", pues hay fines comunes, vínculos comunes, les interesa la forma en que se desarrollan las actividades de la sociedad y el ejercicio del derecho de voto es esencial. En cambio en la sociedad anónima abierta desaparece la "affectio societatis", aquí el accionista es un simple titular de acciones que lo único que le interesa es tener una plusvalía por el manejo de sus acciones a través del juego del mercado bursátil y financiero, olvidándose totalmente de la Administración de la sociedad; lo único que le interesa es obtener un lucro.

Por lo que hace a la disociación capital social-riesgo, nos referimos a que en las sociedades el monto del capital social mínimo que fija la Ley debería ser precisamente en proporción a los riesgos, posibles siniestros que pudiese presentar la sociedad por el medio económico en el que se desenvuelve, por lo que obviamente a las sociedades cerradas les correspondería un capital muy inferior al de las abiertas.

Esta situación se presentaba en el Proyecto del Código de Comercio de 1964 en el que se proponía una fórmula para fijar el monto del capital social mínimo en veces del salario mínimo por año, sin embargo no dejó de ser un proyecto.

---

<sup>114</sup> Ferrí G. citado por el Doctor Guadarrama, op. cit., p.67.

**CAPITULO TERCERO**

**LOS ESTATUTOS SOCIALES Y LA ASAMBLEA  
GENERAL DE ACCIONISTAS COMO ORGANO  
SUPREMO EN LA SOCIEDAD ANONIMA**

## I.- NOCIONES GENERALES

La sociedad anónima como persona jurídica o persona moral, y precisamente porque tiene esa naturaleza, necesita indispensablemente de personas físicas para poder actuar en el campo del Derecho.

La ausencia de voluntad, de ese "ánimo volitivo", de ese querer, hace entre otras totalmente necesaria la relación de las personas morales con las personas físicas, inclusive para la formación de las primeras ya sea que intervengan personas físicas o morales en su constitución, se necesita indispensablemente de las personas físicas, precisamente porque la persona física no carece de esa voluntad, de ese ánimo volitivo.

En el sistema jurídico mexicano para que una persona moral pueda actuar en el campo del Derecho es necesario e indispensable que el Estado le reconozca esa personalidad.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles y en el Código Civil para el Distrito Federal (éste último ordenamiento como ley supletoria) <sup>115</sup> se atribuye a determinadas personas personalidad jurídica en forma expresa.

El artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles reconoce personalidad jurídica entre otras, a las sociedades anónimas inscritas en el Registro Público de Comercio y también a aquellas no inscritas en el mencionado Registro, siempre y cuando se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, ya sea que consten o no en escritura pública.

Es muy importante mencionar que la sociedad mercantil y las personas que la integran gozan de una personalidad jurídica distinta cada una.

---

<sup>116</sup> Artículo segundo del Código de Comercio.

El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal enuncia algunas de las personas morales que gozan de personalidad jurídica y en la fracción tercera cita a las sociedades civiles o mercantiles.

Es por eso que la atribución de la personalidad jurídica a la sociedad anónima en el Derecho Mexicano, se encuentra como dice Walter Frisch "en armonía total con la atribución concedida a otras sociedades mercantiles";<sup>116</sup> esto porque la Exposición de Motivos a la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente se refiere al respecto de la siguiente manera:

"...Es conservado el principio de que todas las sociedades gozan de personalidad distinta de la de los sujetos físicos que la integran..."

Conservando de tal forma la tradición del Derecho Mexicano al respecto plasmada en los Códigos de Comercio de 1884 y 1889 como precursores de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Estas personas morales a las que la ley les otorga personalidad jurídica necesitan regir sus relaciones internas y algunas externas, de sus socios para con la sociedad y viceversa e inclusive con terceros, en el Derecho Mexicano se regula a ese tipo de normas en lo que se conoce como estatutos sociales, cuyo estudio analizaremos a continuación.

## **II.- LOS ESTATUTOS SOCIALES**

### **A).- CONCEPTO**

Doctrinalmente el concepto de "estatutos sociales" no ha presentado mayor dificultad, sin embargo al hablar de la naturaleza jurídica de la sociedad y al tratar de hacer una distinción entre contrato, escritura social y estatutos sociales es cuando surge el problema.

---

<sup>116</sup> Frisch Philipp Walter, "Sociedad Anónima Mexicana", Editorial Harla, México 1995, p 77.

De Pina Vara en su libro "Elementos del Derecho Mercantil Mexicano", dispone que los requisitos del Artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como las demás reglas que se establezcan en la misma escritura sobre la organización y funcionamiento de la sociedad constituirán sus estatutos.<sup>117</sup>

Joaquín Rodríguez <sup>118</sup>al respecto dice que se puede distinguir entre contrato social y estatutos; el primero es el acto constitutivo en el sentido de manifestación de la voluntad o negocio originario y que se presenta acompañado de los estatutos sociales, que son un conjunto de normas referentes al funcionamiento de la sociedad.

Frisch Walter dice que la diferencia que llegare a existir entre contrato social, escritura social y estatutos sociales no presenta mayor relevancia en la legislación mexicana, pues ésta utiliza indistintamente dichos vocablos.<sup>119</sup>

Para Salandra citado por Joaquín Rodríguez <sup>120</sup> señala que el estatuto constituye para la sociedad un ordenamiento permanentemente particular que a pesar de su origen contractual, es como una especie de Ley vigente para la sociedad, que los socios presentes o futuros están obligados a observar y que regula la acción social, incluso frente a terceros y que el estatuto social esta subordinado al ordenamiento que el Estado prevé para todas las sociedades en general.

Al referirse al estudio de la doctrina italiana se ha insistido en la diferencia en cuestión.

Mossa plantea esta distinción al hablar de la diferencia entre acto constitutivo y estatutos, pero no busca más profundidad en el tema.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> De Pina Vara Rafael, op. cit., p.64.

<sup>118</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit , pp. 13-14

<sup>119</sup> Frisch Philipp Walter, op. cit., p.112. En el mismo sentido Jorge Barrera Graf.

<sup>120</sup> Salandra, "Sociedades Mercantiles", citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, op. cit., tomo I. p.13.

<sup>121</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., tomo I, p 15.

En el sistema legal español dice Uría González,<sup>122</sup> que los estatutos que han de regir la vida y funcionamiento de la sociedad forman parte integrante de la escritura. La escritura es lo que da forma al contrato y además incorpora los estatutos sociales, que son la norma ordenadora de la futura vida social, por lo que es muy fácil distinguir en la propia escritura constitutiva las menciones relativas al propio contrato social, de aquellas otras que forman parte del contenido de los estatutos sociales.

En el mismo sentido Joaquín Garrigues,<sup>123</sup> dice que en la legislación española no se da ningún elemento, ni sigue algún criterio para la distinción entre escritura social y estatutos, aunque al citarlos parezcan cosas distintas. Los estatutos sociales son complemento de la escritura social y se refieren al funcionamiento de la sociedad; son la norma constitucional de la sociedad y que rigen su vida interna con preferencia sobre las disposiciones de la Ley que no tengan carácter coactivo.

En tanto que la escritura es el acto generador de la sociedad; es el documento del negocio de constitución.

Dentro de la legislación argentina se ha sostenido que el estatuto es aquél que contiene las normas relativas al funcionamiento de la sociedad y aunque es objeto de acto separado se considera parte integrante del acto constitutivo y es parte integrante de dicho acto como anexo. Antonio Brunetti en su obra "Tratado del Derecho de Sociedades" dice que por el desarrollo de la legislación argentina se ha realizado la fusión anunciada por Vivante entre acto constitutivo y estatutos sociales, ya que Vivante decía que los estatutos sociales son parte integrante del mismo acto, pero que si el acto constitutivo es un contrato, el estatuto

---

<sup>122</sup> Uría González Rodrigo, "Derecho Mercantil", Editorial Imprenta Talleres de S. Aguirre Torres, Madrid, España, 1926, pp 190-192

<sup>123</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit , p.422

social forma parte simplemente de uno de los varios elementos que forman al contrato social. El estatuto social debe de estar necesariamente redactado y votado junto con el acto constitutivo porque no se puede concluir un contrato si no se establecen a propio tiempo todos los elementos sobre los que ha de converger el consentimiento de los contratantes. Uno no va a tener eficacia jurídica cuando el otro no lo completa: el acto constitutivo, porque no indica el futuro ordenamiento de la sociedad y el estatuto social porque no contiene el contrato y principalmente, la indicación de los accionistas contratantes y de sus aportaciones.<sup>124</sup>

Y la opinión personal de Antonio Brunetti es que el estatuto consta de un conjunto de cláusulas que integran el contrato plurilateral de la sociedad y desde un punto de vista técnico es el ordenamiento corporativo de la persona jurídica, por toda su duración, expresando la voluntad colectiva de los socios y señalando las directrices de las facultades y de las obligaciones de los órganos en todas aquellas materias sobre las que la Ley no es imperativa e inderogable.

En el Derecho Positivo Mexicano la Ley General de Sociedades Mercantiles en los artículos 5, 6, 92, 101, 123, 143, 186 y 193 hablan de estatutos sociales, no obstante que la mayoría de los artículos de la mencionada ley al referirse al respecto hablan del contrato social y escritura constitutiva; de lo que podemos deducir que técnicamente la Ley General de Sociedades Mercantiles habla indistintamente de estatutos sociales, contrato social y escritura constitutiva.

Sin embargo considero que las tres cosas forman un todo, pero cada uno tiene un significado distinto.

---

<sup>124</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p. 238.

Por **contrato** entendemos ese acuerdo de dos o más voluntades para crear en este caso derechos y obligaciones conforme a los Artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal; a la naturaleza jurídica de la sociedad, nos referiremos en el siguiente capítulo; sin embargo anticipamos su naturaleza eminentemente contractual.

El artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se refiere a los requisitos que deberá de tener todo contrato social, y al terminar en el último párrafo dispone:

**"...Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma".**

El Artículo 28 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

**"Las personas morales se regirán por las Leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos".**

De lo anterior concluimos que los **estatutos sociales** son parte integrante del contrato social y por consiguiente deben de ser indispensablemente votados y aprobados en este caso por unanimidad de votos de los accionistas de la nueva sociedad.

Dichos estatutos sociales, coincide como la mayoría de los doctrinarios, en que son un conjunto de normas integradoras, entre otras cosas del contrato social, las cuales se refieren a la organización y funcionamiento de la sociedad, en el cual se puede regular con gran detalle las cuestiones no previstas en la Ley y aquellas en las que la Ley permite que la voluntad de los accionistas sea normativa.

Por lo que respecta a la **escritura constitutiva**, es un distintivo que se le ha otorgado al contrato social que en cumplimiento a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles debe hacerse constar ante notario, que corresponde a una escritura pública, cuyo contenido analizaremos a continuación.

Cabe advertir que no obstante que la Ley General de Sociedades Mercantiles en el artículo 5 señala que las sociedades mercantiles se constituirán ante notario y de la misma forma se harán constar sus modificaciones, la Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento, dan la posibilidad de que las sociedades mercantiles puedan constituirse también ante corredor público, con la única salvedad de que éstos no tienen competencia tratándose de inmuebles.

Por lo anterior vemos que es de suma importancia checar que cuando una sociedad mercantil se constituya ante corredor público alguno de sus accionistas para tener tal calidad no haga su aportación en bienes inmuebles.

#### **B).- CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS SOCIALES.**

El Artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone cuales son los requisitos generales que deberá de contener el contrato social de toda sociedad mercantil, dentro de ellas la sociedad anónima. Dichos elementos o requisitos como ya se dijo forman parte integrante de un todo llamado contrato social, el cual como todo contrato su contenido obligacional esta dispuesto en las cláusulas, que para efectos de analizar dicho contenido las dividiremos de la misma manera que para su estudio hace Mantilla Molina.<sup>125</sup>

**a).- Cláusula Esenciales.-** Son aquéllas que nos permiten subsimir el negocio concreto en una categoría jurídica, por ajustarse al concepto de ésta: si falta alguna cláusula de las esenciales nace un negocio distinto o el creado es ineficaz.

**b).- Cláusulas Naturales.-** Son aquéllas que van tan acorde al tipo social correspondiente que la Ley presume su existencia y suple la voluntad de las contratantes.

---

<sup>125</sup> Mantilla Molina Roberto. op. cit., pp. 228-233.

**e).- Cláusulas Accesorias.-** Son aquéllas pactadas libremente por los contratantes en base al Principio de la Autonomía de la Voluntad, para satisfacer de una mejor manera sus aspiraciones, que no desvirtúan las características del tipo societario, ni evadan las limitaciones que para tal Principio fijan las Leyes.

Más adelante analizaremos los requisitos especiales que deberán de contener los estatutos sociales de una sociedad anónima.

**a).- Requisitos Generales, Artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.**

Este artículo lo reduciremos por lo que hace a las cláusulas esenciales en seis y una más que no se encuentra regulada ni en el citado artículo ni en el mismo ordenamiento jurídico, sinó que se encuentra en los artículos 30 y 31 del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que es el referente a la llamada "cláusula de extranjería".

**1).- Cláusulas Esenciales.**

Dicho análisis lo haremos en el siguiente orden: nombre, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad; nombre de la sociedad, domicilio, duración; cláusula de extranjería; capital social y objeto social.

**1) Datos Identificatorios de los socios.-** Este elemento es indispensable para determinar claramente quienes fueron las personas fundadoras de dicha sociedad, además de ser datos indispensables que el Notario o Corredor Público deben de considerar para la elaboración del instrumento público respectivo.

**2) Nombre de la Sociedad.-** Al respecto se refiere la fracción tercera del ya citado artículo 6 "...III.- Su razón social o denominación...". Como se había dicho anteriormente este artículo

reglamenta disposiciones que son aplicables a todas las sociedades mercantiles reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que tiene que englobar todas las posibilidades, es por eso que al regular al nombre de la sociedad lo hace citando a la razón o denominación social.

Doctrinalmente existen diferencias entre razón y denominación social. La razón social se utiliza o esta más bien destinada para el uso de las sociedades personalistas, en las que la causa determinante es la persona del socio, lo que el socio es en sí mismo; tan es así que en la Ley General de Sociedades Mercantiles al regular a las sociedades personalistas dispone que es necesario que dentro de su nombre se incluya el nombre o apellidos de uno o varios socios. La sociedad vale por la solvencia moral del socio o socios que la conforman.

Por lo que hace a la denominación social, esta destinada al uso de las sociedades de capitales en las que al contrario de lo que sucede en las personalistas lo más importante es lo que el socio aporta, lo que vale en numerario, tan es así que aquí ya no se requiere que en el nombre de la sociedad figure nombre o nombres de los socios, porque la gente al ver el tipo social utilizado identifica claramente cual es la garantía que tiene<sup>126</sup>

Sin embargo es importante hacer mención que la distinción que existe en el Derecho Mexicano entre "razón social" y "denominación social" corresponde en los derechos germánico y austríaco, a aquella entre nombres comerciales que contengan nombres de personas y los otros que se refieren al objeto de la sociedad,<sup>127</sup> pero la "denominación" en el

---

<sup>126</sup> Cabe hacer mención que en el Proyecto de 1947 se restringía la libertad para la integración de la denominación social, al exigirse que dentro de la integración del nombre de la sociedad se hiciera mención a la principal finalidad de la sociedad. En el proyecto de 1952 no sólo se suprimió esta exigencia, sino que prácticamente se suprimió la distinción entre razón y denominación social, al permitir tácitamente que dentro del nombre de la sociedad anónima se haga figurar el nombre de un socio. La misma situación se observaba en el Proyecto de 1960, Mantilla Molina Roberto, op. cit., p.229.

<sup>127</sup> Frisch Philipp Walter, op. cit., pp.131-132.

Derecho Mexicano esta caracterizada esencialmente por no contener nombres de personas de los socios.

La razón o denominación social deberá ir seguida del tipo societario o de sus abreviaturas.

**3) Domicilio.-** La fracción séptima de multicitado artículo sexto de la Ley General de Sociedades Mercantiles sólo nos dice que dentro del contenido de la escritura constitutiva se deberá hacer mención al domicilio social y en la Ley General de Sociedades Mercantiles, ni en el Código de Comercio hay referencia alguna al respecto, por lo que aplicando supletoriamente el artículo 2 del Código de Comercio nos remitimos al artículo 33 del Código Civil para el Distrito Federal como legislación supletoria.

Tal artículo dispone como regla que las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración; por lo que éste sería el domicilio de una sociedad mercantil.

Sin embargo dicho artículo nos da distinciones:

A).- Tratándose de personas morales que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se consideran domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiere, y;

B).- Tratándose de sucursales que operan en lugares distintos a los de la casa matriz, tendrán sus domicilios en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.

El domicilio a que se refiere esta fracción no es idéntico o puede no coincidir con las oficinas o dirección de la sociedad, si no que se refiere solamente a la ciudad o localidad en la que la sociedad se encuentra domiciliada; así lo interpretó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio el número 4,429/61, del 3 de enero de 1963.

**4) Duración.-** Por lo que respecta a la duración de la sociedad, no hay dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles disposición alguna que nos diga cual es el mínimo o máximo de duración de las sociedades, por lo que validamente puede constituirse una sociedad con una duración de 5, 10, 30, 90, 1000, años, etc.

No obstante en la práctica se daba anteriormente con cierta frecuencia que al momento de sujetar la escritura constitutiva o sus reformas en lo referente a la duración a la "homologación judicial" previa e indispensable anteriormente para su inscripción en el Registro Público de Comercio, surgieron problemas por indicar que la sociedad que se constituyera tuviera una duración indefinida, de tiempo ilimitado, situación que conforme a nuestro Derecho Positivo no puede ser.

En España y en Italia la duración de las sociedades debe ser indefinida, en Bélgica la duración máxima es de treinta años; en Francia la duración indefinida es posible.<sup>128</sup>

**5) Cláusula de Extranjería.-** Como se había dicho anteriormente una de las seis cláusulas esenciales del contrato social de una sociedad mercantil es la referente a la cláusula de extranjería. Esta disposición no se encuentra regulada dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sino en un ordenamiento distinto llamado Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera; cabe mencionar que dicho Reglamento aún esta vigente según lo dispone el artículo cuarto transitorio de la nueva Ley de Inversión Extranjera de fecha 27 de diciembre de 1993, que dispone que en tanto no se expide el nuevo Reglamento se seguirá aplicando el anterior en todo lo que no se oponga a la Ley de Inversión Extranjera.

---

<sup>128</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., tomo I, p 59.

Anteriormente al hablar de la importancia que presenta la sociedad anónima para el Estado, comenté que para la constitución de una sociedad se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley de Inversión Extranjera, el artículo 30 del Reglamento en vigor de dicha Ley ratifica lo dicho por la Ley, y agrega que dicho permiso debe condicionarse a que en la escritura de constitución se inserte la "cláusula de exclusión de extranjeros" o el convenio de la llamada "cláusula Calvo".

Por lo que la llamada cláusula de extranjería puede ser de dos modalidades:

**I).- Cláusula de Exclusión de Extranjeros.** Esta consiste en un convenio o pacto expreso que forma parte integrante de los estatutos sociales, por el que se conviene que la sociedad en cuestión **NO** admitirá directa o indirectamente como socios o accionistas o a inversionistas extranjeros (que en términos del artículo 1o, de la Ley de Inversión Extranjera es toda persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica), o a sociedades que no tengan la cláusula de exclusión de extranjeros, y no reconocerán derechos de socios o accionistas a los mismos inversionistas y sociedades.

**II).- Cláusula de Admisión de Extranjeros.** Esta consiste en un convenio o pacto expreso que de manera igual forma parte integrante de los estatutos sociales, por el que los socios extranjeros actuales o futuros de la sociedad en cuestión se obligan formalmente con el Estado Mexicano a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de las acciones de dichas sociedades que adquieran o de que sean titulares. o de los bienes, derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades con autoridades mexicanas, y a no invocar la protección de sus

Gobiernos, bajo la pena de perder dichos derechos en beneficio del Estado Mexicano<sup>129</sup>

Este convenio se realiza y consta en el permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores para el uso de la denominación o razón social y se tendrá por convenido al incluirse dentro de los estatutos sociales de la sociedad en cuestión.

Por tales motivos vemos que es de suma importancia que conste en los estatutos sociales que tipo de cláusula de extranjería va a tomar la nueva sociedad.

**6) Capital Social.-** Al respecto se refieren las fracciones V y VI del artículo sexto de la Ley:

"...V.- El importe del capital social.

"...VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización .

Cuando el capital sea variable, así se expresara indicándose el mínimo que se fije..."

Al referirnos al capital social las definiciones que dan algunos juristas son las siguientes:

De Pina Vava Rafael dice que "...El capital social equivale a la suma del valor de las aportaciones de los socios".<sup>130</sup>

Mantilla Molina dispone que el capital social es "...La cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios".<sup>131</sup>

Walter Frisch Philipp define al capital social como "...El total de los valores nominales de las acciones suscritas de una Sociedad Anónima".<sup>132</sup>

Y por último Joaquín Rodríguez lo define como "...La cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios".<sup>133</sup>

<sup>129</sup> Artículo 27, primera fracción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

<sup>130</sup> De Pina Vara Rafael, op. cit., p.92.

<sup>131</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p.212.

<sup>132</sup> Frisch Philipp Walter, op. cit., p.102.

<sup>133</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., tomo I, p.241.

De lo anterior concluimos que es de suma importancia el dejar claramente la diferencia entre patrimonio social y capital social ya que uno incluye y conlleva al otro.

El patrimonio es la totalidad de los valores patrimoniales reales de la sociedad en un momento dado y el capital social es la suma total de las aportaciones de los socios.

El capital social de una sociedad mercantil debe de ser el mínimo que la ley señale para cada tipo social, sin embargo pueden adoptar la modalidad de capital variable, las cuales se adoptan dependiendo de lo dispuesto por los estatutos sociales y es aplicable a todas las sociedades mercantiles reconocidas por la Ley de la materia, tal como lo dispone el último párrafo del artículo primero de la mencionada Ley.

En virtud de la trascendencia del capital social debe de constar en los estatutos sociales no sólo el monto del capital, sino cual es la situación que guarda el mismo, la cantidad total autorizada, la suscrita y las proporciones exhibidas del mismo; estas situaciones cambian en virtud del tipo social de que se trate, por lo que sólo se analizará más adelante lo referente a la sociedad anónima.

La determinación del capital social, además de la trascendencia que tiene para los socios y para los terceros en general, tiene especial importancia desde el punto de vista fiscal.

**7) Objeto Social.-** La fracción segunda del mencionado artículo se refiere al objeto social.

Doctrinariamente se distinguen dos acepciones de objeto social; una referente a que objeto social son las operaciones que se propone realizar la sociedad y otra lo es que objeto son las prestaciones recíprocas prometidas por todos los socios contratantes de un contrato de sociedad.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., pp.228-229. Para Jorge Barrera Graf objeto y finalidad social son sinónimos, "Instituciones de Derecho Mercantil", op. cit., p 304.

Por lo que llamaremos "objeto" a las aportaciones que los socios están obligados a dar, aplicando lo dispuesto por el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que son objeto del contrato entre otros, la cosa que el obligado debe dar; en virtud del carácter contractual de la sociedad, y la "finalidad social" que corresponde a la otra acepción del objeto social, lo es el cúmulo de operaciones que se propone realizar la sociedad.<sup>135</sup>

Es indispensable que todos los requisitos mencionados de las fracciones I a VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles consten en la escritura constitutiva, ya que no existe disposición alguna en la Ley para que supla la voluntad de los socios, y en tal virtud la sociedad sería inexistente.

## 2).- CLAUSULAS NATURALES

No todos los requisitos del artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles son insubsanables, ya que los contenidos en las fracciones de la VIII a la XIII son suplidos por lo dispuesto en la Ley, debido precisamente a la naturaleza del contenido de las mismas que corresponden a las de una cláusula natural, que van acordes, adecuadas al tipo social que la Ley presume su existencia y suple la voluntad de los contratantes.

Estos requisitos subsanables se refieren a elementos de carácter funcional, de un aspecto corporativo; dichos requisito son:

a).- La forma en que ha de llevarse la Administración, nombramiento de las personas que la integren, facultades de las mismas y designación de las personas que han de llevar la firma social (fracciones VIII y XI).

---

<sup>135</sup> El Proyecto del Código de Comercio de 1947 prohíbe sistemáticamente hablar de objeto social y emplea el vocablo fin o finalidad social, los mismos vocablos fueron usados en los Proyectos de 1952 y 1960, idem., p 229.

En caso de omisión de estos requisitos se aplicarán las disposiciones generales de la Ley que en su artículo 10 dispone que la representación de toda sociedad mercantil corresponde a su Administrador o Administradores quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y los estatutos sociales.

b).- Las reglas referentes a la distribución de las utilidades y pérdidas entre los socios (fracción X). A falta de estas reglas en los estatutos sociales se aplicarán los artículos 16 a 21 de la Ley.

c).- El importe del fondo de reserva (fracción XI). Este es una novedad en la Ley vigente, que consiste en crear un fondo de reserva para los posibles riesgos que llegue a sufrir el capital social separando el 5% como mínimo del importe de las utilidades netas de la sociedad (es decir de lo que quede después de haber pagado todas las dudas sociales) hasta formar un 20% del importe del capital social.

A falta de omisión se aplicará lo dispuesto por los artículos 20 y 21 de la Ley.

d).- Reglas referentes a la disolución, procedimiento para la designación de los liquidadores y reglas referente a la liquidación de la sociedad (fracciones XII y XIII).

**b).- Requisitos Especiales para la sociedad anónima.**

El hecho de hablar de un tema en el que se inmiscuye totalmente a la sociedad anónima, no da lugar a hacer un análisis "escrito" de toda la Ley, por lo que sólo me referiré a dar los elementos esenciales integrantes y caracterizadores de dicho tipo societario.

**"sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones".**

Así es como la define la Ley General de Sociedades Mercantiles en el artículo 87.

Del análisis de la definición encontramos tres elementos caracterizadores:

1).- La existencia de una sociedad mercantil con una denominación, clásica de las sociedades de capitales, la cual será creada libremente por sus accionistas y será distinta de cualquier otra denominación y al usarse se le agregarán las palabras "sociedad anónima", o sus abreviaturas "S.A.". Esto se logra a través del control de los permisos otorgados por la Secretaría de Relaciones Exteriores ya mencionadas.

2).- El carácter de los accionistas queda limitado a la obligación de pagar sus aportaciones, en este caso representadas en títulos denominados "acciones", consiste en que los socios no tienen frente a la sociedad ni frente a terceros, más obligación de pagar el importe de las acciones que se obligaron a pagar.

3).- La participación de los accionistas en la sociedad anónima queda representada en títulos denominados "acciones", que sirven para acreditar y transmitir la calidad de accionista.

Para la constitución de una sociedad anónima se requiere:

1).- Que haya 2 socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos.

Al respecto es importante mencionar que hasta antes de las reformas a la Ley de la materia del 11 de junio de 1992, el número mínimo de socios para constituir una sociedad anónima era de cinco.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> En el Proyecto de 1947 se mantenía el número de cinco socios indispensables para la constitución de la sociedad anónima. En el Proyecto de 1952 en base a una observación de la Asociación de Banqueros se suprimió el requisito del número mínimo de socios y en el Proyecto de 1960 tampoco se exigía un número de socios para su constitución, idem., pp. 342-343.

2).- Que el capital social no sea menor de \$50,000 00/100 M.N. (equivalentes a \$50,000,000 00/100 M.N.), y que este íntegramente suscrito.<sup>137</sup>

Lo que implica que los socios al momento de constituir una sociedad anónima deben indispensablemente suscribir la totalidad de las acciones representativas del capital social; es decir, los socios cumplen con este requisito asumiendo la obligación suscrita con su firma de cubrir totalmente la cantidad que se señala como capital social; así debería de ser, no obstante que en la práctica ni el notario, ni el corredor público, ni el órgano de administración, dan cumplimiento exacto a este requisito pues sólo se limitan a declarar en el instrumento público bajo protesta de decir verdad la existencia de un capital social, pero nadie checa su legítima existencia, y no firman algún documento extra además de la escritura constitutiva, por lo que debería de existir la obligación de que los notarios o los corredores públicos checaran la existencia de los documentos por los que el socio suscribe las acciones.

Desde el Proyecto de 1952 se suprimió la exigencia de un capital social íntegramente suscrito, de la misma manera el Proyecto de 1960.

3).- Que se exhiba cuando menos el 20% del valor de cada acción que haya de pagarse en numerario e íntegramente cuando haya de pagarse en todo o en parte con bienes distintos al numerario.

Al respecto por lo que hace a las aportaciones de bienes el artículo 11 de la Ley de la materia dispone que salvo lo que dispongan los estatutos sociales dichas aportaciones se entenderán traslativas de dominio.

---

<sup>137</sup> El artículo tercero transitorio de la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles del 11 de junio de 1992 establece que no será aplicable a las sociedades anónimas ya constituidas a la fecha de la entrada en vigor de dichas reformas el requisito del monto del capital social mínimo.

En el Proyecto de 1947 se exige que, en todo caso, este íntegramente exhibida la cantidad de cien mil pesos; además, las aportaciones en numerario deben realizarse mediante el endoso del certificado de depósito del dinero en una Institución de Crédito o de un cheque certificado, y el notario que autorice la escritura dará fe de esta circunstancia con lo cual se evita, a lo menos en el momento de la constitución de la sociedad, que esta simule un capital que realmente no tiene. Las aportaciones en especie deben ser valuadas por una Institución fiduciaria, y en su defecto por un perito nombrado por el Juez.

En el Proyecto de 1960 se mantienen estas normas, con la salvedad de que la cantidad mínima que ha de exhibirse es de doscientos mil pesos.<sup>138</sup>

Los requisitos especiales que deberán de contener los estatutos de la sociedad anónima contemplando las reformas del 11 de junio de 1992, están regulados en el artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y son:

- 1).- La parte exhibida del capital social.
- 2).- El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social.
- 3).- La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones.
- 4).- La participación en las utilidades concedidas a los fundadores.
- 5).- El nombramiento de uno o varios comisarios, y;
- 6).- Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios.

---

<sup>138</sup> Mantilla Molina Roberto, op. cit., p.351.

### **C).- REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO**

Dentro del recorrido para la constitución de una sociedad anónima la última parte corresponde a la publicidad de la misma; esta publicidad se realiza a través del Registro Público de Comercio. La obligación que tienen las sociedades mercantiles de inscribirse en el Registro Mercantil se encuentra en dos ordenamientos principalmente: el primero en el Código de Comercio en el artículo 19 que dispone:

"La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles..."

De lo anterior resulta que tal inscripción es potestativa para los comerciantes personas físicas, pero no así para las sociedades mercantiles ya que es obligatoria.

El segundo ordenamiento es la Ley General de Sociedades Mercantiles, que del análisis del artículo 2 surge la necesidad de que la sociedad mercantil este inscrita en el Registro de Comercio, ya que al parecer es indispensable tal inscripción para gozar de personalidad jurídica.

Además el artículo 7 de dicha Ley da acción a cualquiera de los socios para que en caso de que no se presente la escritura constitutiva al Registro Público de Comercio para su inscripción dentro de los 15 días siguientes a la fecha de otorgamiento, para demandar en la vía sumaria dicho registro.

Dicha inscripción debido al carácter federal de la materia mercantil deberá de hacerse en el Registro Público de Comercio que es federal. El mencionado Registro se lleva en cada una de las cabeceras del partido o distrito judicial del domicilio del comerciante por las oficinas del Registro Público de la Propiedad, a falta de estas por los oficios de hipotecas y a falta de ambos, por los jueces de primera instancia de orden común. En el mismo sentido el artículo 2 del Reglamento del Registro Público de Comercio.

La falta de inscripción de una sociedad mercantil es que se considerará como una sociedad irregular, además de que sólo producirá efecto entre los que la otorguen (entre las partes), pero no podrán producir perjuicio a terceros, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fuere favorable, es decir NO surtirá efectos frente a terceros, no será oponible erga homines.

### **III.- LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS**

#### **A).- CONCEPTO Y GENERALIDADES**

Como se dijo anteriormente a la sociedad anónima como ente colectivo, se le reconocen derechos y obligaciones, el cual de no ser por sus integrantes personas físicas no podría vivir en el mundo jurídico.

De la unión de las voluntades de esas personas físicas que constituyen e integran a la persona moral surge la voluntad de la misma persona.

Estas personas que la integran no actúan en nombre propio sino como órgano de la persona moral.

Es muy importante recalcar que la voluntad de la persona moral tomada y conceptualizada como tal se realiza a través de un órgano; este órgano en la sociedad anónima es la Asamblea General de Accionistas.

El jurista Vázquez del Mercado al definir a la Asamblea de Accionistas dispone:

"...Si por órgano entendemos aquella institución que forma la voluntad del ente, la asamblea de accionistas en una sociedad de capitales, es un órgano. Es el órgano deliberante de la sociedad.....De ella emanan las decisiones con base en las cuales la

sociedad debe gobernarse. Por medio de la asamblea los componentes de la sociedad, es decir los socios expresan su voluntad y dirigen la marcha de los negocios".<sup>139</sup>

El licenciado Joaquín Rodríguez la define de la siguiente manera:

"La asamblea general es la reunión de accionistas legalmente convocados y reunidos, para expresar la voluntad social en materias de su competencia."<sup>140</sup>

Walter Frisch la define como: "La reunión prevista por la Ley para que los accionistas ejerzan en ésta sus facultades corporativas".<sup>141</sup>

Para Antonio Brunetti la Asamblea General es la reunión de los accionistas en la forma prescrita por la ley y por los estatutos.<sup>142</sup>

Vivante citado por Joaquín Rodríguez dispone que la Asamblea General es la reunión de los socios debidamente convocada para tratar de los negocios sociales.

El Artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles la define como:

"La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de éstas y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe o a falta de designación por el administrador o por el Consejo de Administración...".

La Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice: "Con toda claridad queda establecido que la Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad de tal manera que dentro de sus facultades esta acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la compañía, sin que su competencia al respecto pueda ser discutida por ningún otro órgano de la sociedad".

---

<sup>139</sup> Vázquez del Mercado Oscar, "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles", Editorial Porrúa, México, 1996, p.18.

<sup>140</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., tomo II, p.3.

<sup>141</sup> Frisch Philipp Walter, op. cit., p.324.

<sup>142</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p.178.

Desde el punto de vista del Derecho Positivo Mexicano, la Asamblea General de Accionistas es un órgano indispensable dentro de la sociedad anónima, sin el cual no podría concebirse como ente jurídico y tanto la doctrina, como la propia Ley de la materia la definen como órgano supremo, precisamente por que desde un punto de vista interno, jerárquico en la misma sociedad es quien dice la última palabra en lo referente a la marcha de la sociedad y en las materias de sus respectivas competencias.

En la práctica societaria el órgano que en realidad toma las decisiones más importantes en la vida de la sociedad, es otro llamado "órgano de administración"; situación que no debe ser, ya que éste solamente tiene como obligación principal ser el representante legal de la persona moral; ya que dicho órgano subordinado a las instrucciones de la Asamblea, por eso digo que la Asamblea debería decir la última palabra.

Esta situación se presenta principalmente en las grandes empresas (sociedades anónimas Abiertas) debido a la gran cantidad de accionistas que la conforman, ya que sería casi imposible el reunir a los accionistas para cumplir con quórumos mínimos señalados por los estatutos sociales.

En el mismo sentido Joaquín Garrigues en su "Tratado de Derecho Mercantil", al disponer que: "El inversionista, poco casi nada entiende de la actividad industrial, ni tampoco lo desea, y la mayoría de las veces, aun cuando lo quisiera, no puede interesarse en la actividad de la sociedad de la que adquiere acciones. En efecto, invierte sólo en busca de un dividendo y bajo ciertos aspectos, lo que hace es prestar su dinero a la sociedad, o mejor dicho a aquellos que la dirigen. El desinterés de una gran parte de socios se traduce, en la práctica en el ausentismo de éstos de las asambleas y en última instancia, de la vida de la

sociedad misma... el ausentismo se debe en muchas ocasiones al gran número de socios que forman una sociedad, pues esto les impide poder reunirse y decidir conjuntamente..."<sup>143</sup>

Por lo antes expuesto considero que la Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo en la sociedad anónima, constituida por los accionistas de la misma en la que expresan su voluntad y dirigen la marcha de los negocios de la sociedad, en sus respectivas competencias.

### **B).- CLASES DE ASAMBLEAS**

La Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles hace una distinción bipartita en Asambleas Generales y Asambleas Especiales y las Generales las divide en Ordinarias y Extraordinarias, fijando como criterio para distinguir unas de otras no la periodicidad ni la época en la que se reúnen, sino los objetos de los que habrán de ocuparse cada una de ellas; situaciones que analizaremos más adelante.

En doctrina la mayoría de los autores han clasificado a las Asambleas de Accionistas de la Sociedad Anónima de la siguiente manera:

- a).- Asamblea Constitutiva.
- b).- Asambleas Generales, las cuales se dividen a su vez en Ordinarias y Extraordinarias.
- c).- Asambleas Especiales.
- d).- Asambleas Mixtas, y;
- e).- Asambleas Totalitarias.

Esta clasificación la analizaremos brevemente a continuación.

---

<sup>143</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op. cit., p. 103.

**a).- Asamblea Constitutiva.**

Esta clasificación surge en base a las dos formas de constitución de la sociedad anónima reconocidas por nuestro derecho: la constitución simultánea y la constitución sucesiva o suscripción pública.

Se da precisamente en la constitución sucesiva o suscripción pública, ya que conforme a lo que dispone los artículos del 92 al 101 de la Ley General de Sociedades Mercantiles la suscripción pública, comprende seis etapas que son:

1).- La primera consiste en que los socios fundadores redacten un proyecto de estatutos sociales el cual deberá de ser depositado en el Registro Público de Comercio.

2).- La segunda etapa consiste en el ofrecimiento al público de las acciones para su suscripción, el cual incluye también la suscripción del programa del proyecto de los estatutos sociales.

3).- La tercera consiste en el depósito de las cantidades exhibidas como importe de las acciones suscritas con cargo a formar parte del capital social.

4).- La cuarta procede cuando una vez suscrito en su totalidad el capital social, se hará una convocatoria para la celebración de la "Asamblea General Constitutiva", en términos del proyecto de los estatutos sociales.

5).- La quinta etapa consiste precisamente en la celebración de la Asamblea General Constitutiva.

6).- Y por último la sexta etapa consiste en que una vez aprobada por la Asamblea General la Constitución de la Sociedad se proceda a su protocolización e inscripción en el Registro Público de Comercio.

Es en la quinta etapa en la que se presenta precisamente la Asamblea Constitutiva, llamada así por ser la primer Asamblea en la que se discute y aprueba la constitución de la nueva sociedad

Maurio Bauche Garcíadiego, considera que la Asamblea General Constitutiva "se da solamente en el caso en que se constituya una sociedad anónima de manera sucesiva en el que los socios fundadores firman un boletín de suscripción estableciendo en un programa el régimen jurídico que se ha de llevar la finalidad principal de una Sociedad Anónima de creación sucesiva en que el público en general haga las aportaciones necesarias a la misma para los objetos que se pretendan crear".<sup>144</sup>

No obstante que la mayoría de los autores coinciden en que la Asamblea General Constitutiva se presenta solamente en la sociedad anónima en la constitución sucesiva, considero una clase más de Asamblea Constitutiva. En la práctica societaria y notarial acude un "delegado" de la primer asamblea de una sociedad, a protocolizar un acuerdo tomando en una Asamblea: consistente en el de crear o proceder a la constitución de una sociedad, que no es otra cosa que una forma de constitución simultánea, ya que el contenido de los estatutos sociales y del contrato mismo se hace constar en un sólo acto y se comparece ante notario a otorgar la escritura pública respectiva y no reúne los requisitos del procedimiento de suscripción sucesiva.

#### **b).- Asambleas Generales.**

Como se dijo anteriormente nuestro sistema legal comparte la división bipartita como la mayoría de las legislaciones extranjeras de las Asambleas Generales en Ordinarias y Extraordinarias.

Las diferencias entre unas y otras han sido objeto de discrepancia para la mayoría de los autores; el Doctor Vásquez del Mercado reúne grandiosamente las principales

---

<sup>144</sup> Bauche Garcíadiego Mario, op. cit., p.545 En el mismo sentido el Doctor Vásquez del Mercado.

corrientes al respecto, por lo que para el análisis de este inciso tomaré de base lo dicho por el mencionado jurista, añadiéndole otras más.

**1).- Distinción en base a la época de la reunión.** Estos consideran que la diferencia clave para la distinción entre una Asamblea Ordinaria y una Extraordinaria se da principalmente por la época en la que se celebran.

A esta corriente pertenece el sistema inglés, el que considera que todas las Asambleas que no se celebran anualmente de acuerdo con los estatutos sociales serán extraordinarias.

Antonio Brunetti considera que la Asamblea Ordinaria deberá convocarse cuando menos una vez al año, dentro de los cuatro primeros meses, después de la clausura del ejercicio social, y la asamblea extraordinaria deberá convocarse cuando sea necesario deliberar sobre alguna de las materias enunciada por la ley.<sup>145</sup>

En la legislación Argentina la diferencia radica en la época de su celebración.

En el mismo sentido Joaquín Garrigues al disponer:

"Las juntas ordinarias se reúnen anualmente... Las Juntas Extraordinarias se reúnen en cualquier tiempo, cuando así lo exija el interés de la sociedad... En resumen, será extraordinaria la junta que se reúna fuera de la época prevista en la Ley. La periodicidad de la junta ordinaria se ve clara en este último artículo, a cuyo tenor "la junta general ordinaria previamente convocada al efecto se reunirá cuando lo dispongan los estatutos, y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio... Hasta tal punto es cierto que la diferencia entre junta ordinaria y extraordinaria se funda exclusivamente en la periodicidad y no en su competencia respectiva, que el Tribunal Supremo tiene declarado... que nada impide que sean sometidos a una Junta extraordinaria la aprobación del balance y

---

<sup>145</sup> Brunetti Antonio, op. cit., p.179.

*cuentas del ejercicio anterior, cuando haya transcurrido el plazo marcado por la Ley para la celebración de la Junta Ordinaria sin que ésta haya tenido lugar..."* <sup>146</sup>

**2).- Distinción en base a la competencia de unas y otras.** Cuando los socios deliberan sobre materias que entren en el objeto de la gestión normal de la sociedad deberá de hacerlo en Asamblea Ordinaria y en Extraordinaria cuando el asunto a tratar sea de carácter extraordinario, que no entre en la gestión normal de la sociedad. Como vemos la base de esta corriente es la competencia de unas y otras.

Dentro de los autores que comparten esta corriente se encuentra Enrico Soprano, que opina que la distinción de las Asambleas en Ordinarias y Extraordinarias consiste en hacer referencia a la materia sobre la que se deliberará según lo indicado en la orden del día, no importando que se omita en la misma la mención de que si es ordinaria o extraordinaria.

Tanto es así que ni siquiera se discute la posibilidad de convocar al mismo tiempo a dos asambleas, toda vez que la distinción surge del objeto de la convocatoria. En el mismo sentido Roberto Scheggi y Giuseppe Valeri.

El Doctor Cervantes Ahumada considera también que para calificar a una Asamblea de ordinaria o extraordinaria no se debe atender a su época de reunión, si no a los asuntos de los cuales se ocupe.<sup>147</sup>

**3).- Corriente Ecléctica.** Esta consiste precisamente en una mixtura de las dos corrientes anteriores, y es la que no trata el Doctor Vásquez del Mercado.

Para U.Navarrini la Asamblea es Ordinaria cuando por las exigencias normales de la vida de la sociedad, debe convocarse en una forma periódica y regular, para que en ella se discuta, apruebe o modifique el balance que anualmente debe ser presentado a los

---

<sup>146</sup> Garrigues y Díaz Canabate Joaquín, op cit., pp.487 y 498

<sup>147</sup> Cervantes Ahumada Raúl, "Derecho Mercantil", Primer Curso, Editorial Herrero, S A., México 1984, p.94.

accionistas, se designen nuevos administradores, etc., y es extraordinaria cuando sólo se convoca, por circunstancias imprevistas que lo impongan o para decidir sobre materias que no sean objeto de asamblea ordinaria.

Joaquín Rodríguez al respecto opina:

"Las asambleas ordinarias y extraordinarias se distinguen en cuanto a su periodicidad y en cuanto a su objeto, ya que las primeras deben reunirse "por lo menos una vez dentro de los cuatro meses que siguan a la clausura del ejercicio social por tenerse que ocupar de "materias que se reproducen periódica e imprescindiblemente, mientras que las segundas pueden reunirse fuera de todo ritmo periódico, una vez que se haya celebrado la asamblea obligatoria anual que la ley requiere. Por esto, debe tomarse en cuenta también el criterio objetivo".<sup>148</sup>

Las corrientes expuestas engloban la generalidad de las opiniones en la doctrina, sin embargo por lo que hace al Derecho Mexicano, como se dijo anteriormente la propia Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles anticipa un criterio de distinción en base a su competencia, en base a los objetos de que habrán de ocuparse uno y otro tipo de Asamblea, asimismo confirma que el criterio de distinción no se fija en la época de la reunión.

No obstante lo anterior las disposiciones de la Ley de la materia dan tiempos para la celebración de las dos clases de Asambleas Generales, lo que debemos de considerar como una norma más; no considerable para su distinción.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles por lo que se refiere a las Asambleas Generales el Artículo 179 dispone que las asambleas son ordinarias y extraordinarias.

---

<sup>148</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., tomo II, p.5.

A su vez el Artículo 180 de la mencionada Ley por exclusión fija la competencia de las asambleas ordinarias, digo por exclusión porque dispone:

"...son Asambleas Ordinarias las que se reúnen para tratar de cualquier asunto que no sea de los enumerados en el artículo 182", (que habla de la competencia de las Asambleas Ordinarias).

Sin embargo se debe celebrar una Asamblea Ordinaria por lo menos una vez al año dentro de los primeros cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social (que el artículo 8A de la citada ley dispone que, el ejercicio social coincidirá con el año calendario, a menos de que la sociedad se constituya después del primero de enero del año en cuestión, pues tal ejercicio social correrá de la fecha de constitución al 31 de diciembre del mismo año).

Dicha Asamblea Ordinaria deberá de tratar por lo menos:

- 1).- Discutir, aprobar o modificar el informe de la situación financiera, tomando en cuenta la opinión que al respecto emita el Comisario o Comisarios, y tomar las medidas oportunas.
- 2).- En su caso, nombrar al Organo de Administración y al Organo de Vigilancia.
- 3).- Determinar los honorarios correspondientes a dichos órganos, cuando no se hayan fijado en los estatutos sociales.

Y las Asambleas Extraordinarias, en base a lo que dispone el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tendrán competencia para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- 1).- Prórroga de la duración de la sociedad.
- 2).- Disolución anticipada de la sociedad.
- 3).- Aumento o Reducción del capital social.
- 4).- Cambio de Objeto de la Sociedad.

- 5).- Cambio de Nacionalidad de la Sociedad.
- 6).- Transformación.
- 7).- Emisión de Acciones Privilegiadas.
- 8).- Fusión con otra sociedad.
- 9).- Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones.
- 10).- Emisión de Obligaciones.
- 11).- Cualquier otra modificación a los estatutos sociales.
- 12).- Los asuntos que para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial.

Se reúnen para resolver sobre modificaciones de los estatutos sociales o sobre la adopción de ciertos acuerdos y sobre todo de aquellos que por la Ley o los estatutos sociales requieran de quórum especiales.

Estas asambleas pueden ser convocadas y reunirse en cualquier tiempo las veces que sean necesarios.

#### **e).- Asambleas Especiales.**

Esta clase de Asambleas fueron creadas en Alemania y se introdujeron posteriormente en las legislaciones de otros países. Esta es la otra clase de Asambleas reconocidas en la legislación mexicana.

Estas Asambleas surgen en base a la necesidad de crear órganos especiales cuando la Asamblea General decide modificar los derechos especiales de determinadas categorías de accionistas.<sup>149</sup>

Dicha clase de Asambleas se presentan como dice el artículo 195 de la Ley de la materia cuando existen diversas categorías de accionistas y se dan precisamente cuando la sociedad

---

<sup>149</sup> Frisch Philipp Walter, op. cit., pp. 425-426. En el mismo sentido De Pina Vara Rafael, op. cit., p.114; Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", op. cit., p.547 y Mantulla Molina Roberto, op. cit., p 391.

a través de la Asamblea General decide modificar los derechos especiales que confieren las acciones; estas Asambleas deben aprobar o desaprobar las resoluciones que afecten a las determinadas categorías de acciones.

No obstante suena lógico que si los titulares de las acciones cuyos derechos se modifican asisten a las Asambleas Generales que decidan tales modificaciones y éstos por unanimidad o por mayoría de votos (aplicando el régimen respectivo para la instalación y validez de sus resoluciones en Asamblea Especial) no será necesario celebrar una Asamblea Especial, pues las resoluciones que se tomarían en ella ya fueron tomadas en la propia Asamblea General.

De la misma forma no sería concebible la reunión de una Asamblea Especial en la que no se afecten derechos de una determinada categoría de acciones, si no al contrario en la que se beneficiaran o se les otorgaren más derechos.

La función de las Asambleas Especiales no es más que la de ratificar las decisiones de la Asamblea General que afecten, no que beneficien. Por lo que respecta a las reglas aplicables a este tipo de Asambleas el último párrafo del Artículo 195 de la Ley de la materia dispone que se aplicarán las reglas generales de la Asamblea Extraordinaria.

#### **d).- Asambleas Mixtas.**

Esta es una clase de Asamblea que no se encuentra regulada en la legislación Mexicana, pero para efectos prácticos sería conveniente que nuestra Ley la reglamentara.

Consisten en la celebración de dos Asambleas en una misma sesión, ya que muchas veces con el sólo objeto de simplificar las dificultades que pudiesen existir para la celebración de dos asambleas, se convoca a los accionistas a una sola reunión, en la que se tratarán

asuntos de la competencia de cada tipo de asamblea que conformen la sesión mixta, observándose en cada caso las reglas aplicables para cada tipo de asamblea.<sup>150</sup>

**e).- Asambleas Totalitarias.**

Estas Asambleas están reguladas en el Artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y presentan como peculiaridad el hecho de ser validas no obstante con la ausencia de requisitos que la Ley señala indispensables para la validez de la Asamblea como no haber realizado la publicación de la convocatoria para la celebración de la Asamblea respectiva, o bien que no contenga la Orden del Día o que no este firmada por la persona quien la hizo. Como regla general la ausencia de los requisitos mencionados da lugar a la nulidad de la Asamblea, pero en las llamadas Asambleas totalitarias se sustituyen dichos requisitos por el hecho de que al momento de la votación de los asuntos del orden del día se haya encontrado representada la totalidad de las acciones que integran el capital social.

El Doctor Vázquez del Mercado señala que no solamente se requiere tal requisito, si no es indispensable también que ninguno de los accionistas se oponga a tomar acuerdos que previamente no se indicaron en el Orden del Día (en caso de que se haya hecho convocatoria) y el requisito que falte es la omisión de uno de los puntos del Orden del Día o que no contenga la Orden del Día no obstante haberse hecho la publicación de la convocatoria (que también es un caso de nulidad de la Asamblea).<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Frisch Philipp Walter, op. cit., pp.427-428.

<sup>151</sup> Vázquez del Mercado Oscar, op. cit., p.38.

### **C).- FUNCIONAMIENTO Y DESARROLLO DE LAS ASAMBLEAS.**

Para que las resoluciones adoptadas en una Asamblea General de Accionistas sean legalmente válidas, es preciso que la misma se acuerde con una serie de requisitos legal o estatutariamente determinados.

El funcionamiento y desarrollo de la Asamblea General de Accionistas lo haremos desarrollando los siguientes puntos:

- a).- Convocatoria
- b).- Instalación de la Asamblea y designación del Presidente, Secretario y Escrutador
- c).- Quórum en las Asambleas
- d).- Actas de las Asambleas, su protocolización y registro.

#### **a).- Convocatoria.**

El primer requisito para que una Asamblea sea válida es la convocatoria realizada por la celebración de la misma, con excepción de la Asamblea Totalitaria, la cual ya fue analizada.

Para el análisis de la convocatoria analizaremos los siguientes temas:

- 1).- Personas encargadas de realizarla
- 2).- Contenido de la convocatoria
- 3).- Publicidad
- 4).- Primera y ulteriores convocatorias.

#### **1).- Personas encargadas de realizarla.**

Dentro de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* encontramos a tres órganos encargados de realizarla, el Órgano de Administración, el Órgano de Vigilancia y el Órgano Judicial, cada uno de estos en casos y condiciones determinados.

Por regla general es obligación del Organó de Administración el convocar a Asambleas, salvo lo que dispongan los estatutos sociales; no obstante que el artículo 183 de la Ley General de Sociedades Mercantiles habla en forma general de que la convocatoria se realizará por el Organó de Administración o por el Organó de Vigilancia; sin embargo considero que en virtud de lo que dispone el artículo 166, fracción VI de la mencionada Ley al hablar de los derechos y obligaciones de los Comisarios, que dispone que convocará a Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas, en caso de omisión de los administradores; el obligado principal es el Organó de Administración.

El Organó de Administración en la sociedad anónima como todos sabemos puede estar a cargo de un Administrador Unico o de un Consejo de Administración.

Cuando la Administración esta encargada a un Consejo de Administración este deberá de sesionar previamente para la realización de la convocatoria, en virtud de ser un órgano colegiado. Por lo que en caso de omisión del Organó de Administración y cuando lo juzgue conveniente (lo comunicará a dicho órgano para que éste la realice) la obligación de realizar la convocatoria le corresponde al Organó de Vigilancia.

Sin embargo existen casos en lo que debido a la situación y al derecho de la minoría de los accionistas la convocatoria debe ser realizada por la autoridad judicial.

Es obligación de convocar a Asamblea de la Autoridad Judicial en los siguientes casos:

1).- Cuando los accionistas que representen por lo menos el 33% del capital social podrán pedir en cualquier tiempo al Organó de Administración o al Organó de Vigilancia la realización de una convocatoria para la celebración de una Asamblea General para tratar los asuntos indicados en su solicitud. Si dichos órganos se negaren a hacer la convocatoria o bien no la hagan dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se haya

realizado la solicitud, la convocatoria podrá ser realizada por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad a solicitud de dicho grupo de accionistas (33%).

2).- El titular de una sola acción tiene derecho de solicitar la realización de una convocatoria para la celebración de una Asamblea General cuando no se haya celebrado ninguna Asamblea durante dos ejercicios consecutivos y cuando de haberse celebrado durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos enumerados por el Artículo 181 de la Ley (aprobación de estados financieros, emolumentos del Organo de Administración y del Organo de Vigilancia y designación de dichos órganos).

En estos casos deberá de solicitarse primero al Organo de Administración y después al Organo de Vigilancia, en caso de negarse o de omisión de la realización de la convocatoria dentro de los 15 días siguientes a su petición, dicho grupo de accionistas podrá solicitarla al Juez competente.

3).- El último caso en el que la obligación de convocar es de la autoridad judicial es en el que faltare la totalidad de los Comisarios de la sociedad, el Organo de Administración deberá de convocar en un término de tres días a Asamblea General de Accionistas para que dicha Asamblea haga la designación correspondiente. En caso de que el Organo de Administración no hiciera la convocatoria dentro del plazo señalado cualquier accionista podrá ocurrir ante la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que la primera haga la convocatoria.

## **2).- Contenido de la Convocatoria.**

El artículo 187 de la ley General de Sociedades Mercantiles dispone que la convocatoria debe contener la Orden del Día y la firma de quien la haga. No obstante lo dispuesto por la Ley considero que además de los elementos citados debe de contener el nombre de la sociedad,

domicilio. Por lo que hace al plazo o a la periodicidad de la publicación la ley lo deja a la voluntad de los accionistas pactar algo en los estatutos sociales, fijando en caso de omisión 15 días antes de la fecha señalada para la reunión.

Algunos autores consideran que este plazo sólo es para las Asambleas en las que se tenga que tratar lo referente a los informes de la situación financiera de la sociedad presentados por el Organismo de Administración y de Vigilancia, por la parte final de dicho artículo 186 que dispone:

"...Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad el informe a que se refiere el enunciado general del Artículo 172".

Considero que no es así, ya que "donde la Ley no distingue no hay que distinguir".

Esta publicación debe hacerse en el periódico oficial de la entidad del domicilio social, es decir en la Gaceta Oficial del Estado de que se trate y no en el Diario Oficial de la Federación ; o bien en uno de los periódicos de mayor circulación en dicha localidad, que sería aquel que tuviera un mayor corretaje.

Son dos los principales motivos de la publicidad de la convocatoria, uno el dar a conocer a los accionistas la celebración de una Asamblea que tratará de los asuntos mencionados en dicha convocatoria y a los terceros la posibilidad de formar una resolución en algunos de los asuntos indicados, y dos como dice el propio artículo 186 el darle a los accionistas la posibilidad de ejercer el llamado "derecho de información".

#### **4).- Primera y ulteriores Convocatorias.**

Como se analizará más adelante al hablar de los diferentes quórum de las Asambleas, es importante hacer mención dentro de la misma convocatoria si se trata de la primera, segunda o ulterior convocatoria, precisamente para que los accionistas de la sociedad conozcan

cuales serán las normas referentes a los quórum de instalación y de votación dependiendo del número de convocatoria que se trate.<sup>155</sup>

**b).- Instalación de la Asamblea y Designación del Presidente, Secretario y Escrutador.**

El desarrollo de una Asamblea precisa una dirección, alguien que dirija los debates, conserve el orden y cuide el debido funcionamiento de la Asamblea y evite irregularidades en la misma, para desempeñar estas funciones encontramos la figura del Presidente de la Asamblea.<sup>156</sup>

Al respecto se refiere el artículo 193 de la Ley General de Sociedades Mercantiles al decir que salvo pacto en contrario de los estatutos sociales la presidencia de las Asambleas Generales de Accionistas corresponde al Administrador Unico o al Consejo de Administración y a falta de ellas a la persona que designe la Asamblea.

Es importante mencionar que la Ley deja a la voluntad de los particulares la designación de la persona que ocupará la presidencia de la Asamblea, por lo que no es necesario que dicha persona sea accionista, por lo menos no lo exige la Ley.

La designación del Presidente es muy aconsejable debido a que es importante para un buen desarrollo de la Asamblea.

En la práctica generalmente la designación del Presidente recae en el Organó de Administración, si es Administrador Unico en él mismo y en el caso de que sea un Consejo de Administración la Presidencia y Secretaría de la Asamblea corresponde a los consejeros que tienen dichos cargos en el Consejo de Administración.

---

<sup>155</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op. cit., tomo II, p.33

<sup>156</sup> Vázquez del Mercado Oscar, op. cit., p.82

Dentro de las funciones del Presidente de la Asamblea esta el de mantener el orden, en caso de que alguno de los accionistas cometieren actos indebidos y alteraren el orden en la Asamblea, inclusive el Presidente tiene la facultad de pedir su expulsión de la Asamblea. Las discusiones deben ser corteses y exentas de violencia, se dice que la función del Presidente es dirigirlas con tacto y firmeza.<sup>157</sup>

Al lado del Presidente de la Asamblea encontramos al Secretario, cuya principal actividad es la redacción del acta de la Asamblea y en algunas ocasiones dar informes a los accionistas y lectura de documentos de la sociedad.<sup>158</sup>

El artículo 194 de la Ley hace referencia al secretario de la Asamblea, pero en ningún otro artículo habla de tal figura.

Por lo que respecta al escrutador, es una figura que no esta regulada en la Ley, sino que surge de la práctica societaria, se acostumbra nombrar uno o varios escrutadores, cuya función se reduce a la elaboración de la lista de asistencia, una vez hecho el recuento de las acciones representadas, para certificar la existencia de los distintos tipos de quóruns requeridos por las distintas clases de Asambleas y de ello debe de dar cuenta a el Presidente de la Asamblea, para que el mismo la declare legalmente instalada.<sup>159</sup>

Los nombramientos del Presidente, Secretario y Escrutador deben hacerse al momento de iniciar la Asamblea, y no precisa quórum alguno, pues es un acto previo e interno que no tiene relación con los acuerdos.

La lista de asistencia no es más que un texto que puede constar ya sea dentro del cuerpo del

---

<sup>157</sup> Idem., pp 82-83.

<sup>166</sup> Idem., p 83.

<sup>159</sup> Idem., pp 84-85.

Acta o bien en un anexo, en el que aparecen los nombres de los accionistas presentes a la asamblea, su firma, la mención de que accionistas comparecen representados, el número de acciones y valor de las mismas. La lista de asistencia podrá ser firmada en la medida que se vayan presentando los accionistas a sus representantes o también una vez declarado el quórum necesario para deliberar o cuando haya a concluido la Asamblea.<sup>160</sup>

La Ley General de Sociedades Mercantiles en ningún artículo señala la obligación de formular una lista de asistencia de los concurrentes a una Asamblea, sin embargo el Artículo 41 del Código de Comercio como Ley supletoria dispone que en el libro de actas se expresarán entre otros datos "los asistentes" a las asambleas de la sociedad anónima y los números de las acciones que represente, por lo que en virtud de que tal norma no fue derogada por la Ley General de Sociedades Mercantiles es totalmente válida y debe ser aplicable en la práctica societaria.

### **c).- Quora en las Asambleas.**

La estructura de la sociedad anónima y por su naturaleza de sociedad de capitales tiene la especialidad de que cada socio no vale un voto, sino más bien cada acción vale un voto y cada socio vale tantos votos como tantas acciones tenga.

El artículo 189 de la ley habla de "resoluciones validas" y los artículos 190 y 191 de la ley requieren la presencia de "x" número de accionistas para que la Asamblea pueda sesionar validamente y otros que voten en un mismo sentido para que la decisión adoptada sea legitimamente válida.

---

<sup>160</sup> Joaquín Rodríguez comenta que la lista de asistencia es redactada por el secretario de la asamblea, o bien por los escrutadores, op. cit., tomos II, p.37.

De lo que resolvemos que la estructura de la Ley General de Sociedades Mercantiles requiere de dos diferentes tipos de quórum: uno de instalación o presencia y otro llamado de votación.

Por quórum de instalación o presencia se entiende el número mínimo de acciones que deben estar representadas para que una Asamblea General pueda considerarse legalmente reunida.

Por quórum de votación será el número mínimo de las acciones presentes que ha de formular su voto favorable a una propuesta de resolución para que pueda considerarse eficaz y válidamente adoptada.

La mayoría de los países reglamentan el quórum como un requisito esencial para la celebración de las Asambleas Generales de Accionistas.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles el número de acciones que tienen que estar representadas varía según se trate de Asambleas Ordinarias o Extraordinarias y si se trata de primera o segunda convocatoria.

Tratándose de Asambleas Ordinarias en primera convocatoria bastará que estén representadas la mitad (50%) de las acciones que integran el capital social (quórum de presencia o instalación) para que la misma se considere legalmente instalada.

Por lo que se refiere a las Asambleas Extraordinarias en primera convocatoria bastará que estén representadas las 3 / 4 partes (75%) de las acciones que integran el capital social para que se considere válidamente reunida.

Y en relación al quórum de votación tratándose de Asambleas Ordinarias en primera convocatoria bastará que la mayoría de las acciones representadas se manifiesten en un mismo sentido para que sus resoluciones sean legalmente válidas, de la misma manera en Asambleas Extraordinarias en primera convocatoria se necesita un quórum de votación de por lo menos la mitad del capital social.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 191 da la posibilidad de que si una vez reunidos los accionistas en Asamblea en virtud de primera convocatoria no se encuentra el mínimo del quórum de presencia para instalarse y sesionar validamente, se hará una segunda convocatoria con la expresión de dicha circunstancia para la celebración de una Asamblea.

En segunda convocatoria por lo que hace al quórum de instalación la ley ya no requiere dicho quórum para las Asambleas Ordinarias ya que el artículo 191 de la Ley indica que se resolverá sobre los asuntos indicados en la Orden del Día cualquiera que sea el número de acciones representadas, y por lo que se refiere al quórum de instalación de las Asambleas Extraordinarias en segunda convocatoria se aplica el mismo criterio.

La Ley al referirse al quórum de votación en segunda convocatoria en relación a Asambleas Ordinarias será por mayoría de votos y en Asambleas Extraordinarias las acciones que representan por lo menos la mitad del capital social.

#### **d).-Actas de las Asambleas, su protocolización y registro.**

La Asamblea General de Accionistas como órgano supremo en la sociedad anónima, con facultades amplísimas para decidir la vida de la sociedad, requiere que sus resoluciones y la deliberación de las mismas consten por escrito.

Por lo que se refiere a las sociedades anónimas el artículo 194 dispone que las actas de las Asambleas General de Accionistas se asentarán en el libro respectivo y los artículos 36 y 41 del Código de Comercio disponen respectivamente:

"En el libro o los libros de actas se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas o juntas de socios, y en su caso, los consejos de administración".

"En el libro de actas que llevará cada sociedad, cuando se trate de juntas generales, se expresará la fecha respectiva, los asistentes a ellas, los número de acciones que cada uno represente, el número de votos de que pueden hacer uso, los acuerdos que se tomen, los que se consignarán a la letra... además de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado...".

De lo que se deduce que es en el libro de Actas de Asambleas en el que se deberán de asentar toda clase de Asambleas celebradas por la sociedad anónima con una excepción que citaré más adelante las cuales de acuerdo al artículo 37 del Código de Comercio deberán de ser redactadas en idioma castellano.<sup>161</sup>

El contenido de las Actas de Asambleas es el siguiente:

- 1).- Lugar de celebración de la Asamblea
- 2).- Día y hora de celebración
- 3).- Instalación Designación de Presidencia, Secretaría y Escrutador
- 4).- Lista de accionistas y capital social representado y en su caso el nombre de los representantes.
- 5).- Declaración de la validez de la instalación de la Asamblea
- 6).- Orden del Día
- 7).- Desarrollo, Deliberación y Resolución de todos y cada uno de los puntos del Orden del Día
- 8).- Designación de Delegado

---

<sup>161</sup> Este libro de Actas de Asambleas hasta el año de 1988 tenía que ser autorizado por la Oficina Federal de Hacienda correspondiente al domicilio de la sociedad, actualmente este libro entre otros deberá de esta debidamente empastados, encuadernados y foliados. Cuando un libro de actas ha sido utilizado en su totalidad, la sociedad deberá utilizar otro con las mismas características.

## 9).- Cierre de la Asamblea

Las Actas de Asambleas deberán ser firmadas por el Presidente y por el Secretario de la Asamblea así como por los comisarios que concurran, además de que a la misma acta se deberán agregar los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos de la Ley.

Como se había mencionado antes nuestra Ley impone la obligación de que de toda Asamblea se levante un acta y se asiente en el libro respectivo con la excepción señalada por el artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual dispone que cuando por cualquier circunstancia no pudiere asentarse el acta de una Asamblea en el libro respectivo se protocolizará ante notario.

Derivado de lo anterior y entrando de lleno al tema de las protocolizaciones de las Actas de Asamblea de la sociedad anónima las clasificaremos en dos: protocolizaciones en libros y protocolizaciones extra libros o fuera de libros.

Protocolizar es asentar en el protocolo del notario el acta de Asamblea, pero no es el asentar tajante como suena, sino que obviamente el mismo notario debe de revisar que los acuerdos se hayan tomado conforme a la reglas vigentes de los estatutos sociales, además de que dependiendo de los actos a protocolizar el notario debe de cumplir determinados requisitos, como por ejemplo solicitar permisos a la Secretaría de Relaciones Exteriores, hacer publicaciones, etc.

Por lo que todas las Actas de Asambleas Extraordinarias deben de protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio, aunque como ya vimos, también se protocolizan las Actas de las Asambleas Ordinarias cuando por cualquier motivo no consten en el Libro de Actas de Asambleas, además de aquellas que contengan resoluciones de suma importancia para la sociedad como el nombramiento del Organismo de Administración, de

Vigilancia, Directores, Gerentes y Apoderados, con el sólo efecto de que se les de la publicidad respectiva para que sean oponibles frente a terceros.

Cuando se habla de Asambleas extra libros quiere decir que consta en hojas sueltas las cuales deben de reunir los mismos requisitos que las Actas que constan en libros, estas hojas se le exhiben al Notario y las agrega materialmente al apéndice del instrumento notarial.

Es de suma importancia advertir que no obstante que la ley General de Sociedades Mercantiles al referirse a la protocolización de las Actas de Asamblea dispone que dicha protocolización debe ser ante notario, la Ley Federal de Correduría Pública en el artículo sexto fracción sexta al referirse a las actividades que un corredor público puede hacer dispone que puede actuar como fedatario en las modificaciones de las sociedades mercantiles, que no son otra cosa que aquellos actos que constan o deben constar en las actas de asambleas. De la misma manera el Reglamento de dicha Ley lo ratifica en el mismo sentido.

En relación a la obligación de inscribir determinadas Actas de Asamblea en el Registro Público de Comercio es perfectamente lógica, la razón es la siguiente: al constituirse la sociedad, los estatutos sociales se dieron a conocer a los terceros mediante la respectiva inscripción de la escritura constitutiva, por lo que de la misma forma deben de realizarse las modificaciones con el objeto de que los terceros se enteren y así se evite que en sus relaciones con la sociedad sean conducidas con error por no saber el estado real que guarda la misma.

La inscripción de las Asambleas en el Registro de Comercio no tiene más fin que el dar publicidad registral a los actos acordados.

La falta de inscripción podrá tener como única consecuencia que las decisiones tomadas en la Asamblea no puedan oponerse frente a terceros, pero no así a la sociedad y socios.

El artículo 26 del Código de Comercio, se refiere a los efectos de la inscripción y señala que los documentos que conforme a la ley deben registrarse y no se registran, sólo producirán

**CAPITULO CUARTO**

**PROBLEMATICA DE LA ATIPICIDAD EN EL DERECHO  
DE SOCIEDADES Y LA ATIPICIDAD ESTATUTARIA EN  
LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA**

## **I).- CONSIDERACIONES GENERALES DE LA NORMATIVIDAD DEL PENSAMIENTO JURIDICO SOCIETARIO.**

Es aquí donde iniciamos la culminación de la propuesta hecha en la parte introductoria del presente trabajo, analizaremos en este punto algunos presupuestos que son necesarios e indispensables para seguir una secuencia lógica del presente capítulo.

El primer punto a analizar es el porqué hablar de "cláusulas atípicas", el porque usar la denominación de atípico y no de inominado.

### **LOS CONCEPTOS DE TIPICIDAD, ATIPICIDAD, NOMINADO E INOMINADO.**

En el ordenamiento jurídico es indudable que se reconoce al "Principio de la Autonomía de la Voluntad", cuyo análisis se tratará mas adelante.

Partiendo de este principio, que es la base fundamental de la presente tesis, el Derecho Privado concede al hombre un amplio poder para formar su propia voluntad en las diferentes relaciones jurídicas de las que pueda llegar a formar parte, sin más limitaciones que las que se analizarán posteriormente.

En virtud de lo anterior y del reconocimiento del mencionado "Principio de la Autonomía de la Voluntad", a través de varios ordenamientos jurídicos surgen los llamados contratos atípicos o inominados y por extensión se aplica tal denominación a las cláusulas que regulan tales contratos.<sup>162</sup>

Como sucede con otras instituciones jurídicas las acepciones de atipicidad, tipicidad, inominado y nominado han sido sujetas a interpretaciones doctrinarias y por consiguiente se

---

<sup>162</sup> Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", op cit., p.123.

da lugar a que surjan un sin fin de interpretaciones y conceptualizaciones de los mencionados vocablos.

Analizaremos las principales y más sobresalientes propuestas al respecto.

Lozano Noriega opina que la conceptualización de los términos de nominado e inominado ha cambiado, dice que ya no es la misma concepción que se tenía en el viejo Derecho Romano. Nominado significaba que había un contrato, que tenía un nombre, que lo tenía por estar regulado en la Ley y además como toda regulación en la ley tenía una acción para que en caso de incumplimiento de las obligaciones que derivaran de dicho contrato, situaciones totalmente diferentes pasaban en los llamados contratos "Inominados", "...es que entonces, los contratos inominados al no estar reglamentados por el Derecho Civil, carecían de acción que pudieran tutelar a los que celebraran esos pactos..."<sup>163</sup>

Más adelante con la evolución del Derecho Romano se da a los contratos inominados una conceptualización diferente, los cuales se caracterizaban por lo siguiente:

- 1).- Tenían que ser contratos necesariamente bilaterales.
- 2).- Eran contratos "re", es decir, se perfeccionaban por la entrega de la cosa (traditio), por un principio de ejecución.
- 3).- Eran contratos que estaban sancionados por una acción común para las partes.
- 4).- La parte que había cumplido y de allí precisamente la necesidad de que fueran contratos bilaterales que engendraran obligaciones recíprocas, podía exigir de la otra parte no el cumplimiento de la obligación, sino la devolución de la cosa que había entregado

---

<sup>163</sup> Lozano Noriega Francisco, op. cit., pp.24-27.

quien había incumplido; a través de una acción de repetición y no de una acción de cumplimiento.

Para Lozano Noriega "nominado", es algo que ha sido objeto de una regulación legal, e "inominado" algo que carece de regulación legal, en los que ya no se presentan las características que se daban en el Derecho Romano.

Javier Arce Gargollo dice "es importante dejar clara la diferencia entre contrato nominado e inominado, ya que un contrato atípico puede ser nominado o inominado; para el es nominado cuando la Ley le otorga un nombre, una denominación; o bien puede ser que sin dejar de ser un contrato atípico sea un contrato nominado, es decir, que la ley le da una denominación pero que no este debidamente reglamentado o bien que no lo este".<sup>164</sup>

Giuseppe Messina dice que típicos son todos aquellos negocios respecto a los cuales el Derecho Objetivo fija el elemento de hecho constitutivo, concediéndoles efectos jurídicos propios para asegurar las intenciones de las partes y en los atípicos no se da lugar a esa especificación legal y están constreñidos a vivir del reconocimiento de la libertad contractual.

Para Francesco Messineo los contratos atípicos como concepto negativo de los típicos son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación.

Jorge Barrera Graf opina que corresponde a la tipicidad todos los contratos regulados en el Derecho Positivo y atípicos aquellos que cuando la ley no los regula las partes son quienes los crean, en aplicación del Principio de la Autonomía Contractual, ya sea con un contenido y una estructura distinta a la de algunos negocios típicos.

A su vez habla de contratos nominados, que son aquellos a los que la Ley los reglamenta con un nombre propio -nomen iuris-, y son inominados, todos los no reglamentados, pero también

---

<sup>164</sup> Arce Gargollo Javier, "Contratos Atípicos Mercantiles", Editorial Trillas, México, 1989, pp.46-48.

aquellos que si estuviesen regulados, pero a los que la Ley no les otorga un nombre, como por ejemplo el crédito documentario.<sup>165</sup>

Es de suma importancia advertir que los criterios señalados anteriormente resultan sólo de cuestiones doctrinales, sin embargo considero importante analizarlos para dar una conceptualización correcta.

Trasladando los pensamiento doctrinarios analizados concluyo que hablamos de algo "nominado" cuando la legislación lo reglamenta otorgándole un nombre, un distintivo y de algo "inominado" a lo no reglamentado, y aunque estuviere reglamentado la ley no le otorgue una denominación.

"Típico" es algo que esta regulado en la legislación y "Atípico" aquello que no esta reglamentado en nuestro Derecho.

Ahora bien considero que es posible aplicar por analogía las reflexiones anteriores al contenido obligacional de los contratos, "las cláusulas", de lo que resulta:

Que son "cláusulas típicas" aquellas normales y tradicionales que emanan de la reglamentación de un contrato típico y "cláusulas atípicas" aquellas no reglamentadas en nuestro derecho y que las partes pactan en base al Principio de la Autonomía de la Voluntad.

En la legislación mexicana encontramos dos fundamentos que se refieren a los contratos atípicos y a las cláusulas atípicas:

El Artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal se refiere a los contratos atípicos y dispone:

**"Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán**

---

<sup>165</sup> Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", op. cit., p.124.

por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento".

Y el Artículo 1839 del mismo cuerpo legal se refiere a las cláusulas atípicas:

**"Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciables en los casos y términos permitidos por la Ley".**

Otro de los presupuestos de los que es indispensable hablar, es el ratificar la importancia que ha tenido la presencia de la sociedad anónima en el aspecto económico y la presencia del Principio de la Autonomía de la Voluntad.

#### **B).- IMPORTANCIA ECONOMICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN EL ESTADO Y PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.**

Por lo que se refiere a la importancia que tiene la sociedad anónima en el campo económico del país, sólo ratificare sintetizando lo hablado en el capítulo segundo del presente trabajo.

Es totalmente cierto que la aparición del tipo social "sociedad anónima" representa una respuesta a las necesidades económicas y sociales de los particulares debido a una serie de factores históricos de carácter económico, político y social.

Es tanta la utilidad que ha presentado la sociedad anónima a través de su evolución que algo curioso sucede en la actualidad, es que el Estado las ha utilizado para la creación y regulación de las sociedades del sistema bancario y financiero mexicano.

Tanta es la importancia que representan las sociedades anónimas en la vida de un Estado que el mismo se ha visto en la necesidad de crear medios de control.

La sociedad anónima es pues uno de los modelos societarios, o más bien dicho el de mayor presencia e importancia en los países de mayor desarrollo económico.

Tratando ahora de analizar los presupuestos de la presencia del Principio de la Autonomía de la Voluntad en el ámbito del Derecho de Sociedades es importante mencionar que la persona es la base, la fuente y el fin del orden jurídico y que se trata de un principio que corresponde totalmente al ámbito del Derecho Privado.

Partiendo de la base de considerar al hombre como punto central del orden jurídico, el hombre goza de un poder creador de normas jurídicas que se deriva de dos cosas, la primera del reconocimiento que le otorga el orden jurídico para la presencia del tal poder creador de normas y la segunda en base a que el hombre es un ser dotado de razón, voluntad y libertad.<sup>166</sup>

Situándonos ahora en la presencia de la autonomía privada en el ámbito societario en el Derecho Mexicano, anticipamos que tal principio tiene una presencia enorme en la regulación de la sociedad anónima, es aquí donde tiene cabida la aplicación del Principio de la Autonomía de la Voluntad, mediante el cual los accionistas tienen la oportunidad de regular en forma detallada las situaciones que deseen crear.

## **II).- NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES.**

Tradicionalmente la sociedad ha sido considerada como un acto jurídico de naturaleza contractual.

---

<sup>166</sup> Ferri Luigi, "La Autonomía Privada", Traducción por Luis Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1969, p.5

Desde el Derecho Romano se analizó a la sociedad como un contrato, sin embargo existen doctrinas que han tratado de destruir la tesis sostenida por las teorías contractualistas; las cuales han sido sostenidas principalmente por autores del Derecho Público, como Hauriou, Salle, Saleilles y principalmente por el francés León Duguit.

Para el análisis de la naturaleza jurídica de la Sociedad analizaremos las principales y más sobresalientes teorías de la siguiente forma:

- A).- Teoría del Acto Colectivo
- B).- Teoría del Acto Constitutivo.
- C).- Teoría del Acto Complejo.
- D).- Teorías Contractualistas.

Más adelante analizaremos cual es la postura o la corriente adoptada por el Derecho Positivo Mexicano.

#### **A).- TEORIA DEL ACTO COLECTIVO.**

Uno de los principales exponentes y sustentantes de esta teoría es León Duguit.

Para León Duguit la definición legal de contrato comprende más de lo que debía de abarcar, ya que considera que el contrato no es todo acuerdo de voluntades que tenga como consecuencia la creación y/o transmisión de derechos y obligaciones; porque hay una inmensidad de actos jurídicos que suponen la creación y transmisión de derechos y obligaciones y sin embargo no les corresponde la naturaleza jurídica de contrato.

Duguit distingue tres especies de acto jurídicos plurilaterales para el análisis de la naturaleza jurídica de la sociedad: 1) El contrato; 2) El Acto Colectivo y 3) El Acto Unión.

El acuerdo de voluntades es un elemento general presente en los tres tipos de actos plurilaterales, el cual no es suficiente para dar los distinguos del contrato, ya que lo

interesante es ver cual es el sentido, cual es el objeto de la declaración de la voluntad concurrente de cada uno de los contratantes, y también analizar cual es esa finalidad.

Por lo que los puntos claves para encontrar las diferencias esenciales entre cada uno de los tres tipos de actos jurídicos de actos plurilaterales son: **el contenido y la finalidad de la declaración de la voluntad.**

En el **CONTRATO** el contenido y la finalidad de las declaraciones de voluntad de los contratantes son distintas. Además de que en todo contrato existe una oposición de intereses como consecuencia natural y necesaria de esa diferencia en el contenido y la finalidad de las declaraciones de voluntad.

En el **ACTO COLECTIVO** el contenido y la finalidad de la voluntad de los contratantes son coincidentes.

"A nadie se le ocurre pensar dice Duguit, que la sentencia dictada por un tribunal colegiado es un contrato y, sin embargo ese acto jurídico cabe dentro de la definición legal, puesto que hay un acuerdo de voluntades con producción de efectos de derecho; creación o reconocimiento de obligaciones a cargo del condenado por la sentencia. Sin embargo, ese acto jurídico no es un acto de naturaleza contractual, ¿por qué? Porque el contenido de las declaraciones de voluntad de cada uno de los miembros que integran ese tribunal colegiado no tiene contenido diferente ni finalidad distinta; ellos tratan de resolver, mediante su acuerdo de voluntades en el resultado del proceso que se llama sentencia, un caso concreto, una situación jurídica particular... La Sociedad dice Duguit, es precisamente un acto de esta naturaleza, es un acto colectivo; cada uno de los socios manifiesta su voluntad en el mismo sentido; el contenido y la finalidad son los mismos.

¿Cómo diferenciar un acto jurídico plurilateral al que Duguit llama colectivo de un contrato, cuando en aquél el contenido de las declaraciones es diferente o se encuentra en

oposición? Dice Duguit: "Es que en el acto colectivo siempre la finalidad es la misma; para que se celebre el contrato de sociedad".

¿Cuál es el móvil, la finalidad que persiguen los contratantes? Obtener una utilidad. El fin, por tanto, dice el autor francés, es un fin común, es un fin de cooperación. En esto consiste el acto colectivo.<sup>167</sup>

En el ACTO UNION el contenido de la declaración de voluntad es el mismo, pero la finalidad es diferente.

La teoría sustentada por León Duguit presenta como principal crítica el hecho de no poder dejar la determinación de la naturaleza jurídica de los actos plurilaterales a la investigación de un carácter subjetivo, que es la finalidad que persiguen los contratantes y que muchas veces no puede ser tomada en cuenta por el derecho, porque es algo subjetivo que no se exterioriza.

Así mismo hay quienes afirman que dentro del mismo análisis de la teoría de Duguit se puede decir que la sociedad es un contrato, ya que en la constitución de una sociedad se deben atender dos momentos: el de su constitución y el de funcionamiento.

En la etapa de constitución existe un acuerdo de voluntades con oposición de intereses, ya que cada uno de los contratantes, trata de asegurarse para sí el mayor número de ventajas posibles en detrimento de los otros socios.

En la etapa de funcionamiento organizada la sociedad es común; pero debido a que la naturaleza jurídica de un acto debe atenderse a la etapa de su nacimiento, es cuando hay oposición de intereses.

---

<sup>167</sup> Lozano Noriega Francisco, op. cit., p.309.

Don Roberto Mantilla Molina considera que el acto constitutivo de una Sociedad es un acto colectivo, pero no un contrato, el maestro opina:

"...Pero desde fines del siglo pasado, y como consecuencia la elaboración de la doctrina de los hechos jurídicos, se afinaron los conceptos antes confundidos, de negocio y contrato, y se encontró tanto en Alemania... como en Italia... que no podía subsimirse en este último concepto el acto constitutivo de una sociedad mercantil, que es un negocio jurídico de distinta especie... Dado que la legislación positiva exige la intervención de una pluralidad de socios, creemos que la constitución de una sociedad puede configurarse como un acto colectivo, ya que exige, de cada uno de los fundadores "declaraciones de voluntades emanadas en el ejercicio de poderes o derechos distintos... unidas para la satisfacción de intereses en paralelos..."<sup>168</sup>

#### **B).- TEORIA DEL ACTO CONSTITUTIVO.**

Esta teoría niega la naturaleza contractual de la sociedad. Su principal exponente es Gierke, el cual se basó principalmente en corrientes alemanas.

Esta teoría descansa en una crítica de la fuerza creadora de la voluntad contractual.

Gierke citado por el maestro Rojina Villegas dice que la teoría del contrato ha cumplido su misión y se encuentra totalmente superada en lo que se refiere a la explicación del origen del Estado y de las corporaciones públicas y privadas con personalidad jurídica. El contrato como simple acuerdo de dos voluntades para regular situaciones jurídicas objetivas, no es capaz de crear una personalidad jurídica, un sujeto de derechos, las personas morales son realidades orgánicas que no pueden surgir de un contrato.

---

<sup>168</sup> Mantilla Molina Roberto. op cit., pp.223-224.

El acto creador de una sociedad, según Gierke, no es un contrato, es un acto social constitutivo unilateral en el sentido de que la sociedad desde que se inicia hasta que se perfecciona supone un sólo acto jurídico en el que la voluntad de los partícipes se proyecta unilateralmente.

La imposibilidad de que a través del contrato pueda surgir una sociedad se basa además de que los contratos sólo crean relaciones jurídicas entre las partes; pero en el contrato de sociedad se crea un complejo de derechos y deberes de los socios entre sí, y de estos para con la sociedad.<sup>169</sup>

Esta teoría no tiene cabida en el Derecho Mexicano, en primer lugar porque la creación de una persona moral y el otorgamiento de personalidad jurídica a la sociedad, no constituye un elemento esencial de la sociedad, ya que en México, existen sociedades sin personalidad jurídica, no se debe al acuerdo de los socios, al contrato de sociedad, sino que el ordenamiento jurídico se la atribuye y no depende de acuerdos privados.

Esto resulta indudable en el sistema jurídico Mexicano en el que la personalidad jurídica se obtiene por la inscripción en el Registro Público de Comercio, inclusive antes de su inscripción, en el caso de las sociedades irregulares (artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)

### **C).- TEORIA DEL ACTO COMPLEJO.**

Esta teoría ha presentado mayor difusión que la de Acto Constitutivo.

Esta teoría fue propuesta inicialmente por un grupo de autores alemanes, la cual ha sido apoyada en Italia y Francia.

---

<sup>169</sup> Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", tomo sexto, Contratos, volumen II, Editorial Porrúa, México 1996, pp.154-155.

Kuntzel fue el primero en aplicar esta teoría, el cual decía que solo era aplicable a las sociedades anónimas, pero posteriormente se ha ido ampliando.

"En opinión de Kuntzel "el acto complejo es una actuación conjunta o simultánea de varios para la consecución de un efecto jurídico unitario en relación con terceros, para crear un negocio jurídico frente a éstos o con éstos, negocios que sólo puede llegar a existir por la cooperación de aquellos. Dicho con otras palabras se trata de un conjunto de declaraciones paralelas de voluntad de idéntico contenido, pero persiguen el mismo fin, pero sin que aquellas voluntades diversas se unifiquen jurídicamente en una sola voluntad..."<sup>170</sup>

Se trata pues de una teoría en la que no hay contra oposición, sino paralelismo en los intereses de las partes.

La diferencia que tiene el Acto Complejo con el Contrato es que este último sólo produce efectos entre los contratantes, en tanto que el acto complejo puede influir también en la esfera jurídica de terceros; en el contrato las manifestaciones de voluntad son apuestas y opuestos también los intereses de las partes, en tanto que en el acto complejo las manifestaciones de voluntad son paralelas y coincidentes los intereses de los particulares.

Dentro de esta misma corriente del Acto Complejo se dice también que la Sociedad no es un contrato, ya que en un negocio jurídico con más de dos partes no es un contrato, sino un acto complejo, dado que en la definición de contrato del código de Napoleón se requiere la presencia de las DOS y la posición opuesta entre ellas.

No obstante lo anterior en nuestro Derecho siempre estaremos en presencia de un contrato, ya que no es necesario para la existencia de un contrato que las varias partes que

---

<sup>170</sup> Rodríguez y Rodríguez Joaquín, op cit., tomo I, pp.20-21.

intervengan tengan una misma finalidad, y no es necesario que sólo sean dos partes en un contrato, sino dos o más.

#### **D).- TEORIA CONTRACTUALISTA.**

Tradicionalmente la sociedad ha sido considerada como un contrato, porque precisamente nace de un acuerdo de voluntades y no de un acto unilateral. Esta tesis se ha sostenido en la mayoría de las legislaciones extranjeras.

Se trata pues de un contrato distinto a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, en tanto que en la sociedad existe una finalidad común, con dos o más partes y en el que se dan relaciones complejas entre cada uno de los socios y la sociedad misma que se crea.

Si bien es cierto como veremos más adelante que en el Derecho Mexicano es indudable la naturaleza contractual de la sociedad al momento de constituirse, se presenta como un contrato con elementos y características esenciales, como por ejemplo el hecho de distinguir en la sociedad dos momentos: la etapa de constitución y la etapa de funcionamiento para su análisis contractual.

a).- En la **etapa de constitución**.- Es aquí precisamente en la que la sociedad tiene su naturaleza contractual, ya sea en la fase previa a la constitución de la sociedad, en la constitución simultánea, o en la sucesiva, ya que es en esta etapa en la que existe contra oposición de intereses, el conflicto entre los socios, que se traduce en sus esfuerzos de obtener ventajas máximas y sacrificios mínimos por lo que hace a las aportaciones.

b).- En la **etapa de funcionamiento**.- Aquí la oposición de intereses desaparece, cede o se subordina a un interés social o común, ese interés que une a los socios para lograr y cumplir el fin para el que la sociedad fue creada, desapareciendo sus intereses personales. Por tal razón la esencia del contrato no esta presente en esta etapa.

Así mismo pese a la naturaleza contractual de la sociedad, los doctrinarios que se acogen a esta teoría la han clasificado como un contrato de organización, precisamente por las características tan particulares que presenta.

Este contrato de organización presenta las siguientes características:

- 1.- En un contrato plurilateral, en el sentido de que cada uno de los socios es a su vez parte de todos los demás. Aquí cada socio se sitúa jurídicamente no frente a otro socio, sino frente a todos y cada uno de los demás.
  - 2.- Las prestaciones son atípicas, los socios pueden pactar un sin fin de prestaciones totalmente distintas entre sí, acordes a que la esfera jurídica se los permita.
  - 3.- En el contrato cada parte esta obligada a realizar la misma prestación, puesto que ésta es el requisito indispensable para la realización del fin común.
  - 4.- En los contratos de organización la entrada o salida de socios se efectúa sin que se alteren las bases contractuales fundamentales, pudiendo aumentar o disminuir el número de socios.
- Cabe mencionar que en ocasiones la constitución de la sociedad, no procede de un acuerdo de voluntades, de un contrato, sino de un decreto o de una disposición legal, como sucede con algunas sociedades públicas, como todas las Sociedades Nacionales de Crédito, que adoptan la forma de una Institución de Banca de Desarrollo.

#### **E).- LA SOCIEDAD COMO CONTRATO EN EL DERECHO MEXICANO.**

La legislación civil y mercantil de México siempre han atribuido el carácter contractual a la sociedad; y de la misma manera lo ha hecho la legislación extranjera. Por lo que hace a la materia civil el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870 disponía en su Artículo 1823 que "la sociedad es un contrato..."; y de la misma forma el Código Civil de 1884.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal de 1928 le da la misma naturaleza al regular a la asociación civil y a la sociedad civil en el libro cuarto, segunda parte "De las diversas especies de contratos", título décimo primero; y al referirse específicamente a la Sociedad Civil en el Artículo 2670 que dispone: "Por el contrato de Sociedad...".

Refiriéndome a la materia mercantil, según lo que dispone Jorge Barrera Graf en su libro "Las Sociedades en Derecho Mexicano" desde las Ordenanzas de Bilbao que rigieron durante la Colonia y prácticamente hasta 1884 que se dictó el segundo Código de Comercio Mexicano, por "compañía" se consideraba un contrato o convenio que se hace entre dos o más personas".<sup>171</sup>

En el Código de Comercio de 1854 se admitía el carácter contractual de la Sociedad Mercantil y se regulaba a todas las compañías de Comercio en la sección de contratos del libro segundo. Más adelante con el Código de Comercio de 1884 definía en el Artículo 1884 a la sociedad mercantil de la siguiente manera:

"La Sociedad Mercantil es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común un capital físico o moral con el objeto de emplearlo en operaciones de comercio".

El Código de Comercio vigente de 1889 en sus Artículos 93 y 109 también reconoce la naturaleza contractual de la sociedad.

La Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 que es la vigente, atribuye la naturaleza contractual a la sociedad en un sin fin de artículo (2o, 7o, 26, 32, 34, 46, 65, 70, 75, 103, 113, 114, etc.).

---

<sup>171</sup> Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", op. cit., p.20.

No obstante es de suma importancia recalcar que nuestra legislación reconoce tal naturaleza contractual sólo al tiempo de constituirse la Sociedad.

### **III).- EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.**

El concurso de voluntades que caracterizan al contrato, se extiende, según la teoría clásica, como el acuerdo de las libres voluntades de los contratantes.

La concepción de la voluntad como Ley suprema en los contratos tiene su origen en el Derecho Conónico, estuvo sostenido por la Escuela del Derecho Natural y por los filósofos del siglo XVIII e impulsada por algunos partidarios del individualismo liberal en el siglo XIX.

Este principio fue adoptado por el Código de Napoleón y por los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884 en sus Artículos 1535 y 1419 respectivamente.

Dentro del estudio de este principio los juristas han hablado y dado sus diferentes puntos de vista.

Analizaremos las distintas opiniones que han surgido al respecto.

De Ita Navarro dice que la autonomía de la voluntad "es una forma como la libertad se traduce en Derecho" y comenta que un ejemplo claro lo encontramos en la Teoría General del Negocio Jurídico, que exige como requisito de existencia de todo acto jurídico la voluntad.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> De Ita Navarro Gónzalo, "La Autonomía de la Voluntad, la Libertad Personal y el Derecho", tesis UNAM, México, 1994, p.15.

León Duguit establece que la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general, es la libertad jurídica y es en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito.<sup>173</sup>

La doctrina francesa se ha inclinado en señalar que la noción de la libertad individual se expresa generalmente en el adagio: "Todo lo que no está prohibido está permitido", sin embargo considera que dicha libertad individual ha evolucionado presentando un carácter más preciso, que se conoce con el nombre de "Autonomía de la Voluntad".

De lo anterior resulta que hay dos palabras que se encuentran íntegramente ligadas: la autonomía de la voluntad y la libertad individual.

Podemos decir que el ejercicio de la autonomía de la voluntad implica necesariamente la actualización de la libertad individual, pero no sucede lo mismo a la inversa.

La libertad como concepto jurídico ha sido definida por García Maynes como "la facultad de hacer u omitir lo que no está prohibido ni mandado".<sup>174</sup>

Para Pedro Rocamora citado por Miguel Villoro Toranzo dispone: "El concepto de la Autonomía equivale en el ámbito individual al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuaciones del hombre. La facultad humana que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad, es reconocida en la técnica filosófica-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad".<sup>175</sup>

La opinión personal de Villoro es que el llamado Principio de la Autonomía de la Voluntad implica:

1.- Una actividad libre del individuo.

<sup>173</sup> Duguit Leon, "Las Transformaciones del Derecho", Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1975, p.51.

<sup>174</sup> García Maynes Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1992, p.28.

<sup>175</sup> Villoro Toranzo Miguel, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1990, p.454.

2.- Que se trate de materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico, y;

3.- Que sea creadora tanto de la existencia, como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas.

Y considera además que es evidente que no hay libertad jurídica cuando hay normas jurídicas que ordenan o prohíben algo.

Henri Capitant dispone: "El Derecho Privado tiene por fin principal trazar los límites dentro de los cuales podrá ejercitarse la libre actividad de los individuos. La reglamentación de los intereses pecuniarios de las personas deben dejarse a su propia voluntad y no establecerse de oficio por el legislador. El Derecho no está para cortar la iniciativa de las partes, imponerles barreras, encerrarlas en reglas fijas, si no al contrario, para favorecer la expansión del comercio de los hombres. Los individuos regulan a su agrado, los efectos de los contratos que entre ellos celebran".<sup>176</sup>

El Doctor Recasens Siches opina que "Los grados inferiores del sistema jurídico están contruidos por las normas de tipo concreto, de forma individualizada, entre las que podemos citar: la sentencia judicial, el negocio jurídico y la resolución administrativa... La producción de normas individualizadas o concretas puede -análogamente de las generales (leyes)- desarrollarse bien autocráticamente, bien democráticamente, empleando en sentido translativo estos términos... y puede considerarse metafóricamente llamada, producción democrática de normas individuales, aquella que se desarrolla autónomamente por la persona que ha de

---

<sup>176</sup> Sosa Castañeda José Antonio, "Los Límites de la Autonomía Privada", tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1996, p.9.

resultar obligada por la norma, de lo cual tenemos un ejemplo en el negocio jurídico voluntario y característicamente en el contrato".<sup>177</sup>

Para Bejarano Sánchez la teoría de la Autonomía de la Voluntad consiste en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo al individuo crear a su arbitrio contratos y las obligaciones que libremente decida.<sup>178</sup>

No obstante que existen autores, la mayoría, que apoyan y aceptan el Principio de la Autonomía de la Voluntad hay quienes niegan tal principio.

Tal postura negativa dice que la libertad (voluntad) no es completa en el Principio de la Autonomía de la Voluntad, que los contratos siempre son celebrados bajo el imperio de "necesidades" frecuentemente muy imperiosas.

Al respecto Borja Soriano nos muestra un ejemplo: "Puede suceder que el que necesita dinero y acude al capitalista para obtenerlo tiene que aceptar las condiciones que éste le imponga. Sin embargo cuando hay abundancia de dinero para prestarse, el capitalista tiene que reducir sus pretensiones".

Se ha dicho también que no siempre los contratantes se encuentran en un plan de igualdad. Tal es el caso del trabajador que se encuentra en condiciones de inferioridad del patrón. Pero agrego yo, cuando los trabajadores agrupan en sindicatos la fuerza de ellos se equilibra con la de los patrones y a veces supera a ésta.<sup>179</sup>

En el mismo sentido Mario de la Cueva al decir que la libertad de obrar habría de producir necesariamente el abuso del fuerte sobre el débil, pues "entre el fuerte y el débil, es la libertad la que mata".

---

<sup>177</sup> Recasens Siches Luis, "Estudios de Filosofía del Derecho", citado por José Antonio Sosa Castañeda, op. cit., p.10.

<sup>178</sup> Bejarano Sánchez Manuel, "Obligaciones Civiles", Editorial Harla, México 1995, p.53.

<sup>179</sup> Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Editorial Porrúa, México 1994, p. 123.

Tales opiniones no son del todo favorables, ya que se basan en casos muy específicos y subjetivos.

De las anteriores opiniones concluyo que el Principio de la Autonomía de la Voluntad ("**Todo lo que no esta prohibido, ni mandado esta permitido**") es un principio que no ha desaparecido, si no que sigue siendo la base del Derecho moderno.

De acuerdo a este principio las partes son libres de celebrar y no celebrar contratos, y al celebrarlos obran libremente y sobre una igualdad, poniéndose de acuerdo unos con otros, fijando los términos, limites y alcance del mismo.

El Principio de la Autonomía de la Voluntad ha sido considerablemente debilitado, pues cada vez se imponen ciertas limitantes al respecto, ya que la libertad de acción del individuo se encuentra restringida día a día por los intereses comunes de la sociedad.

En el mismo sentido la Exposición de Motivos del vigente Código Civil para el Distrito Federal al disponer:

"...La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza, la protección que merecen los débiles y los integrantes como sus relaciones con los fuertes y los ilustrados, la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensables que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a término al no ha mucho triunfante principio de que " la voluntad de las partes es la suprema Ley de los contratos "... En nombre de la libertad de contratación han sido inicuaamente explotadas las clases humildes y con una declaración teórica de igualdad se quiso borrar las diferencias que la naturaleza, la educación,... mantienen entre los componentes de la sociedad... Es preciso socializar el Derecho..."

Sin embargo el Principio de la Autonomía de la Voluntad sigue vigente en el Derecho Mexicano y por ende se hace uso de él con las restricciones que el sistema jurídico marca.

En el Derecho Positivo Mexicano podemos decir que son cinco los fundamentos que reconocen en forma general el Principio de la Autonomía de la Voluntad.

Los artículos 6 y 8 del Código Civil para el Distrito Federal que disponen respectivamente:

**"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulas, excepto en los casos en los que la ley ordene lo contrario".**

**"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".**

Los ya mencionados artículos 1858 y 1839 del mencionado Código Civil al disponer en su parte conducente y respectivamente:

**"...se regirán por las estipulaciones de las partes..." y "... Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes...".**

Y uno más el Artículo 78 del Código de Comercio que dispone:

**"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...".**

Sin embargo analizando tal principio en la Ley General de Sociedades Mercantiles encontramos que existen bastantes artículos que utilizan palabras como **"salvo pacto en contrario"**, **"salvo que los estatutos digan algo contrario"**, **"salvo lo que expresamente establezca el contrato social"**, **"los estatutos sociales o la asamblea general de accionistas podrán establecer"**, etc., de lo que resulta que tal principio tiene una presencia enorme en el ámbito societario de la anónima mexicana.

Así mismo es importante recalcar que no obstante que el campo en el que la Autonomía de la Voluntad tiene su máxima expresión es el Derecho de las Obligaciones (contratos), no es el único, un ejemplo lo tenemos en materia sucesoria, específicamente en el testamento.

De lo anterior resulta que si bien es cierto como se analizó al tratar la naturaleza jurídica de la sociedad, que sí es un contrato, que se presenta con elementos y características esenciales al tener que hablar de 2 etapas: la de constitución y la de funcionamiento, y que es precisamente en la primera en la que existe contraposición de intereses.

Y que precisamente por esos elementos los juristas han considerado a la sociedad como un contrato de organización, con elementos especiales.

De lo que concluyo que no obstante que la mayoría de los juristas consideran que el ámbito de aplicación del Principio de la Autonomía de la Voluntad lo es el Derecho de las Obligaciones (contratos), es un principio que se aplica al contrato de sociedad, (la sociedad anónima es un contrato).

#### **IV).- EL ORDEN PUBLICO**

Como había dicho anteriormente el punto central del Derecho es la persona, unida en la colectividad social, pero la persona como ser libre que es, puede desviar esa libertad causando perjuicios a terceras personas, por eso es importante que el Derecho tenga que impedir que se desvíe la finalidad de la libertad.

Uno de los medios para evitar desviación, lo es la institución de la llamada "Policía Administrativa", pues así lo dice Andrés Serra Rojas "... La policía administrativa se orienta al mantenimiento del Orden Público".<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Serra Rojas Andrés, "Derecho Administrativo", segundo tomo, Editorial Porrúa, México 1995, p.437.

El concepto de orden público ha sido confundido con otros similares como los de interés público, interés social, interés general, interés de la nación, utilidad nacional, utilidad social, utilidad pública, etc., sin embargo el término que se utiliza generalmente es el de "orden público".

El concepto de orden público tuvo su origen en Roma como un reparador de abusos, injusticias en la organización social, más adelante se consideró y confundió al orden público con el Derecho Público.

Fue el Código Civil francés de 1804, la primera legislación en la que se incluyeron disposiciones relativas al orden público.

En México atento a lo que dispone el Doctor Acosta Romero señala que han existido cuatro etapas significativas para el análisis del orden público, sin embargo considera pertinente analizar sólo la etapa actual, en la que se emplean los siguientes términos: interés público (género) y orden público (especie).

Por lo que hace al interés público dice que no surge del ajuste espontáneo de intereses particulares sino que pasa por una instancia que en razón de su posición específica realiza la síntesis de las voluntades individuales y define al interés común de los miembros de la comunidad, indica condición o requisito para la realización por las autoridades de hechos determinados, cuya finalidad es la protección del ciudadano.<sup>181</sup>

Lo que es cierto es que el interés público trata de satisfacer las necesidades tanto colectivas como individuales de las personas.

Por lo que hace al orden público es una misión que posee la autoridad para mantener la tranquilidad y paz, o lo que es lo mismo crear, mantener, fomentar y proteger un ambiente

---

<sup>181</sup> Acosta Romero Miguel, "Segundo Curso de Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, México, 1994, pp.862-863.

propicio para que todos los hombres alcancen la perfección que aspiran o que puedan aspirar según su naturaleza racional.<sup>182</sup>

Otros juristas como Serra Rojas definen al orden público como el orden indispensable para la convivencia, para mantener la paz social y el libre y seguro desenvolvimiento de los grupos humanos.<sup>183</sup>

Como puede observarse de los conceptos antes comentados puede desprenderse que los criterios que utilizan los autores son muy similares, contienen elementos comunes, es por eso que han surgido un sin fin de sinónimos, a los que cada autor trata de darle un rango de diferencia.

También es importante mencionar que dentro de las leyes no se da un concepto de orden público, sólo se limitan a enunciar si una ley es o no de orden público; de lo que considero que todos los ordenamientos jurídicos son de "orden público", pues sirve para lograr el pleno desarrollo de la naturaleza social de la persona, para lo cual requiere de la existencia de la libertad, por lo que todo ordenamiento jurídico que exija el bien común será de "orden público".

#### **V).- LAS BUENAS COSTUMBRES**

Respecto al tema hay una diversidad de criterios que tratan de definir a las buenas costumbres, algunos la identifican como "reglas de la moral", con "la moral", con "las reglas de la vida social", etc.

Las buenas costumbres presentan un carácter objetivo y externo y son emanadas de la moral e impuestas a todos en vista de un interés social, por lo que salen del campo moral para introducirse al ámbito civil.

---

<sup>182</sup> *Ibidem*, p.917.

<sup>183</sup> Serra Rojas Andrés, op. cit., p.189.

Hay principalmente tres corrientes acerca del origen de las buenas costumbres.

La primera corriente tiene una concepción sociológica, la que señala que las buenas costumbres no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos de la opinión común, las buenas costumbres son un conjunto de hechos que la sociedad ha reconocido en un momento dado.

La segunda, parte de una concepción filosófica-canónica, la cual dice que en el orden jurídico existen reglas jurídicas para las cuales no hay otra justificación que la regla moral que les sirve de base, y esta misma regla moral sólo se justifica por una concepción religiosa del mundo.

Y la última es la de Jellinek citado por Rojina Villegas que señala "el derecho es un mínimo ético, por que dentro de las normas morales en un momento dado, se consideran indispensables para la convivencia social un conjunto mínimo de ellas, que se elevan a la categoría de jurídicas, respecto de las cuales el Estado, es decir, el poder público, administra una sanción."<sup>184</sup>

Las buenas costumbres como el orden público, tienen una base legal en el derecho, sin apartarse de los hechos sociales que influyen bastante.

Al emanar de una base legal las buenas costumbres se convierten en una limitación que tienen una fuerza legal.

En el Derecho Mexicano los conceptos que utiliza el legislador como "derecho consuetudinario", "usos", "buenas costumbres", son relativos y contingentes, ya que varían de lugar a lugar, de época a época.

---

<sup>184</sup> Rojina Villegas Rafael, op. cit., tomo IV, volumen I, p.300.

La costumbre es una práctica general, (inveterata consuetudo), que se considera obligatoria para la común opinión de los miembros de una comunidad, (opinio iuris seu necessitatis).

## **VI.- LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA ATIPICIDAD EN LA NORMATIVIDAD SOCIETARIA.**

Hemos analizado como en base al "Principio de la Autonomía la Voluntad" surge la posibilidad de que los particulares se vean dotados de un verdadero poder creador de normas jurídicas.

Como lo hemos estudiado tal principio se encuentra presente en la legislación mexicana y en especial en el campo de la reglamentación de la sociedad anónima.

Es pues ahora el momento adecuado para unir los temas analizados anteriormente en el presente capítulo, que si bien es cierto que al tenor de la lectura dan la impresión de hablar de formas genéricas de los límites de la Autonomía de la Voluntad, situación que no es del todo desatinada ya que así es, utilicé los límites que se consideran generalmente en el estudio del tema para trasladarlos y aplicarlos al ámbito de los límites de la voluntad de los accionistas, que reunidos en Asamblea General de Accionistas en la sociedad anónima puedan o no pactar validamente una cláusula atípica para los estatutos sociales, añadiéndole uno más, indispensable por tratarse de un tipo social mercantil.

Podemos afirmar que si bien es cierto que el ordenamiento jurídico ha dotado al hombre del uso de la libertad, traducida en el "Principio de la Autonomía de la Voluntad", también es cierto que el hombre abusa del Derecho en uso del poder creador de normas jurídicas que el mismo Derecho le otorga, en virtud de un exceso en el ámbito de actuación lo que se conoce en el campo del Derecho como el Abuso del Derecho.

Por lo anterior y precisamente tomando en consideración que el hecho de que el Derecho permitiera tal abuso no se estaría cumpliendo la finalidad del mismo, es por eso que el orden jurídico se ve en la necesidad de imponer límites a ese poder del que goza el hombre, limitantes al "Principio la Autonomía de la Voluntad".

Cabe aquí comentar que a contrario de lo que sucede en la creación de nuevos tipos sociales los cuales como ya se analizó no es posible en nuestro Derecho, en la creación de cláusulas con contenido atípico no se encuentra presente ese principio de "numerus clausus", sino el de "numerus apertus", el cual da la posibilidad de crear un sin fin de disposiciones normativas distintas a las reguladas en la ley o bien crearlas por no estar reguladas; ya que el contenido de las cláusulas estatutarias se da en función del interés de todos los accionistas conforme a su reglamentación estatutaria y legal.

Asimismo, es importante recalcar que al darse el fenómeno de la atipicidad en las cláusulas estatutarias se descarta de entrada una posible explicación del tema en base a los "pactos para societarios", que si bien es cierto que se celebran entre los accionistas, se dan fuera del contrato social y son distintos de este.<sup>185</sup>

En la sociedad anónima el órgano supremo es la Asamblea General de Accionistas, la cual se integra por los accionistas de la misma, en la que expresan su voluntad y dirigen la marcha de los negocios de la sociedad, en sus respectivas competencias; en las que se toman resoluciones, las cuales si son tomadas con los requisitos estatutarios y legales respectivos, son obligatorias para todos los accionistas, aún los ausentes o disidentes.

---

<sup>185</sup> Los pactos para societarios no pueden ser cláusulas del contrato social, si lo fueran perderían su autonomía y no serían, por lo tanto, una figura para social, sino una cláusula de aquel, Guadarrama López Enrique, op. cit., p.139

Por lo que vemos que el campo de acción de los accionistas para poder pactar una cláusula con un contenido atípico es precisamente la Asamblea General de Accionistas, la cual debe sujetarse estrictamente a lo dispuesto por los estatutos sociales para que en caso de que esa cláusula atípica cumpla con los requisitos de los límites de la Autonomía de la Voluntad pueda ser perfectamente obligatoria para los accionistas ausentes y disidentes.

De ahí la importancia de conocer perfectamente el régimen de Asambleas dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles para la sociedad anónima y la importancia del contenido de los estatutos sociales, analizados en el capítulo anterior.

Al permitir pues nuestro Derecho la Autonomía Privada, surge un problema, saber cuales son esos límites, en los cuales ya no hay cabida para que se pacte una cláusula de contenido atípico.

Esos límites que pone el ordenamiento jurídico aplicados la Autonomía de la Voluntad de los accionistas que reunidos en Asamblea General de una Sociedad Anónima tratan de pactar una cláusula atípica, los clasificaré en dos grupos:

**A).- INTERNOS:** Que son aquellos que limitan desde su interior, los cuales no se encuentran plasmados en una norma jurídica, dentro de los cuales señalo al AUTOLÍMITE.

### **1.- El Autolímite.**

El primer límite de la autonomía de la voluntad, es la autonomía privada misma, es decir un "autolímite", el cual surge como consecuencia de que toda persona limite el campo de actuación de su poder frente a los demás.

Por lo que, el sujeto ve limitada la esfera de actuación de su poder creador exclusivamente a la regulación de intereses propios que no afecten a terceros.

Este límite se puede aplicar a todas y cada una de las normas que el hombre en ejercicio del poder que goza para crearlas, independientemente de la materia de la misma.

**B).- EXTERNOS:** Son aquellos que limitan desde el exterior, y que se encuentran por regla general basados en una norma jurídica, dentro de los que encontramos, a las normas prohibitivas, a las normas imperativas, a las buenas costumbres, al orden público y a los elementos caracterizadores del tipo social Sociedad Anónima (que se analizarán por separado).

### **1).- Las Normas Prohibitivas y Las Normas Imperativas.**

Los ordenamientos jurídicos son creados a través de los órganos de representación del pueblo (Congreso de la Unión) para dar una mayor comodidad a los integrantes de la sociedad, haciendo uso de la voluntad general de la que esta investido, plasma en la ley un sin fin de catálogos de los esquemas negociables más comunes, intentando lograr una mejor convivencia entre los hombres.

Estos esquemas se encuentran regulados en normas jurídicas, las cuales se pueden clasificar entre otros grupos, en normas **normas derogables** y **normas inderogables**, y dentro de estas últimas están las **normas prohibitivas** y las **normas imperativas**.

Por lo que se refiere a las normas derogables el legislador pone a disposición de los particulares la regulación de una figura jurídica, sobre la cual el particular puede hacer uso del Principio de la Autonomía de la Voluntad pactando nuevas normas que son válidas y en caso de que no pacten algo distinto a lo que dispone la ley se aplican supletoriamente lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior no implica una limitación a la autonomía privada, sólo que en caso de que el particular no ponga en acción dicho poder creador se aplica la disposición legal.

Así pues encontramos en la regulación respectiva de la sociedad anónima en la Ley General de Sociedades Mercantiles un sin fin de disposiciones normativas en las que expresamente da cabida a la presencia de dicho principio y en otras no lo dice expresamente,

pero atendiendo al caso en particular cabría la posibilidad de pactar algo distinto de lo que dispone la ley.

Dentro de las primeras encontramos por ejemplo la posibilidad de que en el contrato social se estipule la creación de varias clases de acciones con derechos especiales para cada una de ellas, (así lo dice expresamente el artículo 112 LGSM); salvo pacto en contrario, será presidente del Consejo el Consejero primeramente nombrado y a falta de éste el que le siga en el orden de la designación (así lo dice expresamente el artículo 143 LGSM); la Asamblea General o los estatutos sociales podrán establecer la obligación para los administradores y gerentes de caucionar el manejo de su cargo (así lo dice expresamente artículo 152 LGSM); la convocatoria para las Asambleas Generales deberá hacerse a través de la publicación de un aviso con la periodicidad que fijen los estatutos sociales o en su defecto 15 días antes de la fecha señalada para la reunión (así lo dice el artículo 186 LGSM); salvo que el contrato social fije un quórum de instalación mayor en las Asambleas Extraordinarias deberán estar representadas por lo menos las tres cuartas partes del capital (así lo dice expresamente el artículo 190 LGSM); la forma para la representación de un accionistas en una Asamblea será de la forma que lo dispongan los estatutos sociales (así lo dice expresamente el artículo 192 LGSM); y podría seguir citando una diversidad de disposiciones en la que expresamente se da cabida a la autonomía privada.

Dentro de las segundas puede surgir una inmensa diversidad de posibles cláusulas atípicas, las cuales deben de cumplir con los límites analizados en el presente capítulo.

Tratando ahora a las normas inderogables encontramos un subgrupo de ellas, las normas prohibitivas y las normas imperativas, conocidas como normas taxativas, las cuales son establecidas por el legislador para tutelar intereses públicos, intereses de la colectividad, las cuales constituyen un verdadero límite a la autonomía privada.

Son precisamente imperativas (orden) y prohibitivas (prohiben una conducta de acción u omisión), porque obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad.

"Las normas taxativas, llamadas también *normae cogens* o *ius cogens*, son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente, en vista del fin determinado que las partes se propongan alcanzar, porque la obtención de ese fin esta cabalmente disciplinada por la norma misma... "*ius publicum privatorum pactis mutari nequit*"...".<sup>186</sup>

De lo que resulta importante mencionar que cuando un particular viola una norma prohibitiva o imperativa olvidándose de los límites establecidos por el legislador el acto que surge de esa violación es sujeto de una calificación jurídica, que se traduce como un acto ilícito y las normas que crea y regulan al mismo son invalidas.

La norma prohibitiva, aunque resulte redundante, es una norma que "prohíbe" la realización de una acción o de una de conducta de omisión y la norma imperativa presenta una disposición de una "orden", la cual no puede dejar de cumplirse.

En la regulación de la sociedad anónima encontramos como ejemplo de normas prohibitivas e imperativas las siguientes:

- 1).- Al referirse en el artículo 3 que las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos serán nulas. (imperativas).
- 2).- El artículo 5 dispone una norma prohibitiva al decir que el notario "no autorizara" los estatutos o sus modificaciones cuando contravengan lo dispuesto por la Ley.
- 3).- El artículo 6 al disponer "la escritura constitutiva "deberá" contener...". (imperativa).

---

<sup>186</sup> García Maynes Eduardo, op. cit., p.29.

- 4).- El artículo 17 que aunque no se encuentre dentro del capítulo respectivo de la sociedad anónima es aplicable a la misma, el cual prohíbe el llamado "Pacto Leonino". "No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias", el cual interpretado contiene una norma prohibitiva.
- 5).- Al referirse en el artículo 21 al decir que "son nulos de pleno derecho" los acuerdos que los administradores o de las juntas y asambleas que sean contrarios a la disposición de la integración y constitución del fondo de reserva. (imperativa).
- 6).- El artículo 97 "Todas las acciones deberán quedar suscritas dentro del término de un año...". (imperativa).
- 7).- El artículo 113 "Cada acción "sólo" tendrá derecho a un ...". (imperativa).
- 8).- Al referirse al artículo 133 que "no podrán" emitirse nuevas acciones sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas.(prohibitiva).
- 9).- El artículo 139 al decir que "en ningún caso" "podrán" las sociedades anónimas hacer préstamos o anticipos sobre sus propias acciones (prohibitiva).
- 10).- En la revocación del órgano de administración el artículo 144 segundo párrafo dispone que "sólo podrá revocarse" el nombramiento del administrador o consejeros designados por la minoría cuando se revoque el nombramiento de todos los demás administradores (imperativa).
- 12).- El artículo 153 contempla una norma prohibitiva al disponer que "no se podrá" inscribir en el Registro Público de Comercio los nombramientos de los administradores y gerentes sin que se compruebe que han caucionado su manejo en caso de que los estatutos sociales impongan tal obligación.
- 13).- El artículo 165 al disponer quienes "no podrán ser comisarios" en la sociedad anónima (prohibitiva).

14).- El artículo 179 al disponer que las asambleas "se reunirán" en el domicilio social".  
(imperativa).

Hago hincapié de que los anteriores ejemplos no son los únicos de normas prohibitivas e imperativas que contiene la regulación de la sociedad anónima, ya que es casi imposible analizar norma por norma para ver si su contenido es imperativo ó prohibitivo.

Por lo que cuando se celebren actos en contra de normas prohibitivas serán nulos (artículo 8 del Código Civil para Distrito Federal), no obstante de que dicho artículo habla de leyes prohibitivas, siendo que lo correcto sería hablar de normas y no de leyes.

## **2).- El orden público y las buenas costumbres.**

De lo que se dijo en el inciso respectivo al orden público, concluyo que el Estado como portador y titular del poder público debe ejercitar dicho poder tomando en consideración que toda la sociedad debe estar animada por una voluntad de bien.

Ese fin que el Estado debe cumplir en virtud del interés público hace que cree normas que por el carácter de su contenido pueden ser prohibitivas o imperativas y en consecuencia del carácter inderogable que presentan, limitan el campo de actuación del Principio de la Autonomía de la Voluntad .

Es por eso pertinente hablar de que el Estado tiene como misión buscar la tranquilidad, la paz social, crear un ambiente propicio para que los integrantes de la sociedad lleguen a desenvolverse en la misma, en forma segura, lo cual lo logra al establecer normas de orden público, las cuales como ya se comentó limitan verdaderamente al poder creador de normas del que gozan los particulares en uso de la Autonomía Privada.

Asimismo, es conveniente mencionar que el artículo 8 del código Civil dispone que los actos ejecutados en contra de leyes de "interés público" serán nulos, siendo lo correcto hablar

de "normas de interés público", ya que hay leyes que aunque no sean declaradas de "orden público", contienen disposiciones que precisamente por su naturaleza y en consecuencias deberían ser consideradas de orden público.

En el sistema jurídico mexicano la práctica legislativa ha demostrado que quienes otorgan el calificativo de "interés público" a una ley lo son precisamente los legisladores, los cuales deberían basarse en principios estrictos para otorgar tal calificativo, analizando la causa, origen, comportamiento, aplicación y consecuencias en cada caso, y no como dicen algunos en menos caprichos de los legisladores.

De lo anterior resulta que es posible considerar a todos los ordenamientos jurídicos de "orden público", ya que el derecho tiene como fin buscar la paz social, el bienestar común.

La presencia que ha tenido y que tiene en la actualidad la sociedad anónima en el Estado Mexicano en todos los aspectos, da lugar a pensar la injerencia enorme en la actividad económica del Estado, de ahí la necesidad de haber elaborado el capítulo segundo de la presente tesis, para saber que varias disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles puedan ser consideradas de "orden público", imponiendo así el interés colectivo sobre el egoísta interés particular.

## **VII).- LA TEORIA GERMANICA DE LOS LIMITES INMANENTES Y LOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL TIPO SOCIAL "SOCIEDAD ANONIMA" COMO LIMITES DE LA AUTONOMIA PRIVADA.**

Dentro de los límites externos de la Autonomía Privada hablé de los llamados elementos caracterizadores del tipo social "sociedad anónima", este último límite a la Autonomía Privada se presenta en los tipos societarios debido a las características esenciales que presenta cada tipo social.

La existencia de la posibilidad de que se produzcan abusos y deformaciones de las instituciones jurídicas en virtud del ejercicio de la autonomía contractual han motivado a tomar una serie de medidas encaminadas a proteger en lo posible la pureza del modelo negocial típico y a mantener con ello la transparencia del tráfico jurídico.<sup>187</sup>

Ante la dificultad que presenta el fijar límites de la Autonomía Privada, la doctrina germánica-suiza parte de la existencia de zonas jurídicas societarias vedadas para la atipicidad; es decir, la existencia de zonas o de sectores jurídicos que no pueden ser afectados por la acción del ejercicio de la Autonomía Privada, lo que se refleja en una gran cantidad de diferentes tipos de cláusulas con un contenido atípico.

Debido a la exclusión de esas normas dentro de las mencionadas zonas ha dado lugar a que juristas germánicos y suizos hablen de una teoría a la que han llamado "**Teoría de Límites Inmanentes a la libertad contractual**" (inmanente Schanker der Vertrags Freineit o bien Bindung Swirkung des neichtzwin Genden Kechts).

Esos límites según la doctrina germánica se explican en razón de lo siguiente:

1).- Las sociedades constituyen formas de organización que engloban valoraciones finalistas. Son finalistas porque las normas reguladoras generales de los distintos tipos de sociedades expresan principios vinculantes del ordenamiento jurídico.

2).- Las sociedades constituyen formas de organización que engloban valores funcionales. Son funcionales porque dichos principios, aplicables a un tipo en particular, al estar incorporado en el modelo legal, poseen un valor normativo propio.

De esa manera hay una combinación entre la forma externa de la sociedad y el contenido de la misma, y el resultado de ambas es la unidad funcional de la sociedad.

---

<sup>187</sup> Fernández de la Gándara Luis, op. cit , p 201.

De lo anterior resulta que son dos los límites inmanentes: **La naturaleza (Natur des Sache) o la esencia (wuesn) de la institución legal y la configuración de tipo legal societario.**<sup>188</sup>

La naturaleza o esencia de la institución legal implica la expresión de las cualidades conceptuales de la figura y la posibilidad de localizar dentro del conjunto de normas, los rasgos distintivos y peculiaridades fundamentales de la misma, en otras palabras, la esencia de un tipo social se constituye por lo que llamamos sus "elementos caracterizadores".

La configuración del tipo legal societario, nos da las diferencias entre la forma jurídica de la sociedad y tipo de sociedad. La forma de las sociedades se refiere al concepto general de los distintos tipos de sociedades (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad en nombre colectivo, etc.) en los que se caracterizan los elementos esenciales considerados como los mínimos de los supuestos de hecho ocurridos en el tráfico comercial a manera de definición legal. Son pues los modelos socio-económicos y de organización previstos por el legislador.

Los tipos sociales representan esquemas organizativos que se presentan en la realidad, contemplados implícitamente en la regulación jurídico-positiva, pues presuponen modelos de operación tenidos en cuenta por el legislador en la regulación de las formas sociales.

La unidad funcional del tipo elegido debe ser respetada por los socios en el clausulado social de los estatutos, de lo contrario habría desviaciones arbitrarias que estructurarán los tipos sociales contenidos en disposiciones legales.

Asimismo, para detectar y reconstruir los tipos sociales hay que analizar indispensablemente las normas dispositivas del social; así sería factible la existencia de figuras que posean los

---

<sup>188</sup> Idem., p.209.

elementos caracterizadores de determinada forma social, pero cuyas características particulares no sean las del tipo legal al que en el principio se conecta la forma.

Esta teoría presenta elementos que son de gran ayuda para encontrar el límite a la Autonomía Privada de los accionistas que en una sociedad anónima se encuentran reunidos en Asamblea General para pactar el contenido de una cláusula atípica, que faltaba analizar, los elementos caracterizadores del tipo social "sociedad anónima".

Del análisis de los elementos de la teoría de los límites inmanentes resulta que cada institución jurídica regulada en un ordenamiento legal contiene una esencia, elementos caracterizadores que la hacen distinta e identifican en la gran gama de instituciones jurídicas que regula el Derecho.

La sociedad anónima presenta por ser una "institución jurídica" elementos que son esenciales en la misma, elementos que la diferencian claramente de los demás tipos sociales.

Al analizar el aspecto funcional de las sociedades mercantiles comenté que el Derecho sirve como una herramienta de la que pueden servirse los particulares según sus necesidades y hacen de las sociedades instrumentos de realización de intereses económicos y sociales individuales.

El legislador ofrece una serie de figuras a los particulares para que en consideración a sus aspectos jurídicos, económicos, empresariales y fiscales, elijan el que mejor se ajuste a sus necesidades, es por eso que si la sociedad anónima surgió en base a las consideraciones que el legislador calificó de interés a la colectividad, se vio en la necesidad de crear un nuevo tipo social ("Sociedad Anónima"), la cual presenta elementos que la caracterizan, los cuales deben ser respetados por los accionistas al momento de tratar pactar una cláusula

estatutaria con un contenido atípico que desvirtúe la esencia del tipo social "sociedad anónima".

Por lo que es importante considerar a "los elementos caracterizadores del tipo social", como un límite a la Autonomía Privada, para la creación de cláusulas con un contenido atípico, ya que de lo contrario habría cabida a decisiones de los accionistas para crear arbitrariamente cláusulas que destruyeran la esencia de los tipos sociales regulados en el ordenamiento jurídico, existiendo la posibilidad de que en caso de que exista exceso de esa autonomía privada y sin considerar los elementos caracterizadores del tipo "sociedad anónima" los particulares puedan llegar a crear un nuevo tipo social, lo cual no está permitido en nuestro Derecho en virtud del principio de "numerus clausus" que impera en el mismo.

De lo que resulta que los elementos caracterizadores regulados legalmente del tipo social "sociedad anónima" son a mi juicio los que mencionaremos a continuación, respecto de los cuales no sería válido pactar una cláusula que modifique o contrarie total o parcialmente lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles al respecto:

- A).- La sociedad anónima es una sociedad mercantil, que existe bajo una denominación social.
- B).- El régimen de responsabilidad de los accionistas, (cada accionista responde de las deudas sociales hasta el monto de su aportación).
- C).- La aportación de los accionistas queda representada en títulos nominativos denominados "acciones", que sirven para acreditar y transmitir la calidad de accionista.
- D).- La estructura organicista o corporativa en tres órganos sociales: Asamblea General de Accionistas, Órgano de Administración y Órgano de Vigilancia.
- E).- El régimen del capital social mínimo como garantía frente a terceros.

## VIII.- PROPUESTA.

En el estudio de las sociedades mercantiles el principio de la autonomía de la voluntad tiene una trascendencia en la creación de cláusulas con un contenido atípico, ya que se sigue el sistema de “*numerus apertus*”, el cual da la posibilidad de crear un sin fin de disposiciones normativas, tal situación se ve claramente en las disposiciones aplicables a la sociedad anónima en la Ley General de Sociedades Mercantiles al señalar frases como las siguientes:

“salvo pacto en contrario”, “salvo que los estatutos digan algo contrario”, “salvo lo que expresamente establezca el contrato social”, “los estatutos sociales o la asamblea general de accionistas podrá establecer”, etc.; por lo que partimos de la base que la presencia y el uso de la autonomía privada en los estatutos sociales en una sociedad anónima presenta las siguientes variantes:

- 1).- La creación de cláusulas atípicas a través de una Asamblea Constitutiva o Asamblea General Extraordinaria de Accionistas precisamente por no estar reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y en virtud de ser necesario para los intereses de los accionistas de la sociedad.
- 2).- La creación de cláusulas atípicas a través de una Asamblea Constitutiva o Asamblea General Extraordinaria de Accionistas porque la ley societaria no regule adecuadamente una disposición, es decir, la ley regula “X” situación, pero su redacción es confusa, oscura, ese motivo da lugar a que los accionistas de la anónima precisamente para regular esa situación que se presenta en la vida práctica societaria hacen una regulación adecuada a sus intereses.
- 3).- La creación de cláusulas atípicas a través de una Asamblea Constitutiva o Asamblea General Extraordinaria de Accionistas por la modificación de las disposiciones de la ley societaria, obviamente en aquellos casos en los que permite que la voluntad de los particulares sea normativa.

Las situaciones anteriores se pueden dar directamente en la constitución de la sociedad anónima a través de una Asamblea Constitutiva o de una reforma de estatutos sociales en una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas.

El problema jurídico de la atipicidad societaria radica principalmente en fijar los límites a la autonomía privada. Para fijar los límites a la autonomía privada de los accionistas de una sociedad anónima que reunidos en una Asamblea Constitutiva o una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas pretenden dar nacimiento a una cláusula atípica o modificar una cláusula para crear una norma atípica propongo considerar la Teoría Germánica de los Límites Inmanentes a la Libertad Contractual, en la que esas zonas vedadas o límites inmanentes para la atipicidad deben ser considerados indispensablemente en el Derecho Mexicano.

Dentro de esos límites inmanentes encontramos a las normas inderogables, a los elementos caracterizadores del tipo social, al orden público y a las buenas costumbres.

En la regulación de la sociedad anónima en la Ley General de Sociedades Mercantiles encontramos una serie de disposiciones normativas en las que claramente se da cabida al uso de la autonomía privada y en otras no, por lo que para saber si se trata de una norma derogable o inderogable habrá que atenderse al texto literal del artículo en cuestión.

Las normas inderogables (imperativas o prohibitivas) constituyen verdaderamente un límite a la autonomía privada de los accionistas de la anónima, ya que las normas prohibitivas presentan una prohibición de la conducta de omisión o acción, la cual no puede dejar de cumplirse, por ejemplo el artículo 17 de la ley societaria prohíbe el “pacto leonino”, “No producirá ningún efecto...”, y las normas imperativas presentan una disposición de orden, que no puede dejar de cumplirse como el artículo 156 de la multicitada ley al señalar “...No podrán ser comisarios...”, por lo que los accionistas de la sociedad anónima al momento de acordar la creación o modificación de los estatutos sociales deben observar

indispensablemente el texto literal de la disposición legal para checar si puede o no ser sujeto de modificación.

Para referirme al orden público y a las buenas costumbres como límites a la autonomía privada, son conceptos complicados y subjetivos, ya que si el Estado busca a través de las normas de orden público, el bien común, beneficios colectivos y en tal virtud los accionistas de la anónima tendrán que actuar cumpliendo reglas de orden público, y la costumbre en la sociedad anónima variará de lugar a lugar y de tiempo en tiempo, por lo que si por ejemplo en una determinada plaza es costumbre el dejar en depósito las acciones en una Institución de Crédito para obtener la tarjeta de acceso a las Asambleas Generales de Accionistas de la sociedad se tendrá que estar a lo acostumbrado y por supuesto a considerarlo como límite a la autonomía privada.

La mencionada Teoría Germánica de los Límites Inmanentes a la Libertad Contractual parte de la base de la existencia de zonas jurídicas aplicables para la atipicidad, zonas o límites inmanentes a la autonomía de los particulares, sobre los cuales no puede darse nacimiento a cláusulas atípicas, ni modificar las disposiciones legales de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

#### **IX).- ANALISIS DE ALGUNAS CLAUSULAS CON UN CONTENIDO ATIPICO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANONIMA.**

Como se comentó anteriormente la creación de nuevas figuras, sobre todo en el Derecho Mercantil, es por una parte causa y efecto del crecimiento de esta disciplina y del Principio de

la Autonomía de la Voluntad, y por otra parte efecto y consecuencia de la insuficiencia de los esquemas legales tradicionales frente a las necesidades que el comercio va creando.

Es de suma importancia comentar que los ejemplos que citaré más adelante son sólo algunas cláusulas atípicas que se han presentado en la práctica y algunas que he inventado, ya que debido a los intereses y convicciones de los particulares pueden existir una inmensidad de cláusulas atípicas, por lo que no pretendo dar una enunciación limitativa.

Para citar estos ejemplos clasificare a la sociedad anónima de la siguiente forma:

A).- Disposiciones Generales.

B).- Régimen Accionario, y;

C).- Organos Sociales (Asamblea General de Accionistas, Organó de Administración y Organó de Vigilancia)

#### **A).- DISPOSICIONES GENERALES.**

1).- La reducción del capital social que se realice por reembolso a los socios o por una liberación a los mismos de exhibiciones no realizadas, tiene como formalidad el realizar una publicación de un aviso por tres veces en el periódico oficial de la entidad federativa en la que tenga su domicilio la sociedad con intervalos de diez días, por lo que sería posible fijar una cláusula atípica en la que se agregue que no solamente se hará la publicación del aviso de la reducción del capital social en el periódico oficial si no que además en uno o más periódicos de mayor circulación en el Estado del domicilio de la sociedad, ya que no atenta contra alguno de los límites de la autonomía privada ya analizados, si no al contrario al fijar una norma de tal contenido se crea una seguridad jurídica más convincente para los terceros acreedores de la sociedad que son en realidad quienes se pueden ver afectados por la reducción del capital social.

2).- La prohibición del Pacto Leonino esta regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que no sería posible pactar una cláusula atípica en la que se dijera que se excluye a uno o más socios de la participación de las ganancias, en primer lugar porque se estaría contraviniendo una disposición de una norma inderogable prohibitiva al decir: "que no producirá ningún efecto legal...", además que se estaría atentando contra un elemento caracterizador de la sociedad anónima adherido a que la participación de los accionistas queda representada en las acciones que son el medio idóneo para acreditar la calidad de accionista.

3).- La ley prevé la constitución de un fondo de reserva legal, el cual se integrará separando el cinco por ciento como mínimo de las utilidades netas hasta formar un monto que equivalga al veinte por ciento del capital social.

Si los accionistas decidieran poner dentro de los estatutos sociales una cláusula en la que se dijera que no se separara el cinco por ciento de las utilidades netas, si no un porcentaje más bajo dos por ciento, tres por ciento, etc., tal cláusula atenta contra la norma imperativa que contempla el artículo 20 de la ley, además de que atentaría contra la seguridad jurídica de los acreedores de la sociedad, por lo que no sería posible concebir una disposición de tal naturaleza.

Lo contrario sucedería si se contemplase la creación de otros fondos de reserva en la sociedad o se elevara el porcentaje de su formación anual, que fuera del ocho por ciento, del veinte, cuarenta por ciento, etc., hacia adelante o bien concebir una cláusula en la que se dijera que al finalizar el ejercicio social se separara de las utilidades netas una cantidad equivalente al veinte por ciento del capital social, sin necesidad de esperarse los cuatro ejercicios sociales previstos en la ley, estas dos últimas situaciones fortalecerían la presencia económica de la sociedad y la seguridad de pago en los acreedores de la misma.

4).- No podría concebirse una cláusula que contenga una disposición contraria a lo dispuesto por el artículo 87 de la ley, ya que contempla los elementos caracterizadores de la sociedad anónima.

5).- La sociedad anónima es una sociedad mercantil que como tipo ejemplar de las sociedades de capitales debe existir bajo una denominación, la cual de acuerdo a las consideraciones generales de la distinción entre los dos grandes grupos de sociedades las de personas y las de capitales, la denominación no requiere la presencia de nombres o nombres de los accionistas, ya que con el sólo hecho de mencionar en su denominación el tipo social adoptado o sus abreviaturas "S. A.", los terceros ya saben cual es la garantía que tienen, por lo que una cláusula con una disposición contraria atentaría contra los elementos caracterizadores del tipo social.

Cabe mencionar que en la practica la Secretaría de Relaciones Exteriores otorga permisos para la constitución de sociedades anónimas independientemente de que soliciten una razón o una denominación social.

#### **B).- REGIMEN ACCIONARIO.**

1).- No cabría pactar una cláusula en la que se limitara la circulación de las acciones, la transmisibilidad que caracteriza a la sociedad anónima no puede ser sujeta a la aprobación unánime de la Asamblea General, ya que se trata de una sociedad cuya presencia y control en el ámbito económico es de suma importancia, ya que se atentaría contra elementos caracterizadores de las sociedades de capitales e inclusive contra una disposición de interés público.

No obstante lo anterior la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé la posibilidad de que la transmisión de acciones que conlleva el admitir a una persona como nuevo accionista de la sociedad), este sujeta a la aprobación del órgano de administración.

2).- Otra consideración que es factible plantearse en este inciso lo es el poder pactar que el capital social de una sociedad anónima se exprese en unidades de inversión (UDIS).

Anticipo que las unidades de inversión se crearon como un programa emergente a las consideraciones de la devaluación del peso mexicano; fue a través de un decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día primero de abril de mil novecientos noventa y cinco, el cual dispone que las obligaciones de pago en moneda nacional convenidas en las operaciones financieras que celebren los correspondientes intermediarios, las contenidas en los títulos de crédito, salvo en cheques y en general las pactadas en contratos mercantiles o en otros actos de comercio podrán denominarse en unidades de inversión.

Al tenor de tal disposición la sociedad anónima se encuadraría dentro de los contratos mercantiles o en otros actos de comercio, de lo que resultaría que si al constituirse una Sociedad Anónima o bien al darse un aumento de capital y que el importe de las acciones emitidas no se hubiere exhibido en su totalidad, tal remanente es una obligación de los accionistas que suscribieron esas acciones, por lo que tal remanente si se podría pactar en UDIS.

Sin embargo considero que el pactar el monto del capital social en UDIS acarrearía muchos problemas, como por ejemplo ¿Qué pasaría con el riesgo tan enorme que correrían los terceros al contratar con una sociedad de capitales cuyo elemento más importante (el capital), esta en incertidumbre al no saber el monto exacto del mismo, ya que el valor de las UDIS cambia día a día?. De ser admisible la existencia de un capital en UDIS el cual cambiaría día a día se daría un aumento o disminución de capital social cuantas veces variara el valor de las UDIS sin sujetarse a las formalidades que para la toma de dichos acuerdos fijan los estatutos sociales y la ley de la materia, lo cual rompería totalmente con los elementos esenciales de la Anónima, inclusive con su naturaleza de persona moral.

### **C).- ORGANOS SOCIALES (ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS, ORGANO DE ADMINISTRACION Y ORGANO DE VIGILANCIA).**

1).- Para que las resoluciones tomadas en una Asamblea sean validas y obligatorias para todos los accionistas aún para los ausentes o disidentes, deben ser tomadas con los requisitos y formalidades establecidos en los estatutos sociales y en la ley. Uno de esos requisitos lo es el que las resoluciones de las Asambleas se tomen con las reglas referentes a los distintos porcentajes de los quora tanto de instalación como los de votación; la ley fija cuales son los mínimos pero no los máximos, de lo anterior resulta que por lo que se refiere a los mínimos se trata de una norma inderogable imperativa, pero al referirse a los máximos, inclusive en Asambleas Extraordinarias se prevé la posibilidad de que el contrato social fije un quórum mayor, situación que en un momento dado haría nugatorio el cumplimiento del objeto social, lo que acarrearía como consecuencia la disolución de la sociedad.

2).- Cuando la administración de la sociedad recae en un Consejo de Administración el Presidente del mismo tiene voto de calidad, por lo que no sería posible pactar una cláusula contraria a tal norma imperativa "... En caso de empate, el presidente del consejo decidirá con voto de calidad."; aunado a lo anterior el quitarle el voto de calidad al Presidente del consejo haría nugatoria la administración en consejos integrados por números pares, ya que en caso de empates ¿Qué resolución se toma?, ¿Cuál es la obligatoria? ya que las resoluciones se toman por mayoría.

3).- Las funciones del Organo de Vigilancia son en forma general el vigilar las actuaciones de la administración de la sociedad, por lo que no se puede concebir una cláusula en la que se pactara que dicho órgano tuviera facultades generales, ya que así, el mencionado órgano podría realizar actos contra los intereses de la sociedad, de lo que resultaría inútil la existencia del Organo de Vigilancia.

Sólo puede concebirse que el Organó de Vigilancia goce de facultades generales cuando a su vez en los estatutos sociales se previera la existencia de un órgano de apoyo o bien que en la Asamblea se tomara el acuerdo de la creación de dicho órgano que ejerza las funciones del Organó de Vigilancia, pero que a su vez este órgano no se le otorguen facultades generales. Asimismo es concebible la creación de órganos intermedios o de apoyo a la administración de la sociedad, ya que no atenta contra los límites de la autonomía privada.

He intentado pues dar una aplicación práctica de lo desarrollado en la presente tesis, reiterando que no pretendo dar un listado limitativo de las cláusulas atípicas que pueden presentarse en la sociedad anónima, si no sólo algunas que se me vinieron a la mente, considerando que el poder creador que reconoce el Derecho a los particulares da cabida a la creación y modificación inimaginable de cláusulas estatutarias, los cuales deben ser analizados con los límites a la Autonomía Privada.

## CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La aparición de las sociedades mercantiles representa una respuesta a las necesidades económicas y sociales de los particulares y surgen estrechamente ligadas entre sí, en virtud de que cada uno de los tipos societarios mercantiles tienen en común una función en el tráfico comercial. Los legisladores ponen a disposición de los particulares "herramientas" o instrumentos técnicos de realización de intereses individuales. Esas herramientas (tipos societarios) que otorga la ley se proponen como finalidad primordial dar un cauce a la aspiración del sujeto individual de agruparse con otros para la realización de un fin común. Cada uno de esos tipos sociales presenta una estructura orgánica y elementos caracterizadores diferentes, aunque con un elemento funcional idéntico.

SEGUNDA.- La sociedad anónima surge funcionalmente como el modelo adecuado para aquellas personas que deseen constituir sociedades de una gran magnitud corporativa, con grandes capitales, además de servir como medio para la atracción de capitales y así propiciar la participación de la iniciativa privada en el capital social de la sociedad.

El modelo organizativo (morfológico) de la sociedad anónima es tan elástico que actualmente constituye una técnica de organización corporativa para cualquier clase de sociedad; es tanta la utilidad que ha presentado que el propio Estado Mexicano ha utilizado gran parte de su normatividad para regular a una serie de sociedades especiales, principalmente a algunas de las que constituyen el sistema bancario y financiero mexicano (uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, arrendadoras financieras, almacenes generales de depósito, sociedades de inversión, sociedades controladoras de grupos financieros, casa de cambio, instituciones de banca múltiple, instituciones de seguros y fianzas, etc.).

**TERCERA.-** La sociedad anónima necesita regir sus relaciones internas y externas. Al interior los accionistas establecen sus relaciones en lo que se conoce como “estatutos sociales”, que son un conjunto de normas integradoras del contrato social, que se refieren a la organización y funcionamiento de la sociedad, en la que se pueden regular con gran detalle las cuestiones no previstas en la ley y aquellas en las que la propia ley permite que la voluntad de los accionistas sea normativa, cumpliendo con los límites de la autonomía privada.

Los estatutos sociales deben ser aprobados en la etapa de constitución de la sociedad anónima por la Asamblea Constitutiva y aprobados y modificados durante la etapa de funcionamiento de la sociedad a través de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, en términos de lo dispuesto por el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

**CUARTA.-** La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad anónima por dos razones. La primera de carácter formal, por que así lo dice textualmente el artículo 178 de la ley societaria y la segunda, porque funcionalmente es el órgano que se encarga de tomar las decisiones más importantes y trascendentes en la vida de la sociedad y podrá a su vez acordar y ratificar todos los actos de la misma.

No obstante lo anterior en la práctica societaria ocurre algo distinto, ya que las funciones de la Asamblea General de Accionistas las realiza el Órgano de Administración, situación que no debe ser así, en virtud de que la función principal de dicho órgano es desde el punto de vista legal desempeñar la representación legal de la sociedad, considerándolo la ley como un mandatario, que tiene que actuar necesariamente sujeto a las instrucciones que le indique la Asamblea General de Accionistas.

**QUINTA.-** La atipicidad en términos generales supone aquello que no está reglamentado en nuestro Derecho. La atipicidad societaria en el clausulado estatutario de una sociedad anónima supone aquellas cláusulas no reglamentadas en nuestro Derecho o bien aquellas

cláusulas que se adoptan cuando la ley permite que la voluntad de los accionistas sea normativa y que se pactan en base al principio de la Autonomía de la Voluntad. La atipicidad societaria en el clausulado estatutario de una sociedad anónima es un problema latente en el Derecho Mexicano, tal situación puede verse claramente en las disposiciones aplicables de la Ley General de Sociedades Mercantiles al señalar en gran parte de sus artículos las frases: “salvo pacto en contrario”, “salvo que los estatutos digan algo contrario”, “salvo lo que expresamente establezca el contrato social”, “los estatutos sociales o la asamblea general de accionistas podrá establecer”, etc. Adicionalmente el artículo 78 del Código de Comercio da la pauta para que en las convenciones mercantiles la persona se obligue en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, en las que claramente se puede observar el facultamiento a los accionistas para el uso del principio de la Autonomía de la Voluntad.

SEXTA.- El problema jurídico de la atipicidad societaria radica en fijar los límites a la autonomía privada tratando de evitar que los escapes y caprichos de los accionistas desvirtúen el fin de la sociedad abusando del Derecho.

El campo de acción de los accionistas en una sociedad anónima para pactar una cláusula con contenido atípico es la Asamblea General de Accionistas, la cual debe sujetarse estrictamente a lo dispuesto por los estatutos sociales en cuanto a las reglas, requisitos y formalidades aplicables, para que en caso de que esa cláusula atípica cumpla con los requisitos de los límites de la autonomía de la voluntad pueda ser perfectamente válida.

SEPTIMA.- Para fijar los límites a la autonomía privada de los accionistas de una sociedad anónima los doctrinarios alemanes han construido lo que se conoce como la Teoría Germánica de los Límites Inmanentes a la Libertad Contractual, que parte de la existencia de zonas jurídicas societarias vedadas para la atipicidad, en las que no hay cabida para la autonomía privada y de otras zonas en las que sí puede recurrirse a la autonomía privada, es decir, hay

mínimos y máximos para el ejercicio de dicha autonomía lo que se ve reflejado en las cláusulas de los estatutos sociales.

Existen límites inmanentes en razón de la naturaleza o esencia de la sociedad y de la configuración del tipo legal societario. La esencia implica la expresión de las cualidades de la figura y peculiaridades fundamentales de la misma, es decir, “los elementos caracterizadores del tipo social”. La configuración del tipo social se refiere a las diferencias entre la forma jurídica de la sociedad y el tipo de sociedad, por lo que la unidad funcional del tipo social elegido debe ser respetada por los accionistas en los estatutos sociales, de lo que resulta que cada tipo social contiene su propia esencia y elementos caracterizadores que los hacen distintos e identifican respecto de los demás.

OCTAVA.- La sociedad anónima presenta elementos que la caracterizan y deben ser respetados por los accionistas al momento de pactar una cláusula atípica, por lo que cualquier modificación total o parcial a dichos elementos caracterizadores de la sociedad anónima serán nulos. Tales elementos son:

- A).- La sociedad anónima es una sociedad mercantil, que existe bajo una denominación social.
- B).- El régimen de responsabilidad de los accionistas, (cada accionista responde de las deudas sociales hasta el monto de su aportación).
- C).- La aportación de los accionistas queda representada en títulos nominativos denominados “acciones”, que sirven para acreditar y transmitir la calidad de accionista.
- D).- La estructura organicista o corporativa en tres órganos sociales: Asamblea General de Accionistas, Órgano de Administración y Órgano de Vigilancia.
- E).- El régimen del capital social mínimo como garantía frente a terceros.

NOVENA.- Dentro de la teoría germánica se habla de la existencia de otras zonas vedadas para la atipicidad societaria, que trasladados al Derecho Mexicano se pueden distinguir en : límites internos y externos.

Los internos son aquéllos que limitan a la sociedad desde su interior y que no se encuentran plasmados en una norma jurídica. Se trata de un autolímite social, en virtud de que la sociedad anónima como persona moral señala los linderos de su propio campo de actuación frente a los demás, a través de sus órganos sociales competentes.

Los externos son aquéllos que limitan a la sociedad desde su exterior y que se encuentran fundamentados por lo general en una norma jurídica. Aquí ubicamos a los límites derivados de las normas prohibitivas y de las normas imperativas, particularmente referidas al orden público, a las buenas costumbres y a los elementos caracterizadores del tipo social sociedad anónima.

Las normas prohibitivas “prohíben” la realización o no realización de una conducta de acción y omisión y las normas imperativas “ordenan” en todo caso a los particulares (accionistas de la sociedad anónima) independientemente de su voluntad, de manera que no es lícito derogarlas ni absoluta ni parcialmente, porque esa violación da lugar a que las cláusulas que se creen o modifiquen sean nulas.

El orden público y las buenas costumbres representan indudablemente unos de los conceptos más difíciles de desarrollar, ya que la doctrina ni la ley nos ayudan, sin embargo la concepción jurídica parte de que las buenas costumbres tienen una base legal, pero sin desconocer su sustento moral y social, es por ello que las normas relativas a las buenas costumbres son relativas, ya que variarán de lugar a lugar y de un tiempo a otro y el orden público supone que el Estado establezca normas que por el carácter de su contenido pueden ser prohibitivas o

*imperativas y en consecuencia del carácter inderogable que presentan limitan el campo de actuación del principio de la Autonomía de la Voluntad.*

**DECIMA.-** De lo anterior resulta que los accionistas de una sociedad anónima en uso del Principio de la Autonomía de la Voluntad pueden dar nacimiento a cláusulas con un contenido atípico válido y a cláusulas con un contenido atípico no válido, serán válidas las cláusulas cuando no transgredan esa zona inmanente vedada para la atipicidad, cuyos límites quedaron señalados anteriormente.

## BIBLIOGRAFIA

- 1) Acosta Romero Miguel, "Segundo Curso de Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, México, 1994.
- 2) Arce Gargollo Javier, "Contratos Atípicos Mercantiles", Editorial Trillas. México, 1989.
- 3) Barrera Graf Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, México, 1991.
- 4) Barrera Graf Jorge, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1989.
- 5) Bauche Garcíadiego Mario. "La Empresa", Editorial Porrúa, México 1993.
- 6) Bejarano Sánchez Manuel, "Obligaciones Civiles", Editorial Harla. México 1995.
- 7) Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Editorial Porrúa, México 1994.
- 8) Brunetti Antonio, "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo I y II. Traducción por Felipe Solá Cañizares, Argentina, Buenos Aires.
- 9) Cervantes Ahumada Raúl, "Derecho Mercantil", Primer Curso, Editorial Herrero, S. A., México 1984.
- 10) De Ita Navarro Gonzalo. "La Autonomía de la Voluntad, la Libertad Personal y el Derecho", tesis UNAM. México, 1994.
- 11) Duguit Leon, "Las Transformaciones del Derecho", Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1975.
- 12) De Pina Vara Rafael, "Elementos de Derecho Mercantil Mexicano", Editorial Porrúa, México 1994.
- 13) Fernández de la Gandara Luis, "La Atipicidad en Derecho de Sociedades". Zaragoza, España, Pórtico.
- 14) Ferri Luigi, "La Autonomía Privada". Traducción por Luis Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España, 1969.
- 15) Frisch Philipp Walter. "Sociedad Anónima Mexicana". Editorial Harla. México 1995.
- 16) García Maynes Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1992.
- 17) Garrigues y Díaz Canabate Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa 1993.
- 18) Girón Tena José, "Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público", volumen XLIV, serie "C", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1955.
- 19) Girón Tena José, "Las Grandes Empresas". (Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La Gran Sociedad Anónima. Los Grupos de Sociedades). Publicaciones de los seminarios de la facultad de Derecho, México- Valladolid, España. 1965.
- 20) Guadarrama López, Enrique. "Las Sociedades Anónimas". Editorial Porrúa. México. 1995.
- 21) Lozano Noriega Francisco. "Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos". Asociación Nacional del Notariado Mexicano. A. C. México. 1994.

- 22) Mantilla Molina Roberto, "Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, México, 1996.
- 23) Martorell Ernesto Eduardo, "Sociedades Anónimas", Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1988.
- 24) Pallares Eduardo, "Tratado Elemental de Sociedades Mercantiles", Antigua Librería Robredo, México, 1965.
- 25) Puente y Flores Arturo, "Derecho Mercantil", Editorial Banca y Comercio, S.A. de .C.V., México, 1993.
- 26) Rocco Alfredo, "Principios de Derecho Mercantil", Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado , Madrid, España, 1931.
- 27) Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles", Tomo I y II, Editorial Porrúa, México 1993.
- 28) Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", tomo cuatro, volumen I, tomo sexto, volumen II, Editorial Porrúa, México 1996.
- 29) Serra Rojas Andrés, "Derecho Administrativo", segundo tomo, Editorial Porrúa, México 1995.
- 30) Sosa Castañeda José Antonio, "Los Límites de la Autonomía Privada". tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1996.
- 31) Uriá González Rodrigo. "Derecho Mercantil", Editorial Imprenta Talleres de S. Aguirre Torres, Madrid, España. 1926
- 32) Vásquez del Mercado Oscar. "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles", Editorial Porrúa, México, 1996
- 33) Villoro Toranzo Miguel. "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1990.

## LEGISLACION CONSULTADA

- 1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2) Código de Comercio.
- 3) Ley General de Sociedades Mercantiles.
- 4) Reglamento del Registro Público de Comercio.
- 5) Código Civil para el Distrito Federal.
- 6) Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- 7) Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento.
- 8) Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento.
- 9) Ley de Entidades Paraestatales.
- 10) Ley del Mercado de Valores.
- 11) Código Fiscal de la Federación